

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA
JURÍDICAS**

ALEXANDRE VERONESE

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

VERONICA TEIXEIRA MARQUES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

S678

Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Alexandre Veronese, José Fernando Vidal De Souza, Veronica Teixeira Marques – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-065-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Sociologia. 3. Antropologia. 4. Cultura jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

Apresentação GT de SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURAS JURÍDICAS

Com vinte e nove artigos, o Grupo de Trabalho Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas proporcionou ricos debates e interlocuções entre os presentes no GT, autores e ouvintes que identificaram na proposta do Grupo, o campo adequado para interdisciplinaridade, usos de métodos e abordagens que vão além das pesquisas teóricas e jurisprudenciais, mais comuns em outros grupos de trabalho do CONPEDI.

Em especial os autores que apresentaram seus artigos representaram as mais diferentes instituições e regiões do Brasil, proporcionando discussões entre alunos, egressos e docentes de Mestrados e Doutorados de instituições como: Centro Universitário do Pará, Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Rio Grande, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Universidade Federal do Oeste do Pará, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Centro Universitário La Salle, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Universidade de Brasília, Fundação Machado de Assis, Universidade Federal Fluminense, Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Centro Universitário Volta Redonda, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal do Espírito Santo, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Campo Grande, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, assim como da anfitriã, Universidade Federal de Sergipe.

A maioria dos trabalhos do GT se concentrou em cinco eixos de debates, estruturados em pesquisas metodologicamente subsidiadas por diferentes instrumentos, abordagens e análises, caracterizando as perspectivas jurídicas, antropológicas e sociológicas esperadas no GT. Num primeiro eixo, que inclusive demandou uma solicitação de registro para que haja um grupo de trabalho específico, tendo em vista o crescente número de textos nos mais diversos GTs dos últimos CONPEDIs, se delinearão os trabalhos com enfoque em questões de Gênero.

Com o trabalho A subordinação da esfera social à fiscal: uma análise sócio jurídica a partir da teoria da dominação masculina de Pierre Bourdieu, Thiago Augusto Galeão de Azevedo

tratou da relação subordinativa entre a esfera social e fiscal do Estado Democrático e Social Fiscal, decorrente da esgotabilidade dos recursos públicos, identificando-a como um reflexo constituinte da estrutura de dominação reproduzida pelo Estado, à luz dos preceitos teóricos da dominação masculina de Pierre Bourdieu. Já Clarice Gonçalves Pires Marques apresentou o artigo intitulado O papel da ciência jurídica na subalternização da feminilidade: problematizações e desconstruções necessárias para a igualdade de gênero que se debruçou sobre as identidades femininas enquanto produção cultural e sobre como a ciência jurídica contribui para a subalternização das identidades femininas.

No texto Destrinchado por um artigo clássico sobre gênero. Gênero: Uma categoria útil de análise histórica (Joan Scott) os autores Pablo Henrique Silva dos Santos e Paula Pinhal de Carlos se debruçaram sobre o clássico texto de Joan Scott, identificando a importância da autora sobre os estudos sobre gênero e sua influência nos estudos brasileiros sobre a temática. Com um recorte dentro das discussões sobre gênero, a categoria trans foi tratada em dois artigos. No primeiro, intitulado O (re)conhecimento trans, os autores Renato Duro Dias e Amanda Netto Brum analisam o reconhecimento e a experiência da (des)construção dos discursos naturalizantes das identidades de gênero e sexual trans com base em estudos culturais. Já Paulo Adroir Magalhães Martins e Ana Paula Cacenote, no artigo intitulado A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional, ao utilizarem o método sócio-analítico e a abordagem dedutiva, discutem a necessidade de uma integridade legislativa no ordenamento jurídico brasileiro para a criação de uma lei que busque assegurar o devido reconhecimento às identidades transexuais.

Com uma pesquisa de campo de fôlego, o artigo Pobreza, cachorrada e cachaçada: representações de policiais sobre a violência contra a mulher, dos autores Júlio Cesar Pompeu e Rafael Ambrósio Gava, se sustenta em um estudo etnográfico nas Delegacias de Atendimento à Mulher da Grande Vitória para analisar a dinâmica de funcionamento desses órgãos e descobrir se a compreensão dessa dinâmica pode ajudar a explicar o porquê de o Espírito Santo ter índices tão altos de violência contra a mulher. Os autores chamam a atenção sobre como a representação social dos policiais estigmatiza as vítimas e, aliado a outros fatores, dificulta o combate adequado dessas infrações penais, encontrando nessa variável um dos possíveis fatores que explicam os altos índices capixabas de violência contra a mulher.

Outro instigante trabalho se referiu à Justiça de gênero e direitos humanos das mulheres: percepções sobre feminismo em decisões dos Tribunais de Justiça do país de autoria de Fabiana Cristina Severi, que trouxe para discussão as dificuldades de acesso à justiça das

mulheres e de efetivação de seus direitos, a partir da análise de conteúdo de julgados, na tentativa de traçar a percepção dos Tribunais de Justiça sobre feminismo. Como último trabalho que versa sobre gênero, o artigo intitulado *Pode a subalterna negra falar na Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul?* de autoria de Tiago Resende Botelho teve como recorte temporal os anos de 1977 a 2014, período em que constatou a inexistência da mulher negra neste espaço legislativo por trinta e sete anos, o que o leva a questionar a legitimidade representativa da mulher negra na política.

O segundo eixo de trabalhos se constituiu em torno das discussões sobre trabalho e economia, com quatro artigos que refletem sobre imigração, exploração de mão de obra e crédito como reconhecimento. Numa pesquisa de campo com resultados que vão além dos discutidos no artigo, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, e Thais Janaina Wenczenovicz escrevem no texto *Imigrantes senegaleses, direitos humanos e trabalho: dimensões materiais e concepções acerca da integração no Brasil a respeito da integração desses imigrantes à sociedade brasileira*, chamando a atenção sobre como na região norte do Rio Grande do Sul o migrante senegalês experimenta a primeira forma de integração através da obtenção de emprego.

Já no artigo *Panoptismo digital: a terceirização das centrais de teleatividades*, Ailsa Costa de Oliveira faz uma análise acerca da terceirização, enfatizando dentro deste fenômeno, as atividades laborais executadas nos call centers. A autora identifica os call centers como empresas terceirizadas baseadas em um modelo de precarização do trabalho, caracterizado pelos controles a que são submetidos os teleoperadores pelos supervisores e por toda uma estrutura telemática, que se constituem pelo que chama de panoptismo tecnológico.

Marcelo Maduell Guimarães, na apresentação de seu texto *O contrato de trabalho e a sua insuperável marca exploratória: breves críticas ao modelo de desenvolvimento capitalista* parte de alguns questionamentos acerca do modelo de produção e desenvolvimento capitalistas na discussão sobre o contrato de trabalho, explorando seus significados na história e chamando a atenção sobre as poucas transformações até dias atuais, que ainda pressupõe exploração. Na busca por compreender as relações de consumo mediadas pelo crédito, bem como os aspectos jurídicos da atividade creditícia no Brasil, Anna Taddei Alves Pereira Pinto Berquó escreve o texto *O uso do crédito e reconhecimento social: aspectos jurídicos da atividade creditícia no Brasil onde explora a relação de cordialidade como categoria que permitiu o acesso ao crédito, uma vez que é uma das características históricas do comércio brasileiro tratar os negócios como relações pessoais*.

