

Para que copiar se podemos pesquisar? Uma breve análise acerca da importação de teorias e modelos constitucionais ao Direito brasileiro sem a análise prévia de sua realidade social¹

Why copy IF we can search? A brief analysis about importing constitutional theories and models to Brazilian's law without the prior analysis of their social reality

Carlos Victor Nascimento dos Santos*
Gabriel Borges da Silva**

RESUMO: O objetivo do presente *paper* é promover uma reflexão da importância da pesquisa jurídica para o Direito Constitucional como um mecanismo capaz de possibilitar a compreensão de teorias e modelos constitucionais que dialoguem com a realidade social brasileira. A reflexão será feita a partir de alguns apontamentos acerca do modelo constitucional norte-americano, que supostamente se construiu de acordo com as necessidades de seu povo. Diferentemente desta percepção, Oliveira Vianna é um grande expoente da ideia de que o constitucionalismo brasileiro foi forjado a partir da importação de modelos e teorias completamente descontextualizadas com a realidade social. A reconstrução deste debate foi feita no presente *paper* a partir da discussão de como diminuir o hiato existente entre teorias e normas e a realidade constitucional brasileira. O saber antropológico foi apresentado como ferramenta metodológica capaz de diminuir esse hiato a partir do estímulo à realização de pesquisas de cunho científico em Direito Constitucional no Brasil, apresentando o método etnográfico como exemplo. A reflexão proposta refere-se, então, à importação de teorias e modelos jurídicos pelo Direito brasileiro sem uma análise crítica que despreze a realidade social ao qual será aplicada. Após, será proposta à superação da cópia de modelos jurídico-constitucionais sem o devido criticismo a partir do estímulo à realização de pesquisas em Direito Constitucional, sendo estimuladas principalmente nas faculdades de Direito do país.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Pesquisa jurídica; Realidade Social.

ABSTRACT: This paper aims to raise awareness of the importance of legal research on Constitutional Law as a tool that enables the comprehension of constitutional theories and models that communicate to Brazilian social reality. To begin with, we discuss the North American constitutional model once it is said to have been built

¹ O presente artigo representa uma elaboração conjunta de Gabriel Borges da Silva e Carlos Victor Nascimento dos Santos, mestrandos do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF, para apresentação no XXII Congresso Nacional do Conpedi.

*Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Graduado em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (2010). Atualmente é Tutor de Ensino e Pesquisador da FGV Direito Rio.

**Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Graduado em Direito pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (2010). Atualmente é Pesquisador Associado ao INCT-InEAC/NUFEP/UFF, Pesquisador do LAESP/UFF e Tutor de Acompanhamento Pedagógico da FGV Direito Rio.

according to American people's needs. We oppose this perspective to Oliveira Vianna's view on Brazilian constitutionalism, to whom our constitutional system was created out of the importation of completely decontextualized theories and models. We reconstruct this debate when discussing the possibilities of diminishing the gap between theories/norms and Brazilian constitutional reality. Anthropology was considered an important methodological tool in this process once it encourages the use of ethnography on scientific researches on Constitutional Law. Therefore, this paper discusses the importation of theories and norms by the Brazilian constitutional law and its completely disconnection to Brazilian social reality. We also suggest that Brazil overcome this process by promoting scientific research on Constitutional Law to be developed in our Law Schools.

KEY-WORDS: Constitutionalism; Legal research; Social reality

INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro caminha a boas passadas na construção de sua própria identidade perante os modelos constitucionais já existentes. Se considerarmos como marco a Constituição Federal de 1988, será possível perceber um aumento considerável da atuação e competência do Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão máximo do Poder Judiciário que se fortaleceu a partir das inovações trazidas pela Constituição. A partir de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a se tornar referência na construção e desenvolvimento do Direito Constitucional no Brasil, principalmente por tomar decisões que afetam diretamente a vida do cidadão brasileiro. A referida postura permitiu que, apesar de ser um órgão contra-majoritário, o Supremo Tribunal Federal construísse uma legitimidade democrática de modo a se tornar um órgão cada vez mais legítimo na defesa e promoção de direitos fundamentais, por exemplo.

O ativismo jurisprudencial ensaiado pela mais alta Corte do país nos remete à reflexão a respeito do momento em que a realidade constitucional brasileira tem passado: será este o momento mais propício ao desenvolvimento de teses jurídicas cada vez mais ousadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas decisões que proferem? Por dotar do monopólio da última palavra e, conseqüentemente, ser o órgão judicial que tem a permissão constitucional para “errar” por último, o Direito Constitucional brasileiro fica refém do entendimento de Ministros do STF em relação a alguns conceitos que tramitam na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Por sua vez, os Ministros do STF buscam apresentar determinados rótulos de justificações às suas decisões capazes de manipular conceitos jurídicos ou adaptá-los em um contexto completamente diverso do qual ele foi ensaiado quando do seu surgimento. Atualmente, não existe no Direito brasileiro uma metodologia própria à utilização de conceitos e institutos jurídicos. Diante de um caso difícil, por exemplo, um Ministro do Supremo Tribunal Federal é capaz de importar uma alternativa que pode ou não ter dado efetivamente certo em um modelo de constitucionalismo completamente diverso ao brasileiro. Para justificar sua decisão, Ministros do STF sequer observam a diferença entre o significado que a expressão ou instituto pode ter ganhado em seu contexto de surgimento e os usos e sentidos que lhe está concedendo em sua utilização.

Esta ausência de metodologia própria à utilização de conceitos e institutos jurídicos no Direito brasileiro pode ser mais facilmente notada ao observar o comportamento de Ministros do STF nos votos por eles proferidos. Por existir experiências muito recentes no Direito Constitucional brasileiro, torna-se completamente natural e compreensível que ele esteja ainda em busca de sua própria identidade. Entretanto, esta busca deve refletir um pensamento crítico quando em comparação ao modelo que se está traçando como parâmetro para importar determinadas ideias.

