

“A FAVOR DA DEMOCRACIA” – A CONSTRUÇÃO DE UM CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL *

Joaquim Falcão**
Diego Werneck***

1. O Projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas

A criação das Escolas de Direito da Fundação Getulio Vargas – uma no Rio, outra em São Paulo – se deu em um cenário que tem se mantido estável ao longo dos últimos anos. Por um lado, sobram críticas e propostas de reforma do ensino jurídico; por outro, é difícil encontrar sinais de alteração substancial das práticas pedagógicas nas escolas de Direito brasileiras. As palavras-chave do diagnóstico são antigas e bem-conhecidas de todos: “formalismo”, “enciclopedismo”, “ensino distante da realidade social e profissional”.¹ Nem a crise do ensino em si, nem os múltiplos e consensuais diagnósticos podem ser considerados novidade. A persistência do problema, porém, é inédita e significativa.²

Nesse cenário, o objetivo imediato da Fundação Getulio Vargas foi identificar uma oportunidade de *afirmação positiva* – e não de simples negação – nessa divergência entre nossas aspirações para o ensino jurídico e as formas pelas quais ele tem sido praticado. Essa afirmação se dá na implementação de uma posição alternativa não apenas em relação ao ensino jurídico tradicional, mas também à própria concepção dominante do papel do pensamento jurídico e dos juristas na sociedade brasileira.³ O desafio a ser enfrentado não é somente o da reforma do ensino jurídico, mas o da colaboração na institucionalização democrática do país, que não dispensa a participação do direito e de seus profissionais.

* Os autores gostariam de agradecer a Marcelo Barbi Gonçalves pela revisão.

** Diretor e Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

*** Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Mestrando em Direito Público pela UERJ.

¹ Cf., no geral, a obra **OAB Recomenda** – Um retrato dos cursos jurídicos (Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2001). Cf. também FALCÃO, Joaquim. "Mercado de trabalho e ensino

Assim, a Escola de Direito do Rio de Janeiro foi criada tendo em vista esta missão maior: “colaborar no formular de pensamento, estratégias e recursos humanos capazes de, ao lado das escolas e institutos de administração, economia, finanças e história, desenvolver um Brasil de longo prazo”.⁴

A inexistência de materiais didáticos adequados a esses compromissos tornou prioritária a formulação de uma política específica de pesquisa. No atual estágio de implementação, a pesquisa jurídica da FGV DIREITO RIO está comprometida com a inovação didática e metodológica, de um lado, e com um novo fazer das instituições democráticas, de outro.⁵ A idéia básica a nortear a produção dos materiais didáticos é a noção de *problematização*, que, no projeto da DIREITO RIO, assume pelo menos três sentidos distintos, segundo Rodriguez e Falcão:

“a) *o de não naturalizar ou eternizar entendimentos estabelecidos, entendendo as regras jurídicas como “fotografias” de conjuntos concretos de problemas e soluções e cruzamentos complexos entre interesses, ideais, práticas e instituições, historicamente situados e, portanto, contingentes e passíveis de recontextualização e não, por exemplo, como o resultado de depuração racional da realidade, de um lado, ou como expressão da dominação de uma ordem moral ou ideológica, de outro lado;*

jurídico" e "Os advogados no Brasil", in **Advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho**. Olinda: Fundação Joaquim Nabuco, 1984.

² RODRIGUEZ, C.; FALCÃO, J. “O Projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV”, in **Cadernos Direito Rio**, v.1, 2005, , p. 05-06.

³ Assim, pode-se dizer que o objetivo mediato do projeto de ensino jurídico da FGV é formar profissionais capazes de trabalhar no desenvolvimento das instituições democráticas brasileiras: “O Brasil carece de instituições que voltem a pensar o Brasil no longo prazo. Instituições capazes de colaborar na formulação de macro-estratégias, públicas ou privadas, de retomar e operacionalizar objetivos nacionais, sobretudo nestes tempos de globalização. Objetivos que embora não prescindam, possam ir além do que apenas fixar metas financeiras de curto prazo.” (RODRIGUEZ, C.; FALCÃO, J., op. cit, p. 07). Sobre o pensamento jurídico como imaginação institucional, cf. UNGER, R.M. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004; UNGER, R.M. “Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil”, in **Cadernos Direito Rio**, v. 1, 2005.