Um terceiro eixo de interlocução entre os trabalhos apresentados se deu em torno de discussões sobre a Sociologia Jurídica. Nesse sentido o trabalho intitulado *A relação entre a modernidade reflexiva e a sociedade do risco com a sociologia do direito* Rodrigo Marcellino da Costa Belo, discute a relação de singularidade interdisciplinar entre sociologia e direito que deu ensejo a formação da sociologia jurídica como campo que buscava estudar como tal relação influía na própria definição do Direito e de seus institutos. Já o artigo *Entre a academia e os tribunais: a construção social do direito constitucional brasileiro* de Carlos Victor Nascimento dos Santos e de Gabriel Borges da Silva busca ampliar as discussões acerca da produção do direito constitucional brasileiro partindo de quatro elementos: (i) a delimitação dos autores que se tornaram referências, (ii) a distância entre teorias e realidade social, (iii) a expansão dos programas de pós-graduação em Direito e o aumento da circulação de ideias que envolvam matérias constitucionais, além (iv) das relações entre professores/pesquisadores e juristas. Os autores analisam como esses quatro elementos são incorporados à discussão como movimentos capazes de influenciar a construção do direito constitucional brasileiro.

No texto *Velhas e novas perspectivas da Sociologia Jurídica no Brasil: flores ou espinhos?*, Cora Hisae Monteiro da Silva Hagino faz uma análise da história da Sociologia Jurídica no Brasil. A partir de uma abordagem histórica a autora discute a dificuldade de institucionalizar a sociologia jurídica nas faculdades de direito até transformar-se em disciplina obrigatória, partindo assim para uma análise sobre a influência dessa disciplina para entender a dinâmica do Direito na sociedade brasileira.

Por fim, nesse eixo, Enoque Feitosa Sobreira Filho e Lorena de Melo Freitas apresentam o artigo *Uma leitura realista do idealismo jurídico a partir das ideias de Gilberto Freyre*. Neste artigo analisam através de uma metodologia retórica, a crítica realista freyriana ao idealismo jurídico, apoiando-se na análise que Gilberto Freyre faz à cultura do bacharelismo no Brasil. Os autores apontam como Freyre ao estudar a formação acadêmica dos Bacharéis em Direito destaca a necessária vizinhança existente entre as Ciências Jurídicas, a Sociologia e Antropologia, que trabalham com fatos concretos, empíricos da realidade sócio jurídica.

O quarto eixo versa sobre estudos relativos à cultura que congregam quatro trabalhos que tratam da cultura como direito. O primeiro deles, intitulado *O direito ao idioma e a preservação cultural e linguística das minorias na comunidade dos países de língua portuguesa*, escrito por Pedro Bastos de Souza, se preocupa em discutir a importância da proteção cultural e linguística das minorias, em um cenário de globalização. Já o artigo *Por uma discussão a respeito das questões identitárias no âmbito dos direitos humanos*, de Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e de Márcia Letícia, discute sobre como o trânsito de povos e

culturas fragmentou as identidades fazendo com que estas se multiplicassem, se transformassem e fossem, aos poucos, se moldando a novos cenários, tornando necessária a reflexão a respeito das questões identitárias em Direitos Humanos. Os autores Noli Bernardo Hahn e Francis Rafael Mousquer, no trabalho *O interculturalismo como mecanismo emancipatório*, chamam a atenção sobre como uma estrutura de relacionamento receptiva e resiliente entre as culturas existentes no cenário geopolítico mundial absorvem as diferenças existentes entre culturas. Fechando o eixo sobre cultura como direito, o trabalho *Rinha de galo: uma expressão de cultura, uma atividade esportiva ou uma ofensa à constituição?* das autoras Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros e Letícia Albuquerque debate a respeito da possível colisão de direitos fundamentais a partir de uma análise da jurisprudência brasileira firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. As autoras buscam responder à seguinte pergunta: a rinha de galo pressupõe o enfrentamento de uma questão cultural, de uma atividade esportiva ou, efetivamente, de uma ofensa à Constituição?

O quinto eixo, possibilitado pelos trabalhos aprovados no GT, envolve discussões a respeito de questões indígenas que passam por discussões sobre territorialidade, relação constitucional e cultura indígena. De autoria de Julianne Melo dos Santos, o artigo *Territorialidade indígena e a demarcação de terras indígenas no Brasil: tensões, contradições e potencialidades* busca compreender as limitações e as potencialidades do reconhecimento estatal da sociodiversidade indígena no processo de demarcação territorial. Já o trabalho sobre *Os povos indígenas e o tratamento constitucional latino americano: uma análise acerca dos ordenamentos boliviano e equatoriano* de José Albenes Bezerra Júnior trata do direito comparado e da análise dos textos constitucionais da Bolívia e do Equador, ao analisar os novos tratamentos constitucionais dispensados aos povos indígenas em países da América Latina. O artigo intitulado *Pensão por morte e poligamia indígena: redistribuição ou reconhecimento?*, das autoras Ana Catarina Zema de Resende e Fabiola Souza Araujo, apresenta uma análise da decisão judicial paradigmática que concedeu, pela primeira vez, uma pensão por morte em caso de poligamia de povos indígenas. As autoras indicam que apesar da determinação de distribuição de uma pensão por morte entre as viúvas e os filhos do segurado falecido mostrar avanço quanto ao reconhecimento da organização social própria dos povos indígenas, acaba por reduzir a avaliação da situação a uma mera questão de distribuição, negando um reconhecimento jurídico pleno da diversidade cultural. No texto *A Regularização das Terras Indígenas e os Dados do Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil* os autores Giselda Siqueira da Silva Schneider e Francisco Quintanilha Veras Neto discutem a questão da demarcação de terras e a necessidade de políticas públicas de investimento econômico para programas de promoção dos direitos de tais populações em suas aldeias.

Também abrilhantaram as discussões do GT Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas, outros cinco artigos que versaram sobre teoria marxiana, direito à memória, educação em direitos, justiça restaurativa e ativismo judicial. No artigo Teoria marxiana e racismo: possibilidades na busca de um Direito instrumento de transformação, Franciele Pereira do Nascimento provoca a reflexão acerca da relação existente entre teoria marxiana e racismo, indicando que apesar de não ser suficiente para suprir todas as demandas advindas dos conflitos étnicos-raciais, a teoria marxiana é fundamental para a entender o capitalismo atual e o os reflexos do racismo neste sistema econômico. Com o trabalho O Grupo Tortura Nunca Mais e seus sentidos de fazer justiça Igor Alves Pinto parte da categoria sensibilidade jurídica colocada por Clifford Geertz e de uma pesquisa de campo com observação participante, de forma que através de um trabalho com inspiração etnográfica busca compreender como se produz e quais são os sentidos de justiça que o Grupo Tortura Nunca Mais quer ver representada pelo Estado. Os autores Diego de Oliveira Silva e Lutiana Valadares Fernandes Barbosa, no trabalho Biopoder, educação, resistência e libertação: a função da defensoria pública de educar em direitos como forma de resistência e de libertação da opressão, tecem reflexões sobre a função institucional da Defensoria Pública de educar em direitos como forma de possibilitar à população hipossuficiente a compreensão da dinâmica do biopoder e seus microssistemas, numa perspectiva de cumprir sua função institucional. Já no artigo intitulado Abordagem sociológica da justiça restaurativa Christiane de Holanda Camilo apresenta uma análise sociológica sobre os principais elementos fundantes da Justiça Restaurativa, apresentando-a como uma reinvenção contemporânea e aprimorada das formas de resolutividade de controvérsias comunitárias que visam o estabelecimento de estratégias integrativas e humanizadas que têm como propósito construir sistemas de justiça que possam ser implementadas, tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto em comunidades que viabilizem a integridade de vítima e de ofensor, caracterizando a manutenção inclusiva do ofensor na reparação da ofensa assim como a reparação da ofensa em si.

O Grupo de Trabalho Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas encerra seus artigos com o texto A democratização do judiciário como resposta ao ativismo judicial: ideias iniciais, de autoria de Vitor Costa Oliveira, que busca saber se há, em que grau, e de que forma, um elemento volitivo ligado ao ativismo judicial. Essas e outras perguntas e suas possíveis respostas é o que desejamos que os leitores mais atentos encontrem, para dialogar, criticar, interagir e refletir.

Ótima Leitura!

