

Como se julga e como se ensina direito constitucional pós-Constituição de 1988

Elaine Cristina Francisco Volpato

RESUMO

A relação do direito constitucional e política implica reconhecer a importância social da atividade do jurista brasileiro, objeto do presente estudo, sob dois enfoques principais: a aplicação (atividade judicial) e o ensino (atividade pedagógica). Adotando como referenciais os estudos de José Rodrigo Rodrigues, sobre a qualidade da jurisdição no Brasil, combinando algumas premissas elementares do movimento de Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies – CLS*), sob o prisma da atividade pedagógica. O desafio é visualizar as contradições comuns do sistema jurídico brasileiro numa perspectiva comparada entre o direito aplicado e o direito ensinado.

Palavras-chave: Judiciário. Estudos Críticos do Direito. Constitucionalismo.

How to judge and teaches how to constitutional right post-1988 Constitution

ABSTRACT

The relationship of constitutional law and politics means recognizing the social importance of the Brazilian jurist, object of this study focuses on two main activities: the application (judicial activity) and education (pedagogical activity). Taking as reference the studies of José Rodrigo Rodrigues, on the quality of the jurisdiction in Brazil, combining some elementary assumptions movement of Critical Law Studies (Critical Legal Studies – CLS), from the perspective of pedagogical activity. The challenge is to visualize the common contradictions of the Brazilian legal system in a comparative perspective between the law applied and taught law.

Keywords: Judiciary. Critical Law Studies. Constitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por foco a análise do direito constitucional enriquecido pelas contribuições dos estudos de José Rodrigo Rodrigues e de Duncan Kennedy. A abordagem comparada quer refletir sobre a realidade da atividade do Judiciário brasileiro, para além de suas características e mazelas, para buscar no ensino, uma das principais preocupações da *Critical Legal Studies (CLS)*, a valorização. A atividade pedagógica do direito é pontuada pela preocupação de se fazer alternativa de crítico do Direito posto, desde a primeira formação, de modo a possibilitar a transformação social.

Elaine Cristina Francisco Volpato é professora de Direito Constitucional e Ciência Política da Unioeste no Campus de Foz do Iguaçu, PR; Mestre em Direito pela UNIVEM; Doutoranda em Direito pela UFPR; membro do Grupo de Pesquisa e-Justiça, vinculado a PPGD da UFPR.

Direito e Democracia	Canoas	v.14	n.1	p.4-19	jan./jun. 2013
----------------------	--------	------	-----	--------	----------------

O movimento jus filosófico CLS (teoria crítica do direito) é um movimento de cunho teórico e local (EUA), defendendo uma interpretação politicamente engajada do Direito, cujo esforço almeja a implantação do experimentalismo de esquerda. Sua principal característica é a rebeldia acadêmica articulada, em oposição ao positivismo (Hart e de Kelsen) e ao liberalismo (direito e economia). Surge na década de 60, consolida-se nos 70 e passa a influenciar nos 80 de modo original a academia norte-americana, dado o comprometimento de seus membros com uma causa comum (sistema de educação jurídica nos EUA).

Pontos referenciais básicos tão distintos se afinam na possível transformação social a partir da atividade do jurista, da questão ideológica e da importância do labor do jurista, como um intelectual comprometido com a “esquerda”, isto é, com a mudança do *status quo*. Para tanto, o texto envolve uma sequência particular de conteúdos específicos, de modo a permitir um estudo mais particularizado, ainda que não exaustivo, para sugerir um estudo renovado do direito constitucional brasileiro.

Não parece demasiado incauto salientar para fins deste texto a importância para o constitucionalismo brasileiro da consolidação e vivência cidadã do texto constitucional de 1988. Certamente muito diferente da realidade cultural e constitucional norte-americana, que é secular. O lapso de algumas décadas para séculos não pode ser “igualada”. Tampouco se quer enaltecer o “mito” da Constituição de 1787 e suas emendas. O objetivo é abrir novas possibilidades de análise, profundamente setorial e tópica.

O ponto de partida é a concepção de que o direito constitucional enfeixa uma quantidade particularizada de poderes e deveres inerentes a política, que repercutem especialmente na atividade do jurista, particularmente em dois momentos característicos: a aplicação e o ensino.

Neste quadro composto de facetas específicas, do constitucionalismo brasileiro e norte-americano, é estudado em três momentos distintos, da apresentação do objeto de estudo, parte-se da relevância da Constituição Federal de 1988 para avançar sobre alguns traços característicos do judiciário (nacional e estadunidense) e do ensino do Direito Constitucional em ambos os países. Identificados os conteúdos e as metodologias de aplicação e ensino do direito, recorre-se à proposta de Clermont Gauthier sobre a pertinência de uma analogia entre o trabalho do juiz e do professor.

A terceira parte do texto se inquieta e questiona com a relação entre o discurso e a prática constitucional, entre a política e o papel do povo, quer seja nos tribunais ou em sala de aula. A dívida democrática brasileira pede o contrabalançar de fatores historicamente hegemônicos, põe em xeque os ideários generalizantes ainda predominantes na cultura jurisprudencial e doutrinária nacional.

2 PERÍODO CONSTITUCIONAL DE 1988: O FATO FUNDAMENTAL

O momento histórico de partida adotado sobre o Constitucionalismo brasileiro é a Constituinte que antecede o texto de 1988, porquanto se o constitucionalismo¹ exige imposição de limites ao poder do governo, acrescido de adesão ao princípio do Estado de direito e igualmente a proteção aos direitos fundamentais, não se poderia reconhecer no Brasil, em sua história, a correspondência entre constitucionalismo com texto de constituição antes de 1988 (BRITO, 1993; BARBOSA, 2012).