Por exemplo: o constitucionalismo norte-americano influenciou fortemente o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, característica mais forte e marcante do órgão máximo do Poder Judiciário. Mas, o sistema vigente no Direito norte-americano é a *Common Law*; e no Direito brasileiro é o romano-germânico – *Civil Law*. Então, a indagação que fica é: como importar sem adaptar? Para a sua mais perfeita adaptação, lançamos a indagação presente como parte do título de nosso *paper*: por que tão somente copiar se podemos pesquisar? É necessário aprofundar estudos e pesquisas que tomem o Direito como objeto para aproximá-lo cada vez mais da realidade social vigente no Brasil. Este hiato entre o Direito e a realidade social pode ser diminuído a partir de diferentes óticas: neste ensaio, apresentamos a utilização da pesquisa em Direito como um dos meios de superação da ideia acima discutida.

Assim, destacamos que o presente artigo discutirá a forma com que institutos jurídicos são importados sem que seja verificada a sua relação com as estruturas sociais brasileiras, utilizando como exemplo o sistema constitucional norte-americano, que se desenvolve em acordo com o movimento econômico, político e social daquele país. Adiante, será observada a crítica de Oliveira Vianna sobre a importação de modelos constitucionais que não se aproximam da realidade social circundante. Vianna afirma que tal movimento é feito com esperanças de que uma base legal que servisse a outra sociedade, fosse capaz de resolver as nossas demandas sociais. Entretanto, ao aplicar tais modelos à nossa realidade, acabamos desenvolvendo diacríticos institucionais que acabam por favorecer um legislativo corrupto por meio de “arranjos políticos”, uma descentralização não sustentável e um Judiciário que se torna cada vez mais fortalecido. A partir de tal fortalecimento, o que se tem é uma desarticulação das instituições democráticas (VIANNA, 1927).

O presente *paper* não possui o objetivo de esgotar o tema, na verdade o que se pretende é lançar uma reflexão sobre a importação de modelos criados para outros contextos, sem a preocupação de relativizá-los a partir do contexto social ao qual será aplicado. Diante disso, foi traçado um pequeno recorte do modelo norte-americano a partir de um debate que explicita os movimentos sociais e políticos que influenciaram seu sistema constitucional, de modo a ser possível estabelecer um paralelo com outras realidades jurídicas e sociais.

No caso brasileiro, a opção por dialogar com o Oliveira Vianna se justifica a partir de sua análise sociológica, que torna possível promover o contraste com o modelo norte-americano. E, a partir deste exercício refletir sobre a existência em nossas Constituições de um desejo em modificar a realidade social brasileira a partir da importação de instituições criadas em alguns casos para realidades completamente distintas, ao invés de ser promovida a criação de modelos constitucionais a partir do diálogo com as demandas da sociedade ao qual será aplicado. A referida inferência ocorre da percepção de estarmos diante de um ordenamento jurídico que se alimentou de diversas fontes normativas (por vezes contraditórias) desenvolvidas para outros contextos sociais.

O pensamento prioritariamente positivista será discutido como forma de desenvolvimento de um raciocínio jurídico-constitucional que se desconecta da realidade a qual pretende regular. A partir de tal discussão, abordaremos de que forma a ferramenta da pesquisa poderia contribuir à aproximação entre Direito e o saber antropológico com vistas a alcançar a realidade constitucional vigente. Por fim, a pesquisa jurídica em Direito Constitucional será apresentada como ferramenta instrumental ao saber, capaz de facilitar a compreensão da interação existente entre Direito e realidade social brasileira.

1. Aspectos do modelo constitucional norte-americano e sua relação com a realidade social em que é aplicável

O modelo constitucional norte-americano será verificado neste *paper*, primeiramente seguindo a Lógica de CORWIN², que propõe uma análise da atual Constituição norte-americana a partir do olhar ao Poder Judiciário (sua formação, elementos e características). Além de traçar paralelos à interferência do Congresso Nacional e do Poder Executivo no Judiciário, o autor enfrenta questões pontuais do controle de constitucionalidade de seu país. Após este exercício, será discutida a influência do movimento federalista³ e do Direito Constitucional norte-americano como um intertexto aberto, vivo e vigente⁴.

A estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos serve como forma de aproximação da sua Constituição Federal à realidade social, uma vez que permite aos juízes interpretá-la tendo como parâmetros os momentos históricos, políticos e econômicos do país. De acordo com a perspectiva de CORWIN (1959) o Judiciário possui elementos inerentes que o permite decidir sobre “casos⁵” e “causas⁶”, que se articulam no âmbito da lei, dos métodos estabelecidos pelo costume e por princípios de Direito. Tais atributos são incidentais ao Judiciário o que lhe garante o poder de interpretação do Direito em vigor, de modo que dote da prerrogativa de decisões

² CORWIN, 1959.

³ O FEDERALISTA, 2003.

⁴ GARCIA, 2007.

⁵ Dependem do caráter da causa (lei a ser executada).

⁶ Dependem do caráter das partes.

finais. As exceções a estas prerrogativas se dão nos casos relacionados a questões consideradas como assunto de governo, que ficam restritas ao âmbito administrativo, porém é prerrogativa das Cortes a decisão sobre o que são questões de governo.