José Fernando Vidal de Souza - Uninove

Verônica Teixeira Marques Unit e ITP

Alexandre Veronese UnB

Coordenadores do GT Sociologia, Antropologia e Culturas Jurídicas

ENTRE A ACADEMIA E OS TRIBUNAIS: A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

BETWEEN THE ACADEMY AND THE COURTS: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW

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

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de ampliar as discussões acerca da produção do direito constitucional brasileiro para além do fortalecimento do Supremo Tribunal Federal e mudança de papel político da Corte. Elementos como (i) a delimitação dos autores que se tornaram referências, (ii) a distância entre teorias e realidade social, (iii) a expansão dos programas de pós-graduação em Direito e o aumento da circulação de ideias que envolvam matérias constitucionais, além (iv) das relações entre professores/pesquisadores e juristas, são incorporados à discussão como movimentos capazes de influenciar a construção do direito constitucional brasileiro. Da breve análise de tais movimentos, a disputa pelo conhecimento no campo jurídico e o processo de constitucionalização do debate político tornam-se elementos centrais à compreensão do direito constitucional brasileiro enquanto categoria autônoma no discurso jurídico.

Palavras-chave: Direito constitucional brasileiro; academia; prática jurídica; disputas; e conhecimento jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims of increasing the discussions about the production of Brazilian constitutional law, besides the argument of the Brazilian Supreme Court strengthening and changing political role it. Elements as (i) the delimitation of the authors who have become references, (ii) the distance between theory and social reality, (iii) the expansion of graduate studies programs in law, increasing the circulation of ideas involving constitutional law, in addition (iv) the relationship between teachers/researchers and jurists, are incorporated into the discussion as movements can influence the construction of the brazilian constitutional law. The brief analysis of the mentioned movements, the competition for knowledge in the juridical field and the transformation of the political discussion in juridical and constitutional become important elements to the understanding of Brazilian constitutional law as an independent category in juridical discourse.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian constitutional law; academy; work of jurists; competitions; and legal knowledge

INTRODUÇÃO

Não é incomum autores de direito constitucional, ou áreas próximas, argumentarem no sentido da inexistência de uma metodologia própria ao estudo do direito constitucional, embora seja uma categoria que tem crescido tanto em número quanto em importância no discurso jurídico. No direito norte-americano, por exemplo, Bruce Ackerman ao escrever *We the people*, em seus três volumes, apresenta um método específico ao estudo do direito constitucional norte-americano: a partir da história política do país, o autor vem traçando a forma como o país foi construindo e consolidando esta categoria até torná-la fundamental também na compreensão do discurso jurídico local. Outros métodos de mesmo poder explicativo não estão descartados, mas, nos Estados Unidos, a história política do país é capaz de explicar diversos fenômenos, como o suposto nascimento do controle de constitucionalidade a partir de uma briga política na sucessão presidencial de John Adams a Thomas Jefferson, conhecido também pelo *leading case Marbury vs. Maddison*.

Diferentemente da lógica brevemente desenhada acima, no Brasil, o direito constitucional ganhou maior evidência no campo jurídico nacional, para usar uma expressão de Bourdieu (1998), principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Na hipótese, importantes mudanças como o aumento da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar demandas jurídicas, a ampliação do acesso à jurisdição constitucional, a criação de mecanismos protetivos aos direitos fundamentais ante a inércia do Poder Legislativo – mandado de injunção, dentre outras medidas, ampliaram as discussões jurídicas em relação às mudanças no direito constitucional. As significativas mudanças atribuíram ao direito constitucional brasileiro uma maior visibilidade, e não sobressalência, em relação a outras áreas jurídicas, como o direito civil, por exemplo¹. O que permite alguns autores brasileiros a defesa de ocorrência de um constitucionalismo brasileiro somente, ou principalmente, a partir da Constituição de 1988 (BARROSO, 2001; SARMENTO, 2011).

Esse movimento de expansão do direito constitucional brasileiro pós-88 defendido, por exemplo, por autores como Barroso (2001) e Sarmento (2011), impactou também no

¹ Para ilustrar o exemplo, é possível citar uma possível movimentação de autores, na década de 90, ao iniciar trabalhos com o objetivo de aproximar ainda mais o direito civil e o direito constitucional, sob a liderança dos professores Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, tendo como trabalhos de referência: BODIN de MORAES, Maria Celina. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Direito, Estado e Sociedade, Brasil, v. 1, p. 59-73, 1991.

_____. **A Constitucionalização do Direito Civil**. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, v. 17, n.17, p. 79-89, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **A Constitucionalização do novo Código Civil**. Revista trimestral de Direito Civil, v. 15, 2003.

aumento da discussão pública a partir da constitucionalização de debates políticos. Isto é, juristas utilizam cada vez mais argumentos fundamentados em normas constitucionais para adentrar ao campo político com a segurança de uma “imparcialidade aparente” por se utilizar de argumentos jurídico-constitucionais.

Diante do cenário acima descrito, compreender a forma como o direito constitucional se tornou uma categoria fundamental à explicação do discurso jurídico brasileiro tornou-se um desafio principalmente entre juristas e acadêmicos. O objeto de análise capaz de unir estes diferentes grupos é o Supremo Tribunal Federal, órgão que vem ganhando cada vez mais notoriedade no cenário jurídico nacional, principalmente após a transmissão ao vivo de suas sessões de julgamento pela TV Justiça. E utilizando o STF como objeto de investigação, podemos destacar: de um lado, os integrantes de carreiras jurídicas tradicionais (advogados, representantes do Ministério Público, juízes, defensores públicos, dentre outros), que buscam um prognóstico das decisões judiciais a fim de preencher um interesse específico; e de outro, professores e pesquisadores que, por meio da investigação tanto por meio da análise de decisões judiciais, análise comportamental, ou ainda pelo estabelecimento de diálogos interdisciplinares como a realização de pesquisas empíricas, buscam compreender o funcionamento da Corte.

Além do objeto de pesquisa unir os diferentes grupos acima, outro elemento também é responsável por aproximar seus interesses: a compreensão do funcionamento da Corte a partir principalmente da investigação de como os seus ministros decidem. Neste sentido, a pergunta central deste texto é: se juristas, professores e pesquisadores, apesar dos diferentes métodos e interesses, analisam um mesmo objeto, buscando resposta a uma mesma pergunta, por que não se unem em prol de um mesmo objetivo? A resposta será construída a partir da demonstração de que, na ausência de uma metodologia específica à compreensão de como o direito constitucional se tornou uma categoria explicativa do discurso jurídico nacional, a disputa entre juristas, professores e pesquisadores pelo “o que é dito” e “como é dito” contribui também à construção, consolidação e, principalmente, compreensão do direito constitucional enquanto categoria autônoma de estudo no discurso jurídico brasileiro.

Para refletirmos estas questões, além de contribuir à construção do argumento mencionado acima, discutiremos: (i) que autores são utilizados como referência no direito constitucional brasileiro; (ii) o debate acerca de teorias surgidas possivelmente nos sistemas jurídico norte-americano e alemão, e a importação e aplicação de estudos e pesquisas à realidade social brasileira sem a devida reflexividade ou análise de adequação; (iii) o aumento

dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil, e (iv) a disputa existente entre acadêmicos e membros de carreiras jurídicas tradicionais pelo conhecimento jurídico.

1. Quem define as referências ao direito constitucional brasileiro?

Em recente pesquisa realizada por Lorenzetto e Kenicke (2013), publicada no site Conjur, foram demonstrados os autores brasileiros que escreveram sobre direito constitucional que foram mais citados no Supremo Tribunal Federal. A pesquisa teve como lapso temporal o período compreendido entre 1988 e 2012, sendo realizada a partir da base de dados disponibilizada pelo Supremo Tribunal Federal em seu site oficial. Os dados obtidos ficaram restritos ao controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF), totalizando 1003 casos analisados dentre as ações julgadas total ou parcialmente procedentes. A lista alcançada não é extensa, apresentando setenta e quatro diferentes autores citados pelo STF no controle abstrato ao longo de vinte e quatro anos analisados.