A falta de sintonia entre constitucionalismo e constituição se apresenta, em termos mundiais, muitas vezes ao longo do século XX, em especial pelos regimes autoritários que se especializaram em usar de textos constitucionais para legitimar e institucionalizar seu próprio poder, no qual a participação do povo² é mero suporte de democracias de aparência,³ a partir de institutos de democracia direta, referendos e plebiscitos.

O fato fundamental, acontecimento social produtor do direito constitucional novo e suporte fático da nova norma fundamental, que rompera com a continuidade normativa no interior do sistema, no caso brasileiro em 1988, ligou-se de diferentes maneiras ao ideário de uma opinião pública rebelada, marcada por “ideias e mudanças de movimentos insurrecionais”, que se diferencia dos textos constitucionais anteriores nos quais as mudanças foram realizadas pelo alto, coerentes à manutenção e proteção de pequeno grupo de privilegiados (BRITO, 1993, p.103).

Bruce Ackerman, analisando o “cenário triunfal” brasileiro durante a década de 1980, acredita que a Assembleia Constituinte se reúne num momento fundamental, pós-ditadura militar, demonstrando o “sucesso incontestável da soberania popular” (2006, p.xi). Porém, ainda que esse processo tenha contado com grande participação popular, culturalmente não se atinge um grau alcançado por outros países, por alguns motivos peculiares: a morte de Tancredo Neves e o acesso do governo Sarney,⁴ combinado com os

¹ Entende-se por *constitucionalismo* a expressão da soberania popular que representa, em certo momento histórico, o deslocamento do eixo de poder, cuja titularidade ou exercício era exclusivamente “soberano”. Enfim, é a presença do povo no governo “pela titularidade do *poder constituinte* do Estado, senão, também, o exercício do poder constituído” (BRITO, 1993, p.26).

² KONRAD HESSE (1991) *in* “A força normativa da constituição” afirma que democracia implica a consideração da soberania popular como uma condição para a democratização efetiva dos diversos processos e das instituições do Estado.

³ O expediente foi utilizado no Brasil por Getúlio Vargas em 1937, ainda na Carta de 1967 e, de modo emblemático, na Emenda n.1, de 1969. Para Leonardo Augusto de Barbosa (2012), a convocação da Constituinte de 1987 e sua instalação são marcadas por dúvidas e expectativas nem sempre correspondidas, uma típica transição pelo alto, como tantas outras vezes ocorrera na tradição política brasileira, que desde o império soube primar pela conciliação e pelo interesse das elites.

⁴ Os demais presidentes que se seguiram passaram a abusar do poder de uso das medidas provisórias, para “influenciar agressivamente” o apoio de três quintos do Congresso para a autorização de emendas constitucionais (ACKERMAN, 2006).

interesses específicos de determinados segmentos sociais privilegiados, comprometera estruturalmente o processo constitucional brasileiro.⁵

De fato, a mobilização em torno da tarefa de escrever um texto constitucional apto a limitar o poder de governo, defender o princípio do Estado de Direito e os direitos fundamentais coincide com o surgimento de novos atores e demandas sociais, num engajamento diferenciado e amplo, cujo movimento é caracterizado pela crítica ao Estado centralista e interventor, enaltecendo a importância da noção de planejamento e de relativização da monopolização do espaço público, é fruto do processo dessa democratização (BARBOSA, 2012, p.239).

A Constituição *jurídica* de 1988, “preparada pela representação nacional, não escapara à tradição. Foi o movimento popular e político de resistência ao poder discricionário e em favor de eleição direta para presidente da República, a que se juntou o apoio à candidatura de Tancredo Neves, tudo com a compreensão das Forças Armadas, ou de uma parte delas, que abriu caminho irreversível à convocação da Assembleia Constituinte”. (BRITO, 1993, p.104-105)

O intenso processo constituinte de 1987/1988 tem seu maior legado na “devida”⁶ abertura à participação da sociedade civil e dos cidadãos em geral, na prática da escuta e do diálogo constitucional, cultura que ainda precisa amadurecer bastante no Brasil. Na época foram apresentadas 122 emendas populares, reunindo mais de doze milhões de assinaturas, apesar das restrições regimentais que permitiam ao cidadão assinar no máximo três propostas, estima-se que entre dez e doze por cento dos cidadãos brasileiros participaram diretamente do processo constituinte. Igualmente impressionante é o número de entidades dos mais diferentes perfis que foram mobilizadas (BARBOSA, 2012, p.233).

Como Democracia importa em distribuição do poder e implícita a essa a necessidade de controle societário do poder distribuído, por isso, após 1988 o processo de questionamento institucional se acentua, implica a busca de novo padrão de legitimação das instituições estatais. Gera no Judiciário e no ambiente universitário necessidade de justificação, com diferentes níveis de pressão por maior transparência e acesso ao

⁵ “[...] em decorrência da substituição de Tancredo Neves por José Sarney, em um momento constitucional crucial, houve um problema estrutural no processo brasileiro. Diferentemente da Constituição da Quinta República Francesa, por exemplo, a Constituição não foi colocada à disposição do povo para a sua aprovação por meio de referendo. Esse fato não somente privou a Lei Maior de preciosa legitimidade como também estimulou interesses específicos para o *lobby* agressivo, visando à proteção constitucional, sem o temor da rejeição popular no processo eleitoral” (ACKERMAN, 2006, p.xii).