A estrutura do Poder Judiciário norte-americano, como se pode verificar em HAMILTON (2003), é feita de modo a garantir a vontade do povo ainda que seja necessário divergir da vontade do legislador. O controle do Poder Judiciário começa na organização da “Corte Suprema”, que repousa na Constituição Federal quando garante a prerrogativa do Senado Federal e do Presidente à nomeação daqueles que comporão a Corte, desde que sejam devidamente sabatinados, com vistas a verificar os atributos necessários à ocupação de seu cargo. Constata-se, assim, a existência de um autocontrole pelo Senado Federal e pelo Presidente, capaz de garantir o caráter político das Cortes, o interesse dos membros que estão na condição de juízes e o equilíbrio das relações de poder.

O caso “*Marbury vs. Madison*”, foi o grande exemplo da discussão do controle judicial pelas leis do Congresso Nacional⁷, representando a primeira vez em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade desta casa. A discussão desse case era a briga pelo poder de revisão do Congresso Nacional, uma vez que este pode diminuir a jurisdição da Corte Suprema em grau de recurso. Apesar disso, cabe ao Congresso Nacional outras prerrogativas de promoção do controle judicial, como o controle do número de juízes e dos tribunais federais inferiores. Assim, CORWIN (1959) aponta que são definidas máximas de autorestrição que demonstram que o controle judicial de determinado período é uma função de seu próprio produto.

O movimento de liberdade dos Estados Unidos frente à Inglaterra, conforme pontua MADSON (2005), tem como primeiro ponto motivador a liberdade de religião, trabalhada junto ao patriotismo e federação para a união do povo e exaltação do indivíduo. Resumindo, o ideal de liberdade do povo norte-americano, foi reforçado

⁷ Ver WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON, SECRETARY OF STATE OF THE UNITED STATES. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES 5 U.S. 137 FEBRUARY, 1803 Term. Acessado em 18/12/2012 em: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>)

pela ideia de interesse geral de uma nação poderosa que havia se formado. E, apesar das 13 (treze) colônias se constituírem de acordo com suas peculiaridades, a República Federalista surgia como remédio para os males vistos na Inglaterra e que eram reflexo de um governo monárquico. A Federação, então, serviria como forma de limitação de um governo único, com a construção de um governo do povo norte-americano. Neste sentido, vale destacar a perspicácia do movimento federalista, notável na interpretação de MADISON (2005), em que existe um movimento de utilização do modelo constitucional inglês como exemplo do que os Estados Unidos não deveriam seguir, devido à diferença de seus ideais e da nação que estava sendo construída.

O texto “*O Federalista*” (2003) é emblemático neste sentido por surgir como um esforço do exercício de uma tarefa prática de fazer acontecer uma teoria, a partir da configuração de uma engenharia institucional do Republicanismo. Esta engenharia, pelo impulso da modificação de argumentos, conectou um governo presidencialista - na forma de um Estado centralizado -, mantendo a ideia de poder do povo. Naquele momento, afirmou-se que houve uma experimentação de novos propósitos institucionais que foram pontuais na história e no desenvolvimento do movimento constitucional e, de alguma forma, exerce sua influência em modelos constitucionais até hoje, como o Brasil, por exemplo.

Com a construção de uma série de argumentos - econômicos, territoriais, relacionados à segurança nacional e as iminentes guerras que tenderiam a um modelo monarquista -, da leitura federalista tornava-se inevitável à associação dos Estados-membros de baixo de um único governo. Ocorre que esse modelo não poderia deixar de atender à realidade social norte-americana. Mas, como fazê-lo, se para ser federação seria preciso destituir a organização particular de cada Estado? Entendendo essa realidade, a Constituição Federal dos Estados Unidos não aboliu a representação dos Estados; ao contrário, a garante no Congresso Nacional com a formação do Senado, como fórmula de introduzi-los à federação.

A ideologia federalista se apresentava para proteger o *caráter empreendedor do povo americano*⁸ da inveja que sua prosperidade poderia gerar nos demais países. E com isso, combater o domínio da Europa e colocar a América como ápice do desenvolvimento da humanidade. Com a união seria possível construir um tesouro nacional por meio da fortificação das finanças oriundas da fomentação do comércio lícito entre os Estados e os resultados de sua tributação. Assim, impede-se que um Estado aceite contrabando de outro e enfraqueça o poder da nação. Aliás, este é um raciocínio que também aparece no ideário do movimento, sendo necessária a utilização da força da união para combater a falta de virtude que seriam naturais em outros regimes, de modo a proteger o povo norte-americano.

Outro argumento interessante era o da economia como máquina do governo. A justificativa para tal economia se dava pelo tamanho do território e na construção de uma República aos moldes norte-americanos, e não de uma Democracia no sentido clássico⁹, em que o governo (sinônimo de administração para os norte-americanos) atuaria por meio de representantes, de forma geral para o atendimento dos interesses comuns. E a Constituição norte-americana surge como a consolidação dessa união, traduzindo o orgulho do povo: “*Whe, the people!*”¹⁰

Feito esse recorte, volta-se ao a verificação do sistema constitucional atual, a partir do texto de GARCIA, para entender o movimento de consolidação do Judiciário norte-americano, como foi resumidamente apontado no início deste tópico e explicitado pelo sentimento federalista.

GARCIA (2007) trouxe em seu texto algumas peculiaridades do direito anglo-americano, que se manifesta constitucionalmente no sentido material (*statute law*) e pelo direito judicial (*case law*), que é composto pelo *common law*, criação judicial (interpretação do *statute law*) e convenções (que são instituições que não eram encontradas no Direito inglês). A atuação singular da Suprema Corte no Direito Constitucional norte-americano, que recebe determinados casos por via recursal das Cortes Estaduais e Federais, de acordo com o princípio da “*Judicial Supremacy*”,

⁸ Hamilton, 2003, p. 69

⁹ Democracia Participativa.