⁴ RODRIGUEZ, C.; FALCÃO, J., op. cit, p. 07.

⁵ Atualmente, para concretizar o compromisso com a reforma institucional democrática, existem dois Centros de Pesquisa em atividade na FGV DIREITO RIO: o Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) e o Centro de Justiça e Sociedade (CJUS), atuando respectivamente nas áreas de direito autoral e da tecnologia da informação e Poder Judiciário.

b) o de desenvolver capacidades analíticas e práticas e fornecer instrumentos conceituais e outros recursos para a resolução de problemas, procurando responder à inquietude dos alunos face à ausência de uma única solução correta no direito pela oferta de mais de uma solução, a serem avaliadas segundo critérios justificáveis, remetendo à idéia de “engenharia jurídica” e não pela defesa cética da ausência de solução; e

c) o de estimular o engajamento do aluno, por meio de questões concretas ou problemas geradores atuais ou de outra forma instigantes, que o ajudem a criar conexões entre dimensões relevantes de sua vida, do ponto de vista individual e coletivo, suas futuras atividades profissionais e o que for ensinado-aprendido.”⁶

Esses compromissos tornam inviável a manutenção da perspectiva “enciclopedista” adotada implícita ou explicitamente em muitas das escolas de Direito no Brasil, na medida em que, se o objetivo é desenvolver capacidades *analíticas* no aluno através do estudo de problemas e casos emblemáticos, será inevitável fazer uma *seleção de temas exemplares*. Não há possibilidade – nem necessidade, acreditamos – de se cobrir em detalhes todo um extenso programa para o curso de Direito. Deve-se fazer uma escolha dos temas, problemas, controvérsias ou idéias centrais em torno das quais se travam as discussões mais relevantes – acadêmica e profissionalmente – de cada disciplina.

2. A experiência de construção do material didático de Teoria do Direito Constitucional

2.1. O Pressuposto Básico

Os autores enfrentaram esta tarefa – junto com uma equipe de outros três pesquisadores – na construção do curso de Teoria do Direito Constitucional, a ser

⁶ RODRIGUEZ, C.; FALCAO, J., op. cit, p.13.

ministrado no primeiro período da Graduação, com carga horária de 60 horas-aula.⁷ Dentro da proposta acima delineada, o critério pelo qual os temas serão selecionados e sistematizados é político, no sentido mais amplo do termo: trata-se de um curso confessional a favor da Constituição como prática da democracia. Prática do aluno em sua dupla qualidade: como cidadão que opta pelos valores do respeito ao outro, da participação, da igualdade, da liberdade e da solidariedade, e como profissional do direito, que pode e deve ajudar na construção das instituições democráticas. O compromisso com a democracia faz com que o curso assim se amolde em suas múltiplas frentes.

Na frente epistemológica, combate toda ambição de exclusividade de qualquer teoria, doutrina ou análise em querer definir o que seja uma Constituição. Entende, ao contrário, que quanto maior o número de enfoques analíticos diferentes à disposição do aluno, melhor e mais completa será sua compreensão da Constituição – seja ela encarada como norma, como sistema ou como realidade social. Na verdade, estes enfoques na maioria dos casos se completam, ao invés de se excluírem.

Na frente de capacitação profissional, leva o aluno a perceber e trabalhar com a Constituição como uma obra aberta, como uma questão mais do que uma resposta, como um problema mais do que uma solução. A Constituição aparece como um *constructo* e não como um *datum*. Como um futuro a ser construído – futuro pelo qual ele, aluno, enquanto advogado, juiz ou procurador, é co-responsável. A Constituição surge como um processo em permanente mudança, dentro do qual o futuro profissional é agente privilegiado. O aluno é intérprete e constituinte ao mesmo tempo. Pró-ativo.