⁶ Sobre a participação dos diversos segmentos da população durante a Assembleia Constituinte, o deputado Ulysses Guimarães incomodava-se com o intenso movimento de pessoas circulando pelas dependências do Congresso. Chegando-se a cogitar meio de restringir o acesso das pessoas que não fossem congressistas nas dependências da Casa Legislativa. Para o secretário da Mesa Constituinte Paulo Afonso a participação popular “não aproveita nada” (BARBOSA, 2012, p.244).

processo de tomada de decisões, com o surgimento de novos mecanismos de controle democrático, isto é:

Embora derivando diretamente do imperativo democrático, o estabelecimento desses mecanismos de controle atende, paralelamente, a outros objetivos de notável relevância. Na verdade, tais mecanismos têm o condão de contribuir para preservar cada instituição do Estado nos limites centrais de seus fins básicos e originários, reduzindo os efeitos perversos de dois processos rotineiros de desvios de finalidades de qualquer instituição societária complexa: o burocrativismo e o corporativismo. (DELGADO, 1993, p.22)

O conteúdo da reforma por que o Estado brasileiro passa afetara os paradigmas de gestão pública, pois se até o século XIX domina o modelo patrimonialista (poder centralizado engajado em garantir interesses econômicos das elites), e o século XX vê prevalecer o paradigma burocrático (caracterizado pelo gerenciamento de serviços públicos, com base na forma e na norma jurídica), pós-Constituição de 1988 o molde a ser “perseguido” é o gerencial (valorizando a estratégia e o resultado) estimulando novos atores políticos até então desconhecidos.

A crise do Estado Social não era exclusivamente fiscal ou administrativa, sobretudo, crise de déficit de cidadania e de democracia. Carência percebida que contrastara com participação efetiva do público nos processos de deliberação da sociedade política após o texto constitucional de 1988 (BARBOSA, 2012, p.240).

Logo, se o paradigma burocrático é típico da herança autoritária, configurando-se como barreira natural a democracia plural, dada sua atuação centralizadora, a transformação do Estado brasileiro não é uma transição concluída (SANTOS, 2006; BRESSER PEREIRA, 1995). De sorte que o texto constitucional de 1988 indica para a necessidade de democratização do país, com a adoção de gerenciamento estratégico e cooperativo. Mais democrático se angariar maior participação estimulando o agir solidário em sociedade.

Essa pequena digressão histórica faz-se necessária para buscar recuperar, em partes, o impulso dialógico e crítico que pode ser emanado das teorias políticas da justiça e pelas teorias críticas da sociedade, superando a aridez formal do Direito Constitucional e qualquer tendência de conformismo político. Daí o emprego da analogia entre mundos distintos, dentro do fenômeno jurídico, o julgar do juiz e o ensinar do professor.

3 DIREITO CONSTITUCIONAL: COMO SE JULGA E COMO SE ENSINA

O juiz e o professor apoiam sua atividade (trabalho) na retórica; ambos se situam no jogo da negociação entre um caso determinado e a lei, que, num sentido amplo, deseje

prever uma infinidade de casos objetivamente para disciplinar a convivência social (GAUTHIER, 1998). É certo que a positivação, mesmo a Constitucional, não consegue abranger a realidade que constitui um povo, cabendo ao juiz e ao professor, sobretudo se o tema é o Direito Constitucional, interpretar os próprios silêncios da lei, a partir de uma decisão pessoal, cuja justeza não é previamente garantida, tampouco tem como horizonte a verdade, mas, muitas vezes, o menor dos males.

Por isso, o juiz, quando decide, precisa apresentar razões sólidas de seu convencimento, as quais permitam compreender o sentido do seu julgamento e demonstrem, por outro lado, um agir não arbitrário ao decidir. De modo semelhante, o ensinar, inclusive em termos de direito constitucional, tende a seguir um padrão – a maioria dos professores ensina da mesma maneira e adota comportamentos semelhantes.

Tal como o juiz, professor de Direito Constitucional é um intermediário obrigatório entre a Constituição e os casos (fatos sociais), para interpretar, substituir e adaptar a lei à realidade factual, que não é um sistema coerente capaz de uma aplicação normativa mecânica. Se os juízes aplicam o direito o tempo todo, no sentido de que tomam uma norma que todos os envolvidos entendem como “válida” e perguntam se seu suporte fático está comprovado, o mesmo fazem os professores.

3.1 Como se julga nos EUA e no Brasil

Com o reconhecimento da importância do constitucionalismo norte-americano, cuja sistemática é consolidada a partir de um texto centenário, opta-se por iniciar a análise na realidade estadunidense para depois retratar-se, comparativamente, a práxis nacional. A analogia não busca uma “padronização”, mas é o expediente metodológico apto a oxigenar a reflexão, de modo a abrir fendas de propostas adequadas à problemática brasileira.

Nos EUA, o professor Duncan Kennedy, como um bom observador interno do sistema, ex-assistente da Suprema Corte e professor de direito há mais de 30 anos, admite conflitos e incoerências entre premissas teóricas e considera a ideologia a partir das inconsistências entre as diferentes práticas e, inclusive, entre teoria e prática. Para ele, existe uma linha tênue a separar o “pertencimento” ao sistema jurídico constitucional (dentro ou fora). A sua preocupação com a experiência da clausura, como produto de uma estratégia de trabalho adotada pelo jurista, não desconsidera as limitações pessoais, enfoque psicológico e psicanalítico.