¹⁰ Está contido no preâmbulo da Constituição dos EUA.

para julgamento de casos ligados a identidade nacional. O que permite que a Suprema Corte personifique a Constituição Federal norte-americana de acordo com a sua atribuição de falar em nome desta (ou seja, em nome do povo). Conferindo ao texto constitucional um caráter aberto, que se mantém no espaço de forma vigente com uma espécie de movimento circular.

Diante desses pequenos recortes teóricos, verifica-se o compromisso que a Constituição norte-americana assume, com a realidade social de seu povo, que têm a legitimidade constitucional a partir de seu preâmbulo (“*Whe, The People*”), em que o sistema representativo irá tomar decisões pelo povo. Além disso, compreende a atuação judicial neste sistema e a importância do exercício de suas prerrogativas para interpretar a Constituição em nome do povo. Com isso, verifica-se o papel ideológico do movimento federalista na construção da atuação judicial e do movimento constitucional norte-americano, em acordo com a realidade deste país, de modo a proporcionar sentido e legitimidade às suas instituições.

Como se verifica, a experiência constitucional norte-americana seguiu os contornos políticos, sociais e econômicos de seu povo. O federalismo foi construído a partir da composição dos Estados-membros, de modo que atendesse as necessidades da nação que se formava. Dessa simples reflexão é perceptível, que o contexto social norte-americano, difere do brasileiro. E, é justamente este ponto que se pretende problematizar neste *paper*. Neste intento, encerra-se este tópico com a seguinte indagação: as prerrogativas que foram importadas do modelo norte-americano (bem como de outras matrizes constitucionais) fazem sentido para o caso brasileiro? E, se a resposta for negativa, como fazer diferente?

2. Oliveira Vianna e a realidade social brasileira

Oliveira Vianna, influenciado por Alberto Torres¹¹, foi um dos primeiros pensadores brasileiros a questionar a utilização de modelos jurídicos que não refletissem a formação do Estado brasileiro. Durante a sua obra, VIANNA (1927)

¹¹ Ver: Capítulo III (VIANNA, 1999).

realizou um estudo, sobre a realidade constitucional vigente, com a preocupação de verificar uma correspondência entre algumas instituições e a estrutura social do país. Em seu trabalho, o autor justifica que a complexidade de nossa organização social exigia mais do que uma reforma legislativa ou constitucional, vejamos:

Todas essas considerações nos deixam ver que o problema da nossa organização política é muito mais complexo do que parece áquelles que pensam poder resolve-lo com simples reformas constitucionais. De certo, os que assim pensam são espíritos que ainda cultivam a velha crença supersticiosa no poder das formulas escriptas e devem naturalmente ser também espíritos bem-aventurados, ou, pelo menos, com a bem-aventurança assegurada; porque o que os factos têm demonstrado e a experiencia comprovado é que somente pela virtude dos textos constitucionais não conseguiremos reorganisação alguma. (*sic*)¹²

Assim, VIANNA (1999) identifica a necessidade de desenvolvimento de um estudo que permita um maior diálogo com a realidade social brasileira. O autor aponta como um de seus objetivos, demonstrar que o caráter federalista da Constituição de 1891 não se adequava à configuração política, social e econômica da população brasileira¹³. E por fim, destaca os impactos negativos que tal tentativa havia gerado¹⁴. Com isso o autor defende que existe um Direito costumeiro do *povo-massa* que luta contra o Direito disposto pelas elites, positivado na lei,, afirmando

¹² VIANNA, 1927, p. 63.

¹³ O que difere do caso norte-americano, como se verificou no tópico anterior.

¹⁴ “Por esse meio os milhões de opiniões individuaes, seguiosas de se revelarem, se aglutinaria, em grandes massas, em dous ou três grandes partidos. E teríamos, portanto, estabelecido o pleno regimen da opinião – é a maneira do que acontece na América do Norte e na Inglaterra. Com essa Opinião Publica, assim partidariamente arregimentada, poderíamos desde então fruir, com tranquilidade e orgulho justificado, todas as bem-aventuranças do regimen do povo pelo povo, a Democracia em summa, a Republica na sua luminosa pureza e formosura.

Contando com isto é que os constituintes de 91, segundo, aliás as inspirações dos evangelistas de 70, estabeleceram no seu Codigo Fundamental varias preseripções tendentes a facilitar a livre expressão dessa opinião democrática. Dahi a eletividade e a periodicidade, não só da Camara, como também do Senado. Dahi a eleição direta e popular do presidente da Republica. Dahi o *self-government* local, assegurado pela autonomia dos Estados e também pela autonomia dos municípios. São tudo outras tantas válvulas por onde se pode manifestar e exteriorisar-se a vontade livre, a opinião consciente e soberana do Povo, ou, pelo menos, dos Partidos.

Como se vê, os republicanos da Constituinte construíram um regimen politico inspirado no pressuposto da opinião publica organizada, arregimentada e militante. Ora, essa opinião não existia, e ainda não existe perante nós: logo, no mecanismo idealizado pelos legisladores de 91 faltava o sonho inspirador do seu dynamismo. Day a nossa falência.” *In*: (VIANNA, 1999, p. 42/43)

que a realidade social à época não estava apta a exercer a Democracia nos moldes estrangeiros¹⁵.

VIANNA (1999) se opõe ao pensamento desenvolvido por KELSEN (1979), que entende ser a partir da lei que a sociedade se molda, estudando o Direito Constitucional como um fato do comportamento humano. Assim, as reformas constitucionais deveriam também ser justificadas por mudanças do comportamento coletivo, perdendo eficácia se não dialogassem com as mudanças da coletividade. Diante dessa reflexão, VIANNA (1999) traça uma crítica às elites de seu tempo, como formadores de um sistema jurídico exógeno à nação.