Dos setenta e quatro autores listados na pesquisa, basta-nos destacar os vinte primeiros para elaboração e compreensão do argumento criado ao longo do texto. Os vinte autores mais citados nos votos apresentados pelos ministros do STF podem representar ao menos três diferentes grupos: um composto por (i) autores mais clássicos, um por (ii) ministros e ex-ministros do Supremo e outro por (iii) autores mais recentes. Abaixo, destacaremos e teceremos breves características sobre cada um desses grupos.

O primeiro grupo identificado possui, dentre os autores que o compõem, o mais citado pelos ministros do Supremo: José Afonso do Silva. Acompanham José Afonso da Silva os seguintes autores: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Luis Pinto Ferreira, Pontes de Miranda, Raul Machado Horta, Francisco Campos, Rui Barbosa e João Barbalho. Esse primeiro grupo de autores possui trabalhos publicados em um período de grandes transformações em relação ao funcionamento do STF, competências e ingerências sofridas diretamente pelo Chefe do Poder Executivo (BRANDÃO, 2012). Neste período, dá-se destaque aos diversos diplomas normativos responsáveis por organizar o Estado brasileiro, orientar o funcionamento de instituições políticas, além de definir suas competências e delimitar o rol de direitos fundamentais existentes.

Dentre os diversos marcos normativos existentes à época, capazes inclusive de influenciar a leitura do direito constitucional atual, estão as constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/69, além da Reforma Constitucional de 1926. As constantes mudanças legislativas permitiram que os autores mencionados produzissem frequentes comentários e, por ser à época uma comunidade restrita a dominar um saber tão específico, os

autores tornaram-se referência nos temas abordados. A partir daí, estudos cada vez mais extensos foram publicados por tais autores, estimulando a produção jurídica em um período não apenas de poucos especialistas, mas também de baixa difusão ao acesso à informação, como o “Curso de Direito constitucional”, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo.

Em 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publicou uma das primeiras obras a sistematizar o estudo do direito constitucional em um único exemplar, escrevendo a história política do Estado brasileiro a partir das suas constituições, o que foi seguido por diversos autores que escreveram em momento posterior. O estudo e ensino do direito constitucional brasileiro passou, então, a ser feito a partir de diplomas normativos, com baixo aprofundamento no contexto histórico-político, capaz de ter sido influenciado pelo autoritarismo vivido pelo Estado brasileiro à época, estimulando duas grandes questões: (i) a impossibilidade do relato às experiências vividas por autores no período da escrita e (ii) a reprodução irrefletida dessa produção jurídica por autores mais contemporâneos, que contribuem à transformação das teses e argumentos lançados ao cenário jurídico por autores mais tradicionais em dogmas. Tais eventos contribuíram à construção de um saber acerca do direito constitucional brasileiro capaz de orientar inclusive os ministros da Suprema Corte em um período em que a informação e o conhecimento técnico-jurídico eram restritos. Isto é, os autores mencionados acima foram também responsáveis por orientar o entendimento da Corte diante de casos em que a sua resolução não encontrava amparo legal.

O segundo grupo identificado é composto por ministros e ex-ministros do Supremo Tribunal Federal, incluindo dentre os mais citados: Gilmar Ferreira Mendes, Eros Roberto grau, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Luis Roberto Barroso, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos e Carlos Ayres Britto. O grupo citado reflete a existência de uma rede de autores que, ao mesmo tempo em que julga, fundamenta suas decisões com citações a textos próprios e dos colegas de julgamento. E com o aumento da competência da Suprema Corte e o recebimento de um volume cada vez maior de processos para julgamento, ainda que se considerem os processos repetitivos, o número de citações a si mesmo e aos próprios colegas tende a aumentar. O que pode ser capaz de criar e consolidar uma legitimidade teórica por meio da repetição e falta de contestação, já que se trata da última instância a apreciar uma questão jurídica no país.

A legitimidade teórica construída acima se torna referência inclusive no ensino do direito constitucional atual, quando universidades que prezam por um ensino tradicional estimulam seus alunos a tomarem o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não apenas como o último posicionamento possível sobre a questão jurídica apreciada, mas como o único

ou o mais correto entendimento. Esses processos, além de contribuir à baixa reflexividade acerca das resoluções jurídicas buscadas e assumidas pelo STF, parecem estimular à criação do que alguns alunos e professores chamam de “argumento de autoridade”. Em relação a este último aspecto, Kant de Lima (2001) destaca que o próprio 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” (KANT DE LIMA, 2001, p. 109). A observação de Kant de Lima não se restringe tão somente ao direito constitucional, mas ao Direito enquanto um fenômeno social, que atua reproduzindo compilações dogmáticas que servem apenas à particularização de um saber que se exerce como uma imposição das autoridades que dominam o conhecimento jurídico (KANT DE LIMA, 2001).

Por fim, o último grupo identificado é formado por aqueles que atuam constantemente perante ao Supremo quer seja por meio de sustentações orais, representando conhecidas profissões jurídicas como advogado, promotor, dentre outras, ou pela elaboração de pareceres capazes de instruir o processo e influenciar posicionamentos dos ministros durante o julgamento. São eles: Ives Gandra da Silva Martins, Alexandre de Moraes, José Cretella Júnior, Paulo Gustavo Gonet Branco e Paulo Bonavides. Estes buscam confiabilidade acerca do exercício de suas funções a partir do reconhecimento também de sua competência técnica-jurídica demonstrada nas teses e argumentações desenvolvidas perante o Supremo Tribunal Federal, principalmente após o aumento de visibilidade pública que possui a partir da transmissão ao vivo de suas sessões de julgamento, fenômeno inaugurado pela TV Justiça em novembro de 2002.

Resumindo, os autores mais citados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal são aqueles que, em um primeiro momento, orientaram a Corte quando diante do baixo conhecimento técnico disponível devido, dentre outros motivos, aos poucos canais de acesso à informação ou baixa qualificação dos juristas à época. Depois, os próprios ministros se tornam fonte de produção de conhecimento técnico a partir da citação constante aos seus próprios textos e aos de seus colegas. E por último, diante da cada vez mais crescente visibilidade pública do STF, atuar perante o órgão tornou-se um mecanismo de atribuição de credibilidade as funções desempenhadas pelos detentores das mais variadas profissões jurídicas. Os três diferentes grupos identificados na análise dos vinte autores mais citados pelos ministros do Supremo na pesquisa de Lorenzetto e Kenicke (2013) apresentam relação direta com o próprio STF, demonstrando também porque o discurso constitucional sustentado

pelos mais diversos autores, nas mais diversas perspectivas e períodos da história constitucional brasileira, estão de alguma forma relacionados ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, no presente tópico, foram mapeados alguns autores capazes não apenas de contribuir à autonomização do direito constitucional² enquanto categoria explicativa do discurso jurídico no Brasil, mas de impulsionar o seu ensino por intermédio de seus próprios textos. O que nos sugere a reflexão a respeito de aspectos fundamentais nos textos de diversos autores do direito constitucional brasileiro, como o uso excessivo de teorias importadas do direito norte-americano e alemão e aplicadas ao direito brasileiro sem a devida adequação à sua realidade social, questões específicas do tópico seguinte.