Kennedy não sufoca suas próprias convicções de esquerda e julga inverossímil a ideologia dominante nos EUA (quer seja liberal ou conservadora), denunciando a falácia da interpretação neutra do direito. Ele acredita que a sentença tem mais sentido se interpretada como ideologicamente motivada. De modo que os juízes tendem a eleger normas jurídicas (associadas com o liberalismo ou com o conservadorismo), enquanto preferência de boa ou de má-fé, consciente ou inconscientemente. A questão é como um padrão fático capaz, que elucida o trabalho judicial pautado num predicado psicológico

pessoal, tendo esta substância em mente, Kennedy reconhece três tipos principais de magistrados:

Juiz ativista (restringido)	Juiz mediador	Juiz bipolar
Crítica política (liberal e/ou conservadora), sua motivação é extrajurídica (ideológica)	Sua postura é de observador externo (mais passivo)	Oscila entre o liberalismo/conservadorismo e o ativismo
Intenção de desobedecer às fontes do direito é manifesta – se “desgastam” para elaborar uma interpretação jurídica nova	Sua posição não é nem liberal ou conservadora (extremos) é moderada	Tendência constante em alternar ideologias no decorrer do tempo
Podem ter êxito ou não	Busca o equilíbrio	Interferem e se retiram

Os três paradigmas de juízes são negadores de que sua ideologia pessoal seja importante no processo decisório. Este traço característico comum ao judiciário estadunidense (a negação) desperta em Kennedy uma análise psicológica na busca de seu avesso. Como um bom agnóstico pós-freudiano recorre a Freud e de sua filha Anna, com adaptações pessoais, para compreender a má-fé e a dissonância cognitiva, reconstruindo a genealogia comum ao realismo jurídico que desenvolve num amplo potencial de autoconhecimento e de autotransformação (2010, p.55). Reconhece, também, que uma parcela considerável do judiciário é desorientada, ou seja, tragada por suas agendas e compromissos, os quais não são em absoluto ideológicos (são aleatórios, e suas motivações são inconscientes), para esses a classificação em ativistas, mediadores e bipolares é irrelevante.⁷

Soa estranha a premissa de Kennedy, “juízes como negadores” de sua ideologia ao decidir, porém a explicação convence na medida em que esta é considerada uma modalidade de defesa muito menos drástica, que requer uma inversão de energia muito menor que os demais mecanismos de defesa não repressivos, que necessitam ser alimentados constantemente. Se o conflito produz angústia, negar traz paz, porque torna inquestionável o problema. É interessante que nesta altura do texto Kennedy recorre a Sartre; numa citação longa, ele busca demonstrar que o juiz que nega sua filiação ideológica age de má-fé e que esse ato é geralmente semiconsciente, ainda que possa ser ainda inconsciente ou consciente (2010, p.65-66).

Isto é, Kennedy reconhece como propriedades específicas desse efeito estabilizador: o consenso autoconsciente; a história; a posição estrutural frente às alternativas; e, coerência local. E considera essa postura comum no judiciário americano, pois seus juízes manipulam de modo inocente com suas convicções ideológicas, sem se autoquestionarem. Apenas reproduzindo o sistema. Não crê numa conspiração pré-

⁷ Pode-se dizer que esta seja a condição da maioria dos juízes brasileiros, assolados pelo aumento exorbitante de processos pós 1988, é “incoerente” a tipologia norte-americana alinhavada por Kennedy.

ordenada, mas num segredo socialmente aceito, típico da cultura jurídica geral fruto da fábula do império da lei (2010, p.50-51).⁸

Se a tipologia de Kennedy é sem grande valia para o Judiciário brasileiro, a preocupação com a substância da fundamentação das decisões judiciais é um imperativo novo que se coloca no constitucionalismo brasileiro destes dias.

De fato, tradicionalmente a doutrina, os tribunais e a sociedade têm se preocupado com a quantidade de decisões prestadas; poucos adotam postura diferente. Por isso, avulta em importância as pesquisas de José Rodrigo Rodrigues no momento presente, pós-constituente de 1988, é propício para uma ampla reflexão sobre o sentido da racionalidade jurisdicional no Brasil, cujo debate precisa ser mais presente no direito nacional, renovando a racionalidade da jurisdição brasileira. Segundo suas palavras:

Minha avaliação é que estamos assistindo a uma reação a este modo de agir e pensar, fundado na mera invocação de autoridades, ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988. A partir deste momento, com o processo de redemocratização do país, seguiu-se um intenso processo de reivindicação de direitos pela sociedade perante o poder judiciário com o fim de tornar efetivas as normas constitucionais. A assim denominada “constituição cidadã”, que nasceu de um intenso processo de debate na sociedade civil com ampla participação popular em sua confecção, tornou-se referência necessária para a luta dos diversos movimentos sociais. (RODRIGUES, s/d, p.28)

Ademais, não condiz com a transparência democrática exigida pelo texto constitucional de 1988, as decisões judiciais fundamentadas em opiniões pessoais, articuladas por argumentos de autoridade (em casos difíceis) e pela “pobreza argumentativa” (em casos fáceis), têm provocado a abertura do Judiciário e do pensamento jurídico ao “escrutínio” da sociedade e a necessidade de oferecer justificativas (RODRIGUES, s/d, p.29-30). Os mecanismos de controle do Judiciário, como dito anteriormente, inerentes à instituição estatal, atuam como vozes críticas aos nódulos e desvios percebidos na consecução dos objetivos centrais (DELGADO, 1993, p.24).