A utilização de Oliveira Vianna neste *paper* serve como um exercício de reflexão e questionamento, quanto à cópia de modelos constitucionais (ou de institutos jurídicos) sem a observação do contexto em que o mesmo fora produzido. As referidas observações permitem a inferência de que o constitucionalismo norte-americano foi fundado a partir da estrutura e a organização de seu povo, o que deu legitimidade ao sistema democrático. Assim, o seu sistema constitucional, como acima explicitado – ainda que forma sucinta - estava ancorado no tipo de sociedade que se constituía de modo a promover o diálogo entre seu modelo institucional, sua constituição e seu povo. Em contraste a esta ideia, a realidade social brasileira foi destacada no presente *paper* por meio de breve recorte do pensamento de VIANNA. Ressalte-se que o objetivo aqui é o de reforçar a preocupação de VIANNA com a eficácia das normas constitucionais exportadas sem uma correspondência ou diálogo com os costumes da população. Não se interessa e nem se partilha o caráter autoritário do autor. O que é interessante questionar é se a observação feita por VIANNA ainda é atual. A fim de refletir sobre a necessidade de pesquisas empíricas, para que fossem produzidos modelos constitucionais adequados e eficazes.

Daí extrai-se a seguinte indagação: é possível entender e verificar a realidade social brasileira de modo a propor/reformular instituições democráticas, atribuindo-lhes eficácia e legitimidade perante a própria sociedade? E é partir deste

¹⁵ VIANNA, 1999

questionamento, que se verifica a importância da pesquisa empírica, que permite a construção de conhecimento teórico a partir do contexto fático existente. Além, de produzir conhecimento capaz de questionar a mera aplicação de teorias que foram construídas em um contexto distinto, que não se verifica, do ponto de vista empírico, a realidade que se pretende regular. Portanto, a partir deste questionamento será desenvolvido o último tópico do presente artigo.

3. A pesquisa empírica como uma fonte complementar de produção normativa:

Nos parágrafos anteriores buscou-se traçar um paralelo entre os modelos constitucionais brasileiro e norte-americano a fim de demonstrar a influência deste último no constitucionalismo brasileiro¹⁶. Adiante, foi demonstrado a partir da visão crítica de Oliveira Vianna que a importação de teorias e modelos constitucionais no Brasil foi feita sem uma adaptação necessária à realidade constitucional brasileira. Uma das possíveis consequências de tal fenômeno é o distanciamento entre o sistema jurídico e a realidade social a que faça referência. Essa falta de correspondência resulta em debates cada vez mais intensos sobre a utilização de mecanismos judiciais ou extrajudiciais que permitam a diminuição deste hiato. Neste contexto, apresentamos a seguir uma discussão acerca da necessidade de utilização de pesquisas em Direito Constitucional como uma das formas de superação à ideia de que copiar modelos jurídicos e/ou institucionais sem a devida reflexão crítica possa ser a melhor alternativa à necessidade constitucional brasileira.

A discussão acerca da utilização da pesquisa no presente *paper* visa tão somente atentar a um novo olhar ao Direito, deixando de abordá-lo como sujeito fundamental à regulação das relações sociais para ser compreendido também como objeto de estudo que permita uma compreensão mais fiel das interações sociais. A

¹⁶ Por exemplo, um dos autores brasileiros que mais contribuíram ao desenvolvimento de teorias constitucionais voltadas ao sistema de controle de constitucionalidade foi Rui Barbosa, que fazia constante diálogo com o Direito norte-americano, dando início à importação de teorias e modelos ao Direito brasileiro. É de se destacar que Rui Barbosa teve fundamental importância ao apresentar ideias que complementassem determinadas lacunas no Direito Constitucional brasileiro, ainda que as fizesse sem uma avaliação prévia da realidade social vigente à época. Embora possam existir controvérsias sobre o caminho percorrido por algumas teorias e modelos constitucionais até chegar ao Direito brasileiro, o papel exercido por Rui Barbosa neste processo ganha grande relevo.

partir desta reflexão, abordaremos a empiria como um dos métodos possíveis da pesquisa em Direito capaz de traduzir e demonstrar as interações sociais na realidade constitucional brasileira de modo a permitir que teorias e modelos jurídico-constitucionais sejam desenvolvidos tendo por base o conhecimento prévio da realidade ao qual se insere.

A pesquisa empírica, neste ponto, não pode ser confundida como pesquisa em geral, uma vez que esta pode ser feita a partir de teorias que procuram determinar a prática. A produção empírica faz justamente o cominho oposto, uma vez que o saber empírico é produzido por meio de pesquisas em que a experiência se torna capaz de determinar a produção de teorias, e não o inverso. Por tais motivos, pode-se inferir que o estímulo à pesquisa empírica em Direito Constitucional serviria como uma ferramenta à aproximação das instituições democráticas à realidade em que está sendo aplicada, por permitir a produção de teorias e modelos constitucionais determinados pela experiência brasileira.

A utilização da pesquisa em Direito vem ganhando força num contexto em que a doutrina constitucional vem empenhando esforços na tentativa de racionalizar comportamentos judiciais e extrajudiciais sem a utilização de um método específico. Tem se tornado bastante comum, por exemplo, o grande número de estudos aprofundados em Direito Constitucional com a utilização de sofisticadas teses jurídicas sem a observância prévia e cuidadosa do objeto que se está investigando. A tentativa de racionalizar comportamentos e, principalmente, decisões judiciais é feita basicamente sem uma observação e descrição do campo que permitiria tal inferência.

Tomemos como exemplo o caso do “Mensalão”, que nos permite a identificação de: (i) inúmeras teses que vem se insurgindo na tentativa criar uma justificação ao processo decisório, sem a observação e descrição necessária das sessões de julgamento (e bastidores); e (ii) o surgimento de teses jurídicas sem qualquer correspondência com a realidade constitucional brasileira, como a teoria do domínio do fato, por exemplo.