2. Teorias e realidade social: como aproximá-las?

Conforme brevemente destacado no tópico anterior, a partir da análise dos autores que escreveram sobre o direito constitucional brasileiro, é possível perceber quão nova é esta categoria de análise. No Brasil, ela começa a ganhar força a partir, principalmente, do século XX com os autores citados no tópico anterior, o que pode ser notado a partir das publicações nacionais existentes sobre temas de direito constitucional (como o controle de constitucionalidade com Rui Barbosa, por exemplo). E os autores que escreviam sobre o direito constitucional brasileiro, por ser um tema muito incipiente ainda à época, o faziam estabelecendo relações com a teoria do Estado. Esse processo pode ser notado por meio da leitura dos textos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O autor realizou em sua tese de doutorado um estudo comparado do estatuto constitucional dos partidos políticos no Brasil, Itália, França e Alemanha. O contato com o Direito Constitucional francês e alemão foi determinante em sua trajetória acadêmica, permitindo uma formação que abrangesse duas distintas Escolas de Direito Público: França e Alemanha. Em 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publica um dos estudos mais aprofundados sobre o direito constitucional brasileiro à época, intitulada “Curso de Direito Constitucional” e, em seguida, torna-se professor titular da Universidade de São Paulo, difundindo a sua experiência internacional e conhecimentos adquiridos

Além da experiência internacional do autor mencionado acima, também merece a de Rui Barbosa, que despontava dentre os autores de sua época como exímio conhecedor do

² O processo de autonomização do direito constitucional discutido no presente texto não representa uma dissociação do Direito. Não desejamos argumentar no sentido de uma separação do direito constitucional do Direito ou discurso jurídico. Referimo-nos à representação de forma sistemática de um conjunto de estudos voltados para uma específica do saber: o direito constitucional, assim como ocorre com o direito civil, por exemplo.

sistema jurídico norte-americano, incorporando várias de suas teorias ao direito brasileiro, principalmente em relação ao controle de constitucionalidade (LYNCH, 2008). Isto é, o domínio de um língua estrangeira difundida, relação com professores e pesquisadores, realização de estudos comparados, busca de teorias a partir da necessidade de fundamentar teses, interpretações e argumentações jurídicas são elementos que também contribuíram à criação e consolidação do direito constitucional brasileiro enquanto categoria autônoma no Direito.

Os processos brevemente narrados acima contribuem à reflexão de como, em um período de pouco aprofundamento do direito constitucional, as teorias estrangeiras se incorporam aos nossos estudos. Os autores mencionados são apenas exemplos de que a experiência internacional, quer seja a estudo ou trabalho, pode influenciar na elaboração de teses e argumentos jurídicos, que se incorporam não apenas em seus estudos, mas também em posicionamentos de ministros da Suprema Corte, no ensino do Direito e, sobretudo, ao que alguns autores chamam de raciocínio jurídico (SCHAUER, 2009).

Nesse sentido, é no mínimo questionável a remissão à origem de quaisquer teses e argumentos tipicamente constitucionais aplicados ao direito brasileiro. Exemplo: quando diante de um caso de difícil resolução não é improvável que surja a necessidade de consulta a textos jurídicos que contribuam ao seu esclarecimento. Sob este raciocínio, suponhamos que, iniciado o processo de pesquisa, é encontrado um texto em espanhol que discute o mesmo assunto ou assunto conexo. Em seguida, é feita uma adequação da tese encontrada ao caso em análise. Entretanto, quem fez a pesquisa sequer se atentou ao fato de o livro em espanhol ser a tradução de uma publicação alemã. O caso é solucionado à luz da tese encontrada e passa a ser parâmetro de resolução para casos semelhantes, permitindo que a própria repetição de casos e teses semelhantes passe a ser incorporadas ao discurso nativo dos juristas. Pronto: está brevemente narrada a possibilidade de uma tese estrangeira alemã ser incorporada ao sistema jurídico brasileiro sem qualquer análise da viabilidade de sua adequação.

Apesar de o exemplo acima parecer exagerado, o principal eixo de análise é a incorporação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro sem análise de sua adequação em realidade social distinta. Sobre o tema, em palestra proferida no Brasil, o jurista alemão Claus Roxin apresentou surpresa com a utilização de sua teoria do domínio do fato no julgamento da Ação Penal n.º 140 pelo STF, conhecida também como “mensalão”. Segundo o jurista, a teoria do domínio do fato foi aprimorada em contexto completamente diverso³. Ou seja, os

³ Veja-se trecho de entrevista de Claus Roxin sobre a teoria do domínio do fato: “Folha – O que o levou ao estudo da teoria do domínio do fato?”

sistemas jurídico norte-americano e alemão utilizados como exemplo nesse texto representam também modelos que exercem influência sobre um sistema jurídico ainda em formação, dada a jovialidade de algumas categorias que são fundamentais à sua compreensão, como o direito constitucional aqui discutido. E também por ser recente na história do Direito no Brasil, o direito constitucional deve sim sofrer influências de experiências internacionais que apresentam um sistema e discurso jurídico um pouco mais consolidado em comparação ao Brasil. O presente tópico não está tecendo críticas à importação em si de teorias estrangeiras e sua aplicação ao direito brasileiro, mas à importação sem reflexividade e sem análise de adequação à realidade social aqui existente.

Apesar do espanto de Claus Roxin, ele não é o único, tampouco o primeiro, a identificar inadequações na aplicação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro. Oliveira Vianna (1927), questionou a utilização de modelos jurídicos que não refletissem a formação do Estado brasileiro, realizando um estudo sobre a realidade constitucional vigente, preocupando-se em verificar uma correspondência entre algumas instituições políticas e a estrutura social do país. A crítica de Oliveira Vianna pretendia diminuir o distanciamento percebido pelo autor entre as normas constitucionais, as teorias utilizadas com fins explicativos e a realidade política e constitucional brasileira⁴.

O cenário acima nos atenta a importantes questões. A primeira refere-se à influência de autores clássicos, assim qualificados em relação ao momento em que produziram suas obras e a frequência em que lhes são feitas referências, na construção dogmática do conhecimento jurídico. A segunda está diretamente relacionada à circulação e utilização das

Claus Roxin - O que me perturbava eram os crimes do nacional socialismo. Achava que quem ocupa posição dentro de um chamado aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um delito, tem de responder como autor e não só como partícipe, como queria a doutrina da época.

Na época, a jurisprudência alemã ignorou minha teoria. Mas conseguimos alguns êxitos. Na Argentina, o processo contra a junta militar de Videla [Jorge Rafael Videla, presidente da Junta Militar que governou o país de 1976 a 1981] aplicou a teoria, considerando culpados os comandantes da junta pelo desaparecimento de pessoas. Está no estatuto do Tribunal Penal Internacional e no equivalente ao STJ alemão, que a adotou para julgar crimes na Alemanha Oriental. A Corte Suprema do Peru também usou a teoria para julgar Fujimori [presidente entre 1990 e 2000].

Folha - É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica?

Claus Roxin - Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso.”

Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/jurista-alemao-repreende-o-stf-pelo-mau-uso-de-sua-teoria-do-dominio-do-fato.html>>. Acesso em 21.mar.2015.

⁴ Veja-se trecho da obra do autor:

“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*)” (VIANNA, 1927, p. 63)

ideias desenvolvidas por tais autores, além dos argumentos ou teorias desenvolvidas ou lançadas ao direito brasileiro por aqueles que acumularam experiência perante a atuação no Supremo Tribunal Federal (ministros aposentados e advogados, por exemplo). Somados a estes fatores, devemos considerar também os ministros do STF que apresentam determinados rótulos de justificações às suas decisões de modo a manipular conceitos jurídicos ou adotá-los em um contexto completamente diverso do qual ele foi ensaiado quando do seu surgimento.

Enfim, os dados construídos nos permitem questionar no Direito brasileiro a existência de uma metodologia própria à utilização de conceitos e institutos jurídicos. Em um caso difícil, por exemplo, não é incomum que um ministro do STF desenvolva argumentações a partir da importação de uma alternativa produzida em contexto diverso ao vivido pelo Estado brasileiro. Segundo Santos e Silva (2012), “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” (SANTOS & SILVA, 2012, p. 10). Em pesquisa recente feita a partir da leitura de todos os acórdãos no STF que faziam menção à expressão “mutação constitucional”, Santos (2015) identificou ao menos seis significados distintos à mesma expressão, o que corrobora a já discutida falta de rigor metodológico na utilização de conceitos jurídicos pelos juristas brasileiros.