Faz-se, deste modo, necessária uma pesquisa muito mais ampla sobre o impacto da Constituição de 1988 no estudo do direito pátrio, pois “o debate sobre modelos possíveis para a racionalidade jurisdicional está cada vez mais presente no direito nacional e tem se dado apartado de uma avaliação da racionalidade de nossa jurisdição” (RODRIGUES, s/d, p.29). Pois,

O poder personalista e irracional da jurisdição vai dando lugar a uma demanda crescente por justificação, ou seja, uma demanda pela alteração

⁸ Efeito do “culto” aos pais fundadores. Para aprofundar o tema e entender melhor a cultura cívica que envolve a moral e as instituições estatais nos EUA recomenda-se a leitura de Madison Hamilton, in “The federalist papers” n. 37 – 40, 47-51, 78 –81. Além da leitura de Ronald Dworkin in “A matter of principle”, “Law’s empire” e “Life’s dominion”, bem como a crítica ao “mito bicentenário” de Bruce Ackerman in “We the people”.

do sentido da fundamentação, que pode vir a ter impacto sobre a definição das características mais gerais da atuação de nossas instituições. O processo ainda está em aberto, mas ele tem potencial para alterar todo o panorama do pensamento jurídico brasileiro, além do padrão de funcionamento de nosso direito. (s/d, p.30)

Enquanto o judiciário vivencia o dilema da quantidade de decisões a tomar, parte da doutrina e da Academia indica a importância de se pensar esse dilema a partir da qualidade da decisão judicial. Muito precisa ser feito; o Brasil ainda não possui um sistema organizado de precedentes, os julgamentos continuam televisionados, os votos dos órgãos colegiados não formam um texto único e racional, as audiências públicas ainda são túbias, as Escolas judiciais não aperfeiçoam o sistema de controle interno do Judiciário. Vê-se, assim, quão prejudicada segue a eficiência do sistema, que se ressentido de falta de legitimação democrática no desempenho de sua atividade.

De todos os problemas identificados, é preciso enfrentar dois de maior urgência: o primeiro pela relativa facilidade de implantação, e o outro pela possibilidade de ser facilitador dos demais. Por primeiro, se ao expor os fundamentos da decisão às partes e ao público, de modo a possibilitar controlar a racionalidade judicial, faz-se necessário alterar os regimentos internos dos tribunais, aperfeiçoando o modelo de decisão brasileiro (por agregação de opiniões), de modo que os votos sejam contados e, ao fim, a Câmara julgadora costure um texto único, capaz de sintetizar as razões de decidir e os eventuais votos dissidentes.

Como bem se alerta, o modelo atual não compromete os Tribunais com um fundamento substantivo, o que acaba deixando um espaço aberto para a contínua discussão do tema na esfera pública. De um lado alivia o peso político da decisão jurisdicional, mas doutro, instiga o enfrentamento institucional e a opinião pública acaba sendo envolvida na questão judicial posta, a qual toma contornos políticos (RODRIGUES, s/d, p.32-33).

Essa tão debatida “judicialização” da política é, por conseguinte, faceta dessa conjuntura complexa, fomentada ainda pela articulação de esferas minoritárias, para elas a instância contra majoritária atua para vir em socorro ao direito lesado. Ou ainda, a partir do momento que questões comuns a todos ou de interesses não limitados a um grupo definido de atividades ou pessoas se expandem nas mais variadas direções, cabe ao Judiciário disciplinar situações complexas cujos efeitos podem atingir milhares ou milhões de pessoas, simultânea ou gradativamente.

Nas duas situações postas, as novas demandas sociais e constitucionais impelem o juiz a ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada (CAPELETTI, 1999, p.49-50; PADILHA, 2006, p.47). Não se pode simplesmente substituir, dado o texto constitucional vigente, a

discrecionalidade administrativa e legislativa pela judicial, implica novos poderes e responsabilidades ao judiciário.⁹ Como bem lembra Paulo Bonavides:

Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é a concretização; ali, a norma legal; aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada. (1999, p.544)

Em segundo lugar, para democratizar e abrir o Poder Judiciário aos instrumentos de controle, parece promissor investir na renovação das Escolas Judiciais. Tais instituições poderiam bem completar o mecanismo de controle externo exercido pelos concursos públicos, aperfeiçoando a formação dos juízes, aperfeiçoando a prestação jurisdicional e a administração da justiça, mediante uma “atuação construtiva sobre os magistrados” (DELGADO, 1993, p.31).

Para Delgado, tão relevante quanto a oferta de cursos ou de palestras seria a “previsão de uma sistemática institucionalizada e periódica interação profissional e técnica entre os Juízes” (1993, p.31). Nesses encontros periódicos com reuniões temáticas, fomenta-se a pesquisa sistemática e em grupo de pontos de divergência na prestação jurisdicional, possibilitando uma nova estrutura dinâmica de acompanhamento e discussão de problemas vivenciais em conjunto com sua constante atualização.

Os instrumentos de controle são importantes, inclusive os de cunho popular, a partir da abertura pedagógica de aprender a aprender, juízes e professores poderiam melhor desenvolver maior grau de eficiência na justiça aplicada e no direito ensinado. Se justificada preocupação com a formação e o preparo do judiciário maior é a preocupação com um ensino dinâmico e vivo, voltado para a solução de problemas sociais concretos.

Resumindo, a despersonalização da jurisdição brasileira, caracterizada de modo geral pelo modelo de argumentação centrado na autoridade, cujas decisões majoritariamente articulam opiniões pessoais acompanhadas de citação sem contextualização ou análise. Inclusive neste aspecto gera efeito o processo de democratização institucional pós 1988 ao colocar em questão as bases da tradicional jurisdição opinativa brasileira.