Mas, para estimular o desenvolvimento de pesquisas empíricas em Direito Constitucional, o que é bastante inusitado atualmente, é preciso a criação de uma cultura naqueles que utilizam o Direito como objeto de estudo e investigação. Para tanto, faz-se extremamente necessário dar um passo atrás e voltar ao processo de formação do estudante de Direito. Dentre as habilidades e competências que lhe devem ser estimuladas, a faculdade de Direito deve apresentar a pesquisa e suas diversas modalidades aos estudantes de Direito como oferecimento de uma formação mais completa e sólida. Deste modo, os alunos que cursassem Direito teriam acesso não apenas às habilidades e competências necessárias às escolhas de profissões jurídicas como advogado, defensor público, juiz, promotor, procurador etc., mas também permitindo a atuação na carreira docente e de pesquisa.

O incentivo à realização de pesquisas nas faculdades de Direito pode se tornar um grande diferencial na busca por um ensino do Direito mais crítico-reflexivo, de modo a estimular a construção de teorias a partir da realidade social brasileira. O estímulo ao desenvolvimento de tais competências requer mudanças claras na metodologia de algumas instituições de ensino, além do forte investimento no capital humano (professores qualificados, com grande número de doutores) e em sua infraestrutura (como grande acervo de consulta de livros e periódicos, salas de estudo, grupos de pesquisa etc.). Por outro lado, a base teórica ensinada nas universidades torna-se também grande entrave ao desenvolvimento da pesquisa jurídica no Brasil. A utilização do contraditório (bastante estimulada no Direito) acaba por gerar nefasto efeito, fazendo pressupor a prevalência de uma tese jurídica sobre outra. Por consequência, a produção do conhecimento ficaria prejudicada e os alunos desenvolveriam a habilidade de destruir teses adversárias utilizando-se de argumentos que não necessariamente refletem a realidade circundante. Repensar esta lógica é importante a reflexão aqui proposta, pois a lógica do contraditório acaba refletindo não somente na prática judicial, mas na produção de conhecimento jurídico, sobrepondo teorias que nem sempre possuem uma verificação prática.

O Direito avalia teses, considera algumas melhores que outras e exclui aquelas que são superadas por meio de uma argumentação um pouco mais sofisticada com normas e doutrina especializada ou até mesmo por mera retórica. Por conta desta formação, o pesquisador em Direito, em geral, acaba por fazer

pesquisas que em alguma medida pretendem firmar um ponto de vista sobre determinada questão, independentemente da possibilidade de ser verificável empiricamente.¹⁷ Podem ser exemplos, os pareceres feitos por advogados que, em muitos casos, se tornam leitura comum nas faculdades como fonte do Direito (doutrina), quando revelam tão somente a defesa de um ponto de vista requerido por algum cliente.

Diante de tal situação, muitas questões surgem, como a existência de uma base epistemológica pré-definida na pesquisa em Direito, que naturalmente direciona os trabalhos que começam a ser desenvolvidos. O Direito, neste sentido, acaba por ser muito tradicional, conservador, e pouco estimula à busca de novos métodos, novas concepções ou até mesmo novos entendimentos. A supervalorização de teóricos já consagrados (principalmente estrangeiros) e a insistência em aplicar suas teorias em realidades completamente diferentes aos quais elas foram criadas, já demonstra o grande abismo que existe no próprio suporte teórico que deveria servir de base epistemológica ao desenvolvimento das pesquisas em Direito. É preciso confrontar teses, mas não se pode deixar de entendê-las verdadeiramente. Não é incomum a associação de nomes de determinados autores a pensamentos completamente diversos aos seus escritos, o que também é constatado por uma falha na formação acadêmica do pesquisador.¹⁸

¹⁷ Como exemplo da situação acima descrita, interessante observar artigo em que se testou a plausibilidade da tese de que teria ocorrido mutação constitucional no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, especificamente quanto à competência conferida pela Constituição ao Senado Federal para suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade. Em trabalho publicado na Coleção Jovem Jurista, da FGV, o autor discute o argumento empregado pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4335-5/AC. Para analisar a consistência da tese de ocorrência de uma autêntica mutação constitucional do art. 52, X, (a) discutiu-se as condições necessárias à plausibilidade de um argumento de mutação constitucional na ordem jurídica brasileira e (b) realizou-se uma análise empírica do papel do Senado Federal diante do art. 52, X, da Constituição. Feita a coleta de dados, e aplicado o conceito de mutação constitucional sobre eles, concluiu-se que não merece prosperar a tese do Min. Gilmar Mendes em que defende o reconhecimento de “autêntica mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição Federal. Como resultado, no referido artigo, o autor defende não ser possível dar plausibilidade a esse tipo de argumentação apenas tendo por base jurisprudência, doutrina e argumentação tipicamente constitucional, necessitando de base empírica que o permita atribuir mais solidez e consistência a qualquer argumento de mutação constitucional na ordem jurídica brasileira. (SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Mutação constitucional do controle difuso no Brasil? Uma análise do papel do Senado diante do art. 52, X, da Constituição. In: Coleção Jovem Jurista, v.01. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2010, p.151-202.)