A circulação de ideias por meio das teses, interpretações e argumentações jurídicas, frutos do contraditório representado tanto nos tribunais quanto na academia, contribuem à sustentação dos chamados “argumentos de autoridade”, em detrimento da autoridade do argumento (Kant de Lima, 2001). Fato relacionado à atividade prática do jurista, que se desenvolve com base em dogmas construídos em um processo legislativo e depois interpretados por autoridades do campo jurídico. Diante desse raciocínio, é possível inferir a existência de pesquisas no Direito que são produzidas a partir desses dogmas, que se consolidam por meio da jurisprudência⁵ e da produção de “manuais de Direito”⁶.

⁵ Entendida neste trabalho como a consolidação de um entendimento do colegiado em relação à determinada matéria, alcançados tanto por meio (i) reiteradas decisões em um mesmo sentido, quanto (ii) por posicionamento único do colegiado.

⁶ “Os livros utilizados na faculdade de Direito são chamados de Manuais. Os Manuais trazem a interpretação de determinado jurista sobre a lei que o manual abrange. Estes juristas são chamados de Doutrinadores. E aquilo que é produzido nos manuais é utilizado nas peças processuais, nas decisões do Poder Judiciário e nas pesquisas no campo do Direito. Estas geralmente discutem os posicionamentos dos doutrinadores, de modo a utilizá-los para confirmar ou comprovar determinado argumento jurídico. A questão é que os manuais são releituras de uma autoridade jurídica a respeito de determinada lei. É um conhecimento técnico, que não gera consenso entre a própria técnica que esta posta. Não é incomum que os manuais discordem uns dos outros, trazendo “teses” opostas. Isto faz parte da lógica do tribunal e o jurista, quando parte de um processo judicial, utiliza esses doutrinadores de modo a confirmar um argumento que lhe é favorável. Porém, a faculdade de Direito internaliza essa lógica do tribunal. E as pesquisas muitas vezes são defesas de ponto de vistas, sem comprovação empírica, mas fundadas em dogmas, jurisprudências e/ou doutrinadores.” (SILVA, 2014, p.30)

O jurista, então, reproduz e discute os dogmas e suas interpretações, estabelecendo uma disputa entre estas, de modo a identificar um “argumento vencedor”. Essa prática reflete o “contraditório” utilizado nos tribunais, marcado pela disputa de teses jurídicas, com o fito de convencer o julgador sobre qual argumento este deve escolher para aplicar ao caso em análise (BAPTISTA; KANT DE LIMA, 2010). Ou seja, a tese vencedora não é necessariamente a melhor tese ou aquela que mais se aproxima da realidade a ser aplicada, mas aquela escolhida pelo julgador, com base no exercício de sua autoridade. E o exercício de tal autoridade não está restrito somente ao julgador, ao passo que no campo jurídico ela pode ser construída com base na deferência a determinado autor, não necessariamente pelos resultados obtidos em sua pesquisa, mas pelo *status* adquirido no campo jurídico. Segundo Silva (2014), esse processo de concessão de legitimidade no campo do Direito de interpretação do dogma, sem que o intérprete assuma tal posição, permite a criação de autoridades. Como consequência, “o pesquisador⁷ acaba por perder sua autoridade enquanto autor daquilo que escreve, pois o que vale é o argumento de autoridade e não necessariamente a autoridade do argumento” (Silva, 2014, p. 30).

Por fim, este tópico explicita outra característica relacionada ao direito constitucional brasileiro: a forma peculiar de circulação das ideias por meio de teses, interpretações e argumentações tipicamente constitucionais, ganhando espaço e notoriedade não pela sua aplicabilidade prática, mas pela “autoridade” de quem as utiliza. O movimento identificado nos sugere a análise de outro importante aspecto: os espaços utilizados como arena de debates ao cenário descrito acima, como as pós-graduações em Direito e os tribunais, questões discutidas nos tópicos seguintes.

3. O papel exercido pelas pós-graduações na construção do direito constitucional

No primeiro tópico, foram apresentadas algumas breves reflexões sobre autores do direito constitucional capazes de influenciar os estudos da matéria. Em seguida, foram tecidos comentários a respeito das teorias constitucionais no direito brasileiro desenvolvidas ou importadas por tais autores, estabelecendo-se sem uma relação de adequação com a realidade social. Nas próximas linhas, discutiremos o local onde autores do direito constitucional, suas teses, interpretações e argumentações poderiam ganhar fôlego, além de instruir profundas reflexões acerca do direito brasileiro: os programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito existentes no país.

⁷ Leia-se a expressão “pesquisador” como forma de abranger todos aqueles que empenham esforços intelectuais na produção do conhecimento, como o jurista, por exemplo.

A opção de análise pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* (mestrados e doutorados) foi feita devido o caráter de formação, aprofundamento na área de concentração e preparação para atuação no ensino e estímulo à pesquisa (SANTOS, 2002). No Brasil, o primeiro programa de pós-graduação *stricto sensu* foi inaugurado pelo Decreto n.º 19.851 de 11 de abril de 1931, conhecido também como Reforma Francisco Campos, permitindo que cursos de doutorado fossem criados no Rio de Janeiro, capital do país à época. No mesmo ano, foi criado o doutorado em Direito na Universidade do Rio de Janeiro, nos moldes estabelecidos pelo Decreto, n.º 19.852, de 1931: um professor catedrático da área orientava um aluno por um período de dois anos, enquanto este aluno apresentava uma tese ao final do curso, apresentando semelhanças ao modelo europeu de estudos doutorais (OLIVEIRA, 1995, ; FÁVERO, 1989).

Esse processo é importante para notar que mestrados e doutorados começam a ser implementados no Brasil na década de 30, em um período que vários autores considerados clássicos no direito constitucional brasileiro já estavam publicando seus textos. Cerca de duas décadas depois, os cursos de mestrados e doutorados foram se consolidando como um espaço de discussão e reflexão acadêmica a respeito de teorias e pesquisas a partir das teses desenvolvidas por seus estudantes. O processo é brevemente narrado por Santos (2002) ao demonstrar que em 1952 foi firmado o primeiro acordo entre universidades americanas e brasileiras oficializando o intercâmbio entre ambas, dando início a uma série de acordos entre universidades brasileiras e estrangeiras, possibilitando muitos estudantes brasileiros a estudar no exterior e muitos estrangeiros fazerem pesquisa no Brasil (SANTOS, 2002).

Com a implantação do modelo europeu de estudos doutorais e os convênios com diversas universidades americanas, fica clara a influência de dois diferentes modelos de estudos, ensino e pesquisa sobre o objeto aqui em análise: o direito constitucional brasileiro. Após os primeiros convênios de universidades brasileiras com universidades americanas, eles foram ampliados para outros países, principalmente europeus. O que estimulou inclusive a criação de novos programas de mestrado e doutorado a partir da década de 60, devido à ampliação de possibilidade de estudos no exterior (SANTOS, 2002).

Esse primeiro movimento da expansão dos programas de mestrado e doutorado no Brasil, demonstrando a influência dos modelos norte-americano e europeu sobre os estudos aqui realizados coincide com outro movimento: o do aumento gradual do protagonismo da Corte Constitucional na discussão de questões jurídicas e políticas fundamentais ao país. O Supremo Tribunal Federal apresenta grandes ingerências acometidas principalmente pelo Chefe do Poder Executivo ao longo de sua história. Brandão (2012), nas primeiras páginas de

sua tese de doutorado, aponta como o STF sofria perseguição do Poder Executivo, com constantes alterações em seu número de ministros e decisões cassadas, além de apresentar dificuldades em discutir e decidir questões centrais no cenário político e jurídico do país.