3.2 Como se ensina nos EUA e no Brasil

É pouco provável preservar estruturas democráticas sem dinâmicas de controle constantes e sistemáticas, como veículos capazes de manter a instituição fiel a suas

⁹ A discrecionalidade judicial significa escolha, valoração e ponderação, considerando os resultados práticos e as implicações morais da decisão (PADILHA, 2006).

finalidades específicas. Assim, além do momento constitucional revigorante da participação popular e do exercício da cidadania, a doutrina e a Universidade acabam contribuindo para colocar o antigo modelo jurisdicional em “crise”.¹⁰

Desse modo, para bem enfrentar o desafio de decidir conflitos políticos e coletivos, juízes e professores de direito constitucional são impelidos a “crescer”, erguendo-se à altura dessas novas demandas, cujas práticas não estimulem a passividade e a resposta mecânica, nestes dias, pelo contrário, do jurista espera-se uma atuação ágil, criativa e dinâmica (PADILHA, 2006).

Lembrando-se as palavras de Castells (1998) o contemporâneo necessita pensar o aparato Estatal como uma rede, com funcionamento flexível e de política variável, capaz de processar informações e assegurar o processo de tomada de decisões compartilhadas, combinando os princípios da subsidiariedade, da flexibilidade, da coordenação, da participação cidadã, da transparência administrativa, da modernização tecnológica, da profissionalização e da retroação.

A política, como o exercício do poder dentro de uma disputa organizacional constante, no qual o direito constitucional é um intertexto aberto (CANOTILHO, 2002, p.19); exige mais que a mera subsunção da lei constitucional aos fatos sociais. É incoerente a tradição brasileira de justiça opinativa, fincada num processo hermenêutico fundado numa realidade constitucional anterior.

A Democracia como filtro decisivo altera o modelo de decisão judicial. Além da pré-compreensão pessoal do julgador, pela necessidade de mecanismos de controle e de participação popular de apoio, decidir sobre o direito constitucional implica redefinir limites, lidar com espaço de criatividade de modo coerente com a nova racionalidade constitucional democrática (PADILHA, 2006).

A centralidade do estudo do direito constitucional nos EUA é a Constituição escrita de 1787 e posteriores emendas. Os manuais e livros de estudo naquele país enfatizam o papel dos tribunais, em especial do *Supreme Court*, e a função de fiscalização da constitucionalidade das leis por eles exercida (*judicial review*).¹¹ Canotilho sintetiza:

A fórmula enfática do preâmbulo desta Constituição – “*We the People*” – permite ao autor explicar o sentido de uma lei fundamental erguida a *direito superior* limitativo dos poderes e garantidor dos direitos individuais. As célebres palavras de um autor clássico (E. S. CORWIN) são aqui sistematicamente invocadas: “a infalibilidade de um pontífice, a Reforma substitui a Bíblia; ao poder de um

¹⁰ A decisão judicial (antiga concepção) não necessita ser política, porque envolve questões de direito (significado) e questões de fato que são independentes dos juízos de valor. Os tribunais constituídos para desempenhar esta função não deveriam legislar porque não são eleitos mediante um processo eleitoral. Assim, a expressão “legislação judicial” tem um significado normativo invariável negativo, essa teoria considera que o império da lei significa que o exercício da força ou da violência sobre os cidadãos deve estar devidamente justificado (KENNEDY, 2010).

¹¹ O método norte-americano aplicado irrestritamente no Brasil seria pouco satisfatório, uma vez que, como já dito anteriormente, do ponto de vista qualitativo nossas decisões são muito “pobres” de fundamentação e de apuro na racionalidade jurídica.

soberano, a Revolução americana acabou por substituí-lo por um pedaço de carta”. Mas o direito constitucional americano apresenta outras especificidades. Dá grande valor à *interpretação e aplicação* das normas da constituição feita pelos juízes (*case method and problem solving*) a ponto de se poder falar num *direito constitucional jurisprudencial*. A repetida fórmula do juiz Hughes sintetiza esta matriz: “*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*”. (CANOTILHO, 2002, p.21-22)

Grande parte do trabalho jurídico acadêmico norte-americano ocupa-se da pesquisa de um método politicamente legítimo de criação judicial de direito, através da interpretação dos materiais jurídicos (fontes do direito), como um termo médio entre a aplicação do direito e a legislação judicial, uma literatura descritiva e normativa, simultaneamente tranquilizadora e celebratória.¹²

Na verdade, para o autor norte-americano, o que a academia busca criar são profissionais capazes de manter vivo o ideal de independência judicial, separando-se com êxito de suas predileções políticas e de seus juízos sobre o que a Constituição significa. É essa habilidade altamente prestigiada, ou seja: “manter o direito acima de qualquer consideração ideológica ou política como convém ao jurista de renome” (KENNEDY, 2010, p.115).

Na contramão deste processo, o movimento *Critical Legal Studies* (CLS) oferece uma opção de transformação (de esquerda) para os estudantes americanos que desejam mudar o *status quo*¹³ e melhor proteger as minorias.

Doutro lado, no Brasil certo clima celebrativo se apresenta também, porém circunscrito a uma permanente histórica crise. Neste aspecto, a Constituição cidadã é importante para renovar a doutrina, abrir espaço para novos agentes políticos e incrementar mecanismos de controle, internos e externos.