¹⁸ A perspectiva comparada por contraste, neste sentido, contribuiria ao conhecimento de diferentes culturas e realidades jurídicas, dando estímulo ao desenvolvimento de teses que melhor interprete,

Outra questão importante, e que prejudica a produção da pesquisa jurídica, é a construção dos dogmas. A prática judiciária exige uma sistematização das demandas judiciais por parte dos magistrados. Isso acarreta, pelo menos, dois problemas em uma sociedade desigual e hierarquizada como a brasileira¹⁹. O primeiro é a falta de inserção dos conflitos dos indivíduos que demandam a tutela judicial na discussão jurídica da lide processual, o que reflete um distanciamento entre a prática (o que realmente está em conflito) e o pensamento jurídico dogmático e normativo. Neste sentido, os juízes retiram o verdadeiro conflito da discussão jurídica e acabam por criar teses a fim de sistematizar demandas e construir dogmas a serem seguidos em demandas posteriores, sem levar em consideração as particularidades de cada caso concreto. Diante deste cenário, depreende-se que a crítica de VIANNA ainda é pertinente, já que a realidade jurídica, estritamente baseada na lei com o apoio das discussões dos tribunais e doutrina, está desconectada da *práxis* constitucional.

Com vistas à possibilidade de proporcionar uma mudança estrutural na produção do Direito Constitucional, sugere-se uma nova vertente à discussão do Direito Constitucional no Brasil, por intermédio: (i) da possibilidade de maior diálogo com outras áreas das ciências humanas, como a antropologia, por exemplo; e (ii) o desenvolvimento de um novo pensamento na formação acadêmica do estudante do Direito a iniciar pelos projetos políticos pedagógicos das instituições de ensino do país. Os elementos destacados acima contribuiriam de forma grandiosa ao desenvolvimento de pesquisas jurídicas cada vez mais qualificadas e relacionadas com a realidade própria da sociedade brasileira.

O diálogo entre estas diferentes áreas do saber é fundamental ao manejo de pesquisas jurídicas no Brasil, principalmente por ainda existir falta de sensibilidade jurídica de quem pretende adentrar neste campo. O estudo cada vez mais aprofundado das metodologias de pesquisas sociais, como a etnografia, pode se tornar fundamental à correção de uma enorme incongruência no sistema jurídico constitucional do país. Destaca-se, que o método etnográfico é apenas uma das

compreenda e defina a realidade de uma determinada cultura jurídica. Além disso, fortalece e dá credibilidade à base teórica necessária ao desenvolvimento de uma qualificada pesquisa jurídica.

¹⁹ DAMATTA, Roberto. **Você Sabe Com Quem Está Falando? In Carnavais, Malandros e Heróis.** Rio de Janeiro, Zahar, 1979: 139-193.

formas de produção de conhecimento a partir da empiria e é sugerido neste *paper* como uma ferramenta para a produção do conhecimento jurídico.

O papel da antropologia no contexto acima delineado seria o de suprir a falta de reflexividade que o Direito tem sobre o que ele está produzindo. Sem essa reflexividade, a pesquisa jurídica perderia sentido, vez que se coloca distante da realidade a qual se aplica. Diferente do fazer antropológico, a normatização do saber jurídico, cria padrões que se antecipam aos conflitos. E pior: importa tais padrões normativos. Há uma abstrativização prévia que será aplicada a um conflito posterior, e esta abstrativização prévia nem sempre é reflexo de uma demanda social, ou quando é, ganha soluções por teorias que nem sempre foram criadas para solucionar tais questões. Os verdadeiros fatos que se revelam no conflito são deixados de lado e o seu deslinde pelo Poder Judiciário fica resumido a uma grande análise hermenêutica: decisões judiciais tem sido cada vez mais fundamentadas sob uma nova ótica da interpretação e argumentação jurídica, atribuindo sentido a conceitos jurídicos indeterminados; extraíndo normas de regras jurídicas por meio da interpretação; utilizando-se de ponderação de interesses; argumentações tipicamente constitucionais revestidas de alto cunho de retórica; fundamentações filosóficas etc. A “hermenêutica dos tribunais”, diferentemente daquela baseada nos diferentes saberes humanos²⁰, pode ser um dos fatores que dificultam a relativização por parte do jurista.

A visão acima acerca do Direito pode ser superada por diferentes meios, um deles é a Antropologia com a utilização do método etnográfico, que serviria como ferramenta aos pesquisadores do Direito a fim de se tornarem capazes de relativizar as verdades que lhes são consagradas²¹. E essa característica do fazer antropológico²² é um dos principais obstáculos na interlocução entre os dois campos, pois o saber jurídico normativo se reproduz por meio dessas verdades. Superada esta tensão, a aproximação com a Antropologia pode fornecer ferramentas aquele que pretende fazer pesquisa jurídica, para que o pesquisador

²⁰ Ver SOARES, 2010, p. 3-36.

²¹ BARBARA & KANT DE LIMA, 2010.

²² *Idem* 6.

possa comparar e relativizar o que está posto pela lei, com o que o Direito está realmente produzindo na prática.

A abordagem feita acima tem por objetivo demonstrar que o Direito Constitucional, por si só, com a mera produção normativa, não consegue abranger sem muitas falhas a realidade social de um povo. É preciso um olhar mais específico no comportamento social. O olhar antropológico, na presente hipótese, contribuiria a uma aproximação maior das práticas sociais ao Direito, no sentido não apenas de regular da vida social, mas principalmente compreendê-la.

De acordo com KANT DE LIMA²³, o Direito se exerce como uma imposição das autoridades que dominam o conhecimento jurídico e a “competência para a interpretação correta da aplicação particularizada das prescrições gerais”²⁴. Assim, não é possível verificar em sua produção ou exercício no espaço público contornos democráticos, uma vez que a vontade da sociedade não estaria posta na produção normativa. Neste sentido a mera importação de teorias ou de institutos constitucionais que não foram pensados para a nossa realidade, acabam por incentivar o distanciamento do Direito Constitucional, daquilo que o mesmo pretende regular.