Mesmo diante de todas essas questões, o Supremo Tribunal Federal surgia cada vez mais no cenário político como centro de discussões jurídicas de fundamental relevância à vida do cidadão brasileiro. Tanto no sentido de ser o órgão máximo do Poder Judiciário do país quanto em relação ao alcance de suas decisões, que podem atingir todos os órgãos administrativos e jurídicos do país, devendo por eles ser seguidas e respeitadas. Este cenário também recebeu influência da promulgação da Constituição Federal de 1988, concedendo ao STF maior segurança e liberdade no julgamento, características da transição democrática que o país viveu. Além disso, a Constituição ampliou a sua atuação a partir da inflação de processos que o tribunal sofreu após mudanças em suas competências para julgamento (BRANDÃO, 2012). Em poucos anos, o Supremo Tribunal Federal passou a ser o órgão de vital importância nas discussões públicas sobre o cenário jurídico e político do país decidindo questões como: o conceito de família (ADI n.º 4.277, Rel. Min. Ayres Britto), o que é raça (HC n.º 82.424, Rel. Min. Moreira Alves), cotas raciais (ADPF n.º 186, Rel. Min. Joaquim Barbosa), planos econômicos (RE n.º 141, 190, Rel. Min. Nelson Jobim), o impeachment do então Presidente da República Fernando Collor de Mello (MS n.º 21.564, Rel. Min. Octavio Gallotti), dentre outros.

Assumindo o *status* de intérprete da Constituição, o Supremo Tribunal Federal foi ganhando um protagonismo na discussão pública, contribuindo também à elevação do direito constitucional à categoria fundamental na compreensão de tais questões. E o movimento de expansão dos programas de mestrado e doutorado no país coincidiu com esta mudança de papel do STF enquanto instituição jurídica. O que permitiu uma maior visibilidade pública da instituição a partir da grande repercussão de suas decisões ao tratar questões políticas fundamentais à vida do cidadão brasileiro em questões jurídico-constitucionais.

Os dois movimentos narrados acima, que partiram de épocas semelhantes ou próximas, podem demonstrar um instigante cenário de investigação: o tratamento de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal como questões jurídico-constitucionais. O que parece ter sido percebido pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do país, local considerado fundamental à discussão e reflexão de tais fenômenos, a partir da criação (i) em demasia de áreas de concentração que envolvam diretamente o direito constitucional e (ii) programas que só possuem o direito constitucional como objeto de estudo.

Em breve pesquisa realizada sobre os programas de pós-graduação *stricto sensu* reconhecidos e recomendados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) na área de Direito⁸, foram identificadas oitenta e oito instituições superiores que possuem um curso de mestrado, dentre as quais, doze possuem um curso de doutorado. Não foi possível, por meio desta fonte, (i) obter a data em que foram implementados, o que permitiria mapear o período em que o crescimento destes programas se tornam mais visíveis, (ii) tampouco mapear quais e quantos deles há áreas de concentração e pesquisa em direito constitucional. No entanto, foi possível perceber que de todas as instituições alcançadas, sete delas possuem um programa relacionado diretamente ao direito constitucional: Universidade Federal Fluminense – Programa em Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público – Programa em Direito Constitucional, Universidade de Itaúna – Programa em Direitos Fundamentais, Universidade da Amazônia – Programa em Direitos Fundamentais, Universidade de Ribeirão Preto – Programa em Direitos Coletivos e Cidadania; e as únicas a obterem um curso de mestrado e doutorado: Universidade de Fortaleza – Programa em Direito Constitucional, e Instituição Toledo de Ensino - Sistema Constitucional de garantia de direitos.

Em uma primeira impressão, é possível descaracterizar o dado de existir aparentemente apenas sete instituições a terem um Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional, se considerarmos que elas existem em um universo de oitenta e oito instituições. No entanto, o dado que deve ser extraído da breve e simples pesquisa acima é o de que, além dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Brasil estarem fazendo uma opção por especialização em matérias na formação de seus alunos, o direito constitucional é a matéria que apresenta o maior número de opções a tal especialização, vejamos: Ciências Criminais, apenas a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Direito Agrário e Ambiental, Universidade Federal de Goiás, Universidade Federal de Mato Grosso e Escola Superior Dom Helder Câmara/MG; Direito da Regulação, apenas a Fundação Getulio Vargas/RJ; Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo e Universidade Paranaense; e Direito Humanos, Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul e Universidade de Tiradentes/MG. Os demais programas de pós-graduação são em Direito/Ciências Jurídicas.

⁸ Dados disponíveis em:

<http://conteudoweb.capes.gov.br/conteudoweb/ProjetoRelacaoCursosServlet?acao=pesquisarIes&codigoArea=60100001&descricaoArea=&descricaoAreaConhecimento=DIREITO&descricaoAreaAvaliacao=DIREITO>. Acesso em 22.fev.2015.

O aumento da possibilidade de estudo do direito constitucional enquanto categoria autônoma é superior ao de outras categorias, como as descritas acima. O que pode demonstrar um movimento voltado ao ensino e pesquisa do direito constitucional no Brasil a partir de elementos como a maior visibilidade pública da corte constitucional do país ao discutir questões políticas como jurídico-constitucionais e o interesse da academia pela investigação deste fenômeno. Tais movimentos podem causar diversas conseqüências, dentre as quais: (i) o aumento da discussão pública de questões políticas em matérias constitucionais, (ii) uma profusão maior de textos que representem estudos com interpretações, argumentações e criação de teses jurídico-constitucionais, (iii) além de proporcionar ao mercado de trabalho um número maior de profissionais habilitados e especializados em matérias constitucionais, aspecto que será mais bem discutido no tópico seguinte.

4. O discurso constitucional utilizado como vantagem comparativa na disputa pelo conhecimento jurídico

Dado o panorama proporcionado pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito no país, outro aspecto é passível de breve análise: a profusão do direito constitucional a partir da disputa ocorrida no campo do Direito, entre acadêmicos e ocupantes das carreiras jurídicas tradicionais. Destacando-se que tanto a expansão dos programas de pós-graduação em Direito, quanto a mudança de papel político do STF em período semelhante e as disputas entre carreiras jurídicas tradicionais pelo conhecimento jurídico, contribuíram a uma busca por maior qualificação na área constitucional.

Isso porque, com o cenário criado, o discurso constitucional permitiria o empoderamento de um argumento político ou jurídico, capaz de se colocar hierarquicamente superior em relação aos demais. O fenômeno da constitucionalização do discurso político ou jurídico estimulou tanto os acadêmicos a aprofundarem estudos e pesquisas envolvendo o direito constitucional quanto os juristas a procurarem um maior domínio da dogmática nos programas de pós-graduação em Direito, e até mesmo em cursinhos preparatórios para concursos públicos. O que contribuiu a uma desenfreada discussão e circulação de textos e temas constitucionais entre acadêmicos e juristas, que não atuam em parceria pela incompreensão do objetivo do outro ou por interesses distintos. Podemos citar como exemplo a investigação comum a professores/pesquisadores de/em direito constitucional e juristas de como os juízes decidem: enquanto professores e pesquisadores simulam prognósticos de decisões judiciais a fim de investigar como o tribunal funciona, juristas têm o interesse em saber como os julgadores decidem para adotar a tese mais adequada que lhe permita um

juízo favorável ao seu interesse. Assim, a disputa entre ambos pelo conhecimento jurídico representa também um meio de ampliação do debate constitucional, considerando se embasarem em teorias completamente distintas e aumentando consideravelmente as teses, teorias, interpretações e argumentações envolvendo o direito constitucional.

Há também a disputa entre os membros de um mesmo grupo. Professores e pesquisadores em Direito, por exemplo, disputam um método próprio à compreensão de fenômenos sociais, podendo ser notado pelos diálogos interdisciplinares que diversas correntes estabelecem. Diferentemente, os juristas se apropriam do domínio da dogmática aprendida para incorporar ao seu trabalho prático (i) a utilização e criação de teses, e (ii) interpretações e argumentações jurídico-constitucionais capazes de manipular entendimentos e promover interesses particulares, como a disputa travada entre advogados e juízes, por exemplo. O campo jurídico desenhado aponta para uma disputa pelo conhecimento a partir do contraditório, capaz de confrontar teses e, por meio de técnicas de interpretação e argumentação, consolidar entendimentos sobre determinadas demandas ou fenômenos sociais.