Dito de outro modo, a questão do ensino jurídico em si não é menos problemática que a situação do Judiciário. A “crise do ensino” do direito não é uma novidade, San Tiago Dantas em 1955, como lembrado por Eroulths Cortiano Junior (2002), já era criticada quanto à didática e ao conteúdo tradicionais adotados. Na época a conformação dada à graduação em direito obcecada por estudar institutos e normas impedia aos acadêmicos desenvolver a racionalidade do sistema jurídico, sendo incapaz de preparar bons juristas. Naqueles dias reconheceu-se a necessidade do ensino do direito basear-se no estudo de textos e de casos, com alteração curricular, rompendo com o isolamento das disciplinas desde a graduação (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p.193-194).

¹² O contexto acadêmico, apesar de celebrativo e tranquilizador, não consegue sufocar a angústia implícita e particular em uma perspectiva crítica. De modo que é necessário buscar reconstruir as teorias normativas, a partir da releitura dos filósofos do direito compreendendo como tomam posições sobre a conduta judicial (o que devem fazer de fato).

¹³ Entrevista de Duncan Kennedy na revista Themis de título “La controversia política es parte del razonamiento jurídico”, disponível em: <http://www.duncankennedy.net/topics/cls.html>, acesso em maio de 2013. Além do artigo “Notas sobre la historia de los Critical Legal Studies em los Estados Unidos”, in revista de direito Themis n.25, de 1993. Disponíveis em: <http://www.duncankennedy.net/topics/cls.html>.

A Constituição de 1988 acelerou o processo de mudanças. O isolamento temático foi abalado pelo texto prolixo de uma Constituição garantista, cujo bojo é um rico conjunto de subsistemas (penal, civil, processual, administrativo, trabalhista, tributário...). Outro aspecto referido anteriormente, o controle institucional e a transparência pública, fizeram com que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) se interessasse pela “cartografia dos problemas” do ensino brasileiro, trabalho teórico e prático que acelerou a reforma do sistema com a edição da Resolução n.1886/1994. Desse modo,

A cartografia dos problemas desenhada pela Ordem dos Advogados significou a interferência do órgão nos problemas do ensino jurídico, o que trouxe um aliado de peso a todos os que se preocupavam com o rumo e estado do ensino do direito no Brasil, garantiu um debate aberto e plural sobre o problema do ensino, e permitiu a renovação da opinião de estudiosos sobre a crise. (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p.198-199)

Quanto à doutrina, a análise de Canotilho a partir das obras de Paulo Bonavides, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, José Afonso da Silva, Pinto Ferreira, Ivo Dantas, Marcelo Neves, Gilmar Ferreira Mendes, Marcelo Neves e Luis Roberto Barroso, é a seguinte:

No Brasil, o direito constitucional está hoje numa fase de grande pujança, oferecendo os manuais de direito constitucional uma visão plurifacetada dos problemas jurídicos e políticos brasileiros. Desde obras com grande acentuação teórica em torno dos problemas da constituição até às obras gerais de caráter mais institucionalista, os manuais mais conhecidos oferecem uma exposição global dos problemas do estado e sua organização, da constituição e dos direitos fundamentais. Como o direito constitucional é um cadinho de estabilidade e experimentação das respostas dos homens aos problemas da cidade, a doutrina brasileira está também atenta às deslocções verificadas em sede da *teoria da constituição*, oferecendo-nos trabalhos de grande rigor e sofisticação teórica a que faremos referência mais desenvolvida na quinta parte desta obra. (CANOTILHO, 2002, p.24-25)

Tantos outros autores poderiam ser citados e além de inúmeras monografias escritas, a partir de então, seriam condignamente reverenciadas. Porém, o que se deseja salientar é o efeito reflexivo e o grau de questionamento alcançado pela comunidade acadêmica nacional, que apontam as (in) coerências, a (não) aplicabilidade dos princípios e as peculiaridades da racionalidade jurisdicional. Mas, para além da celebração, é preciso manter-se lúcido e saber aproveitar o momento oportuno de vivência do novo constitucionalismo para facilitar e instigar, ante a difusão crescente de teóricos estrangeiros com repercussão no direito pátrio, como Ronald Dworkin

e Robert Alexy, novo fôlego para questionamentos doutrinários e jurisprudenciais¹⁴ ainda necessários.

Ademais, não se pode deixar de reconhecer que tanto o Judiciário quanto o Magistério do Direito são atores ideológicos e políticos importantes na construção da Democracia real. Nela o trabalho do jurista implica um algo novo, construtivo do direito¹⁵. É certo que para muitos o trabalho do jurista está restrito aos materiais jurídicos prévios (leis, precedentes e princípios), na verdade, tais fontes, como bem lembra Kennedy, possibilitam a adoção de atitudes estratégicas para alcançar novos significados, diferentes dos previamente estabelecidos (mudando o que parecia vinculante)¹⁶. Para Gauthier:

Como o juiz, o professor é obrigado a julgar, não se pode furtar a isso; não é a lei que o obriga, mas a situação pedagógica que ordena sem cessar que ele julgue sobre o que deve ser feito. O professor julga, mas seus julgamentos, infelizmente, ficam constantemente guardados no segredo da sala de aula. Ele julga em particular, sua jurisprudência é secreta. Seu julgamento e as razões que o fundamentam nunca são conhecidos. Sua experiência permanece escondida e ele a guarda para si. A jurisprudência pedagógica que pleiteamos seria assim o desvelamento desse saber experiencial dos professores. É preciso trabalhar para tornar público o julgamento dos professores e os motivos que os fundamentam, seu saber experiencial, para conhecer melhor seu raciocínio prático, para estabelecer uma tendência em seus julgamentos, para avaliar e sopesar os argumentos e as decisões, para formular leis de ensino, para formalizar e institucionalizar a lei. (GAUTHIER, 1998, p.314-315)

Essa visão peculiar da ideologia no processo de interpretação dos valores em jogo, tanto no julgar quanto no ensinar, colocam em foco a mudança ou a estabilização do direito. Aberta a possibilidade de uso construtivo da fenomenologia, como trabalho jurídico de transformação do direito (Husserl e Marx), dirigido às áreas de textura aberta do texto constitucional, de modo a buscar a regra na exceção (nova hermenêutica). Acredita-se que o interprete (juiz/professor) possa assumir um comportamento mais eficiente que a mera subsunção de fato a norma (velha hermenêutica).