Considerações Finais

A proposta aqui desenvolvida é de demonstrar uma ferramenta que pode ser utilizada pelo Direito Constitucional (e não apenas ele) de modo a ser possível a produção de teorias e a criação/reformulação de instituições que respeitem as características culturais e sociais que compõem a sociedade brasileira. O objetivo é estimular uma maior reflexividade no momento em que importamos ou temos contato com teorias; estrangeiras o que nos permitiria ir além, desenvolvendo teorias jurídicas que impulsionem uma produção técnica do Direito, que esteja em consonância com a realidade social de nosso país. O que só se torna possível por meio de uma formação que dê condições para o estudante de Direito de produzir

²³ KANT DE LIMA, 2001.

²⁴ KANT DE LIMA, 2001, p. 109.

pesquisas, em seus diferentes métodos de implementação (empíria, por exemplo), como forma de despertar no estudante de Direito a competência necessária à descrição e compreensão da sociedade ao qual está inserido.

Durante o presente *paper*, buscou-se reproduzir um debate clássico a partir da aproximação de dois diferentes sistemas jurídicos: brasileiro e norte-americano. Para tanto, apresentamos a visão de dois importantes autores: Corwin, em relação ao Direito norte-americano; e Oliveira Vianna, sobre o Direito brasileiro. Para o primeiro, algumas teorias e modelos constitucionais foram desenvolvidos a partir de uma maior aproximação à realidade social de seu país. Diferentemente, Oliveira Vianna destaca a importação de teorias e as suas conseqüentes adaptações ao Direito brasileiro, ainda que se qualquer relação com a realidade social brasileira ou com a sua cultura jurídica. Como contribuição ao debate, sugerimos a utilização da pesquisa em Direito Constitucional como forma de aproximar teorias e normas à realidade social, utilizando como exemplo o método empírico e etnográfico.

Todo o caminho percorrido pode ser resumido na indagação constante no título do presente trabalho: por que copiar se podemos pesquisar? Agora, devemos avançar a nova indagação: se podemos pesquisar, como, em que momento e quem o pode fazê-lo? A sugestão é atribuir um olhar especial à formação do estudante de Direito, estimulando habilidades e competências necessárias à atuação neste campo do saber. Não se está defendendo que todo o cenário descrito pode ser superado a partir de uma mudança na formação do estudante do Direito, mas ela pode contribuir enormemente a uma nova visão do Direito: ao invés de mero regulador da vida social, ele pode ser também um mecanismo de contribuição à compreensão da realidade social em que é aplicado.

Referências

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**: construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

CORWIN, Eduard S.. **“A Constituição Norte-americana e seu significado Atual”**, prefácio tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar Editores. Páginas 162-193.

DAMATTA, Roberto, 1936-. **Relativizando**: uma introdução a antropologia social. 2ed. Petrópolis: Vozes, 1981. 248p.

DAMATTA, Roberto. **Você Sabe Com Quem Está Falando? In Carnavais, Malandros e Heróis**. Rio de Janeiro, Zahar, 1979: 139-193.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 1ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. **Dilemas da decisão judicial**: as representações de juizes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. 2008. 267 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008.

GARCIA, Maria. **“O Direito Constitucional Norte-americano: uma concepção circular do Direito Constitucional e o juspositivismo contemporâneo”**. In **“Estudos de Direito Constitucional Comparado”**. Organização de Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim. Rio de Janeiro. Elsevier, 2007. Páginas 27-33.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John – **O Federalista** – Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. Volume I, II e III.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LIMA, Roberto Kant de, BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O desafio de realizar pesquisa empírica no direito**: uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010. Recife. Disponível em <http://www.uff.br/ineac/?q=o-desafio-de-realizar-pesquisa-empirica-no-direito>

LIMA, Roberto Kant de. Prevenção e Responsabilidade ou Punição e Culpa?: uma discussão sobre alguns reflexos da ambiguidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na burocracia oficial brasileira. In:_____. **Ensaio de Antropologia e de Direito**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p.261-289.

_____. **A Antropologia da Academia**: quando os índios somos nós. Niterói: EdUFF, 1997.

_____. **Carnaval, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público.** In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Livia; DRUMONDO, José Augusto (Org.) *O Brasil não para principiantes.* Rio de Janeiro: FGV, 2001.

MADSON, James. **República y liberda: escritos políticos y constitucionales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

NETO, Caio Mario da Silva e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A crise da pesquisa em Direito no Brasil: armadilhas e alternativas ao formalismo jurídico.** Seminário SELA apresentadoem Puerto Rico. Yale Law School, 2007.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Direito legal e Insulto Moral.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

PIRES, Lenin. **“Deus ajuda a quem cedo madruga?”: trabalho, informalidade e direitos civis nos trens da Central do Brasil.** In: Grossi, Miriam Pillar (Org) et al. **Antropologia e direitos humanos, 4.** Blumenau, SC: Nova Letra, 2006.

_____. **Esculhamba, mas não esculacha! : uma etnografia dos usos urbanos de trens na Central do Brasil.** Niterói: Editora da UFF, 2011. (Coleção Antropologia e Ciência Política; 50).

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras.** Brasília: Senado Federal, 1999. pp. 43-51; 291-323; 353-432; 463-503; 508-509; 543-550; 564-571.

_____. **O Idealismo da Constituição.** 2. ed. aumentada. São Paulo/Rio de Janeiro/Recife/Porto-Alegre:Companhia Editora Nacional, 1939. (Série 5ª Bibliotheca Pedagógica Brasileira, v. 141).

_____. **O Idealismo da Constituição.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1927.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **Mutação constitucional do controle difuso no Brasil? Uma análise do papel do Senado diante do art. 52, X, da Constituição.** In: Coleção Jovem Jurista, v.01. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2010, p.151-202.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2010.