Especificamente em relação às carreiras jurídicas tradicionais, a disputa pelo conhecimento jurídico travada entre elas (algumas inclusive transmitidas ao vivo pela TV Justiça), acirra essa disputa a partir principalmente da publicização do debate envolvendo questões políticas e jurídico-constitucionais. Além de tais questões, há também uma “luta cognitiva em torno do conteúdo do profissionalismo” (BONELLI, 2005, p. 110). Isto é, somando-se à disputa pelo conhecimento jurídico, há uma disputa pelo reconhecimento e credibilidade tanto da atuação profissional individualmente considerada quanto das profissões envolvidas nesta “luta cognitiva”.

E o papel de protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal não é o de apenas centralizar as decisões em última instância sobre questões constitucionais, mas o de atuar como arena ao debate público travado por cada vez mais atores sociais (cidadãos, imprensa, poderes legislativo e executivo, acadêmicos, representantes de carreiras jurídicas tradicionais, dentre outros). A arena de debates proporcionada pelo STF permite uma maior visibilidade pública da disputa pelo conhecimento aqui desenhada, onde os atores que ali atuam, buscam, dentre outros fatores, reconhecimento profissional e credibilidade das instituições que representam.

Esse processo demonstra para além das reflexões aqui apresentadas, diferentes caminhos perseguidos pelo direito constitucional brasileiro até assumir o protagonismo que alcançou no debate jurídico nacional. O que nos remete diretamente ao objeto deste texto: não

seria o direito constitucional brasileiro construído também a partir da disputa existente no campo jurídico? Essa é a reflexão proposta no tópico seguinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: como foi construído o direito constitucional brasileiro?

Após os vinte e cinco anos alcançados pela Constituição Federal de 1988, incessantes debates surgiram acerca do seu impacto na sociedade brasileira. As mudanças causadas pelo novo sistema constitucional permitiram uma maior reflexão acerca do direito constitucional brasileiro, principalmente a partir de movimentos como o ativismo judicial, a judicialização da política e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal frente às mudanças institucionais que lhe foram feitas, discutindo-se inclusive uma possível ampliação de suas competências por meio de suas próprias decisões. A proposta aqui desenvolvida foi a de incorporar novos movimentos ao debate acerca da produção do direito constitucional brasileiro, que pouco são discutidos entre autores de textos que envolvam matéria constitucional.

No primeiro tópico, foi feita uma reflexão a partir de uma pesquisa que mapeou os autores mais citados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos. Em breve análise apenas dos vinte autores mais citados foi possível perceber a existência de diferentes grupos de autores responsáveis por conduzir as discussões acerca do direito constitucional brasileiro, além de identificarmos uma aparente modernidade a respeito dos autores brasileiros a tratar deste tema. O primeiro grupo identificado é caracterizado pela produção a partir de diplomas normativos, possuindo baixo aprofundamento no contexto histórico-político, talvez influenciado pelo autoritarismo vivido no Estado brasileiro à época. O segundo grupo de autores citados pelos ministros do STF são eles mesmos, e o terceiro é formado por juristas que costumam atuar perante a Corte Constitucional. Neste tópico, é possível identificar que os autores que se tornaram referências no direito constitucional brasileiro são aqueles que circulam na Corte Constitucional do país, quer seja orientando a atuação dos ministros, utilizando seus próprios textos como fundamentos à tomada de decisão ou desenvolvendo e sustentando teses, interpretações e argumentações capazes de influenciar o julgamento dos ministros. Isto é, no cenário jurídico nacional, o STF representa também uma arena capaz de demonstrar a disputa entre “o que é dito” no direito constitucional brasileiro.

Outro movimento identificado refere-se à utilização de teorias estrangeiras sem a devida adequação à realidade social brasileira, influenciado dentre outros fatores pela disputa de teses e argumentos no campo jurídico, devido a aparente atribuição de *status* ao argumento que busca fundamentação em uma teoria estrangeira. Esse processo de fundamentação do

argumento embasado em uma teoria estrangeira, utilizado inclusive como meio de empoderar um argumento tornando-o hierarquicamente superior a outros que lhes são confrontados, são representados tanto nas discussões acadêmicas que envolvam matérias constitucionais quanto entre juristas ocupantes das carreiras jurídicas tradicionais. Isto é, tanto nos tribunais quanto na academia o conflito e disputa pelo domínio do conhecimento jurídico são visíveis a partir (i) da utilização de autores que reputam ser clássicos - atribuindo autoridade ao argumento; (ii) e da incorporação de teorias estrangeiras ao direito brasileiro – sofisticando e empoderando o argumento ou tese jurídica defendida.

As percepções acima demonstram a existência de um outro conflito: o direito constitucional produzido pelos tribunais e aquele proveniente da academia. Por tais motivos, apresentamos nos tópicos seguintes um movimento acadêmico com a expansão dos programas de pós-graduações em direito constitucional e outro representativo da disputa existente entre acadêmicos e carreiras jurídicas tradicionais pelo domínio do conhecimento jurídico. E nos dois tópicos destinados à descrição desses movimentos, percebeu-se não apenas uma disputa entre professores/pesquisadores e os juristas, mas também no interior de cada um destes grupos, abrangendo tanto “o que é dito”, quanto “como é dito” o direito constitucional brasileiro (BOURDIEU, 1998).

O cenário desenhado contribuiu ao aumento do estudo do direito constitucional enquanto categoria autônoma no discurso jurídico, ampliando a produção e circulação de textos que envolvessem a matéria. A partir disso, é possível identificar um processo de constitucionalização do debate político e jurídico e a incorporação de matérias constitucionais tanto no trabalho prático dos juristas quanto em discussões públicas a respeito de temas de grande repercussão social. Tais fatores nos permitem a reflexão em relação a não consolidação de um sistema constitucional brasileiro e a sua constante produção por um trajeto que segue um fluxo que parece distanciar cada vez mais este direito constitucional da nossa realidade social, se aproximando e sendo apropriado pelo campo de disputas jurídicas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. V. 1, Harvard: 1993.

_____. *We the people: Transformations*. V. 2, Harvard: 2000.

_____. *We the people: The civil rights revolution*. V. 3, Harvard: 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador/BA, ano 1, v. 1, n.º 6, set., 2001.

BODIN de MORAES, Maria Celina. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Direito, Estado e Sociedade, Brasil, v. 1, p. 59-73, 1991.

_____. **A Constitucionalização do Direito Civil**. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, v. 17, n.17, p. 79-89, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

GÓES, P. **Aspectos administrativos da educação pós-graduada no Brasil**. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, Rio de Janeiro, v. 58, n. 128, p. 224-231, mar./1972.

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

KANT DE LIMA, Roberto; 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>

LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. **José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>.

LYNCH; SOUZA NETO, C. P.; PONTES FILHO, V.; BARROSO, L. R.; COMPARATO, F. K.; BONAVIDES, P.; SILVA, J. A.. **As Constituições Brasileiras: notícia, história e análise crítica**. 1ª. ed. Brasília: OAB Editora, 2008. v. 1.

OLIVEIRA, F. B., **Pós-graduação: mercado e trabalho**. Campinas: Papyrus, 1995.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **STF e Mutação Constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; SILVA, Gabriel Borges da. **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 social.** In: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). Sociologia, antropologia e Culturas Jurídicas. 1ªed.Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 8-28.

SANTOS, Cássio Miranda dos. **Os primeiros passos da pós-graduação no Brasil: a questão da dependência.** Ensaio: aval. pol. pub. Educ., Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, p. 479-492, out.-dez./2002.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: FELLET, Ande Luis Fernandes et al. As novas faces do ativismo judicial: Salvador: Juspoddivm, 2011.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer.* Harvard University Press: Cambridge, 2009.

SILVA, Gabriel Borges da. **Entre precariedades e os “direitos” que delas advém: uma etnografia do Mercado Popular da Uruguaiana.** Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Niterói: 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil e o Direito Civil Constitucional.** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 13, 2003.

_____. **A Constitucionalização do novo Código Civil.** Revista trimestral de Direito Civil, v. 15, 2003.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **O Idealismo da Constituição.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1927.