¹⁴ Outro risco atual no ensino é o reducionismo e o utilitarismo, com vistas à aprovação em concursos públicos e OAB, instrumentalizando, de modo impossível de se questionar a fundo, as fissuras do sistema jurídico constitucional, entre a velha e a nova hermenêutica.

¹⁵ Os liberais da escola positivista como a de direitos naturais coincidem em que o império da lei significa que as partes têm direito à determinação de seus direitos, como queira que estejam estabelecidos, por um processo que não está contaminado pelas preferências políticas subjetivas da maioria (James Madison chama "facção" in "Os federalistas").

¹⁶ E essa boa qualidade não é ignorada por muitos juizes, daí ser cada vez mais comum a relação comportamental dos juizes com a política (na condição de atores). Por isso, a ideia que determinação e indeterminação sejam qualidades (atributos) inerentes à norma, valorizando o trabalho de interpretação do jurista, não acreditando na existência de uma interpretação "sempre" correta, mas circunstancialmente correta, inscreve o humano no mundo do direito e recupera a sua peculiar condição.

4 CONCLUSÃO

A vivência democrática do texto constitucional de 1988 tem fomentado a transformação da atividade profissional do jurista brasileiro. A justificção racional e a transparência dos argumentos jurídicos sobre os quais se pauta é uma nuance inerente ao processo de democratização.

A Constituição cidadã é ponto de partida e não de chegada, ainda que não existam garantias prévias de que este esforço histórico tenha pleno êxito para o constitucionalismo nacional. O circunstancial da norma constitucional, texto entreaberto que necessita do trabalho de criação do direito (quer seja aplicado ou ensinado) faz valorizar a “preferência legislativa” dos operadores do sistema (juízes e professores), ainda que os “materiais jurídicos” (fontes formais do direito) os busquem restringir.

Entre a norma e o fato existe um abismo a ser coerentemente preenchido, cujo efeito prático não pode escapar da leitura das interpretações possíveis e de estudos muito mais aprofundados e precisos que este.

Ao jurista (juiz/professor) resta opinar pela reinterpretação do resultado que a ele se apresenta cômico das dimensões específicas de política, estratégia, tempo e habilidade. Este “ser”, cuidadosa e carinhosamente treinado, atuando de modo estratégico e crítico, voltar-se-á, por certo e naturalmente, para a importância da essência do ato de decidir. Pois aplicar o direito constitucional é concretizar a norma, o que implica um raciocínio capaz de distinguir entre discursos de aplicação e de fundamentação de normas, legitimando a Justiça e a Democracia como uma utopia coletiva ainda a ser alcançada, caso a caso.

As experiências díspares mais complementares aqui elencadas possibilitam a ousadia de propor algumas práticas recomendáveis:

a. Organização de um sistema de precedentes coerente, com a participação das Escolas de Magistraturas em debates temáticos permanentes;

b. Redação unificada de votos dos juízes nos Tribunais, para dar maior coerência e transparência aos argumentos efetivamente utilizados pela corte (vinculando substancialmente à corte);

c. Valorização dos mecanismos institucionais de controle e de participação popular, a exemplo da OAB, ante o Judiciário e o ensino do direito;

d. Estudo do direito constitucional a partir da importância histórica do processo constituinte de 1987/1988, contemplando textos e casos concretos, pautados pelos problemas de concretização desse texto constitucional, pois o estudo da lei (velha hermenêutica) e o estudo da jurisprudência (sistema estadunidense) não se coadunam com a presente necessidade e possibilidade democrática contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Fundamentos do Direito Constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello; coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira*. Brasília: Edições da Câmara, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira*. Brasília: Enap, 1995. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=259>>. Acesso em: 10 nov. 2013.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CASTELLS, Manuel. *O estado-rede: a possibilidade do Estado na sociedade informacional*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. *A era da informação: o poder da identidade*. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v.2.
- _____. *A era da informação: a sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v.1.
- _____. *A era da informação: fim de milênio*. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v.3.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993.
- GAUTHIER, Clermont et al. *Por uma teoria da pedagogia*. Ijuí: Unijuí, 1998.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- _____. Entrevista a Duncan Kennedy, by Fernando de la Flor and Iván Blume (trans.), 50 *THEMIS-Revista de Derecho*. 323 (2004).
- _____. Notas sobre la historia de los “Critical Legal Studies” en los Estados Unidos, 25 *Themis* 103 (Lima, 1993) [identical to text in Doxa].
- _____. La educación legal como preparación para la jerarquía, Academia, *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 2, no. 3, Otoño 2004.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona – Espanha: Gedisa editorial, 1996.
- NOGUEIRA, Marco A. *As possibilidades da política: ideias para a reforma democrática do Estado*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- RODRIGUES, José Rodrigo. *Sobre a Qualidade da Jurisdição: fundamentação das decisões, justiça opinativa e luta pela justificação no Direito Brasileiro Contemporâneo*. s.d.
- SANTOS, Clezio Saldanha dos. *Introdução à gestão pública*. São Paulo: Saraiva, 2006.