Na frente histórica, explicita nas constituições brasileiras uma tendência das instituições democráticas – às vezes descontinuada, às vezes conflitante e às vezes até regressiva, como em 37 e 67 – em favor da inclusão política, social e econômica. Esta tendência é facilmente observável na contínua expansão dos direitos fundamentais e na crescente inclusão eleitoral.⁸

⁷ Os responsáveis pela elaboração do material didático e do planejamento do curso de Teoria do Direito Constitucional foram Joaquim Falcão, Diego Werneck e Álvaro Jorge, com a colaboração dos pesquisadores Thamy Pogrebinski e Bruno Magrani.

⁸ Segundo Wanderley Guilherme dos Santos, baseado em dados do IBGE e do TSE, entre 1950 e 1991 o eleitorado cresceu 3,5 vezes mais do que a população no Brasil. Na década de 90, a proporção foi de 2,39, mostrando que uma nítida e constante tendência de crescimento do número de eleitores entre os cidadãos brasileiros (SANTOS, W. G. “A Universalização da Democracia”, in VANNUCHI, P.; BENEVIDES, M.V; KERCHÉ, F. (orgs). **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, pgs. 37 e 38).

Finalmente, na frente didática, a Constituição aparece como matéria-prima e fonte para o debate, a discussão, o confronto de idéias, a elaboração dos raciocínios, o exercício da análise, a descoberta da argumentação. As aulas são em grande medida *inconclusivas*, no sentido de não apresentarem respostas absolutas ou definitivamente certas, ainda que se incentive a aluno a emoldurar seus argumentos pelo texto constitucional, pela jurisprudência e pela doutrina. Um compromisso com o pluralismo analítico, por sua vez, permite que o aluno opte por sua própria perspectiva, escolha sua posição, adote seu conceito de Constituição. Como também são plurais os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

2.2. A sensibilização inicial (Bloco I)

O curso é constituído de cinco blocos, a saber: Sensibilização e Introdução (I); O Pluralismo Analítico (II); O Constitucionalismo Brasileiro (III); Mutação Constitucional (IV); Interpretação da Constituição (V). O Bloco de Sensibilização inicia e anuncia o curso. Três aulas constituem este bloco, que tem dois objetivos principais. **Primeiro**, relacionar a prática cotidiana do aluno com a prática da Constituição. Como cidadão ou como profissional do direito, nada na sua vida escapa   Constituição. Tudo que não é proibido é permitido pela Constituição. Daí os dois problemas geradores destas aulas dizerem respeito diretamente às vivências reais do aluno de hoje: na primeira aula, discutimos a constitucionalidade das regras do vestibular no Rio de Janeiro. Trata-se da Lei Estadual 4153/03, uma das normas que instituiram sistema de cotas no vestibular da UERJ; na segunda, a qualidade o ensino brasileiro. **Segundo**, discutimos a constitucionalidade das formas pelas quais a aula   institucionalizada e conduzida na FGV. Analisaremos, por exemplo, a “constitucionalidade” (entendida em sentido amplo, como adequa o   Constituição) do próprio contrato de presta o de serviços educacionais celebrado entre o cada um dos alunos (ou seus responsáveis) e a FGV. Trata-se de enumerar de forma rápida, mas contundente os principais temas/problemas que o aluno enfrentar  em seu curso: Constituição como sistema, como decisão, como *topos*, como arena de interesses sociais concorrentes, como equilíbrio entre poder e liberdade e como ata do pacto social.

A primeira aula é um debate sobre a constitucionalidade ou não da lei de cotas para acesso ao vestibular. O aluno assumirá uma posição determinada e precisará dialogar, discutir, seduzir, tentar convencer o professor e os seus colegas. Trata-se de estimular a interatividade pró-ativa e, desde logo, a interdisciplinaridade. O aluno deverá começar a perceber a distinção entre uma argumentação do senso comum, e uma argumentação jurídico-profissional com base na norma, no artigo da Constituição. Além disso, começará a confrontar argumentações diferenciadas e concorrentes, na medida em que disputam um bem escasso: ser constitucional ou não. No final da aula, deve-se esclarecer sobre o júri simulado, que será a última aula do curso, e estabelecer o cronograma e as responsabilidades pertinentes a cada um dos grupos e/ou dos alunos. A função pedagógica primordial da atividade do júri ao fim do curso é permitir aos alunos que retornem à mesma questão discutida na primeira aula (a constitucionalidade da Lei Estadual 4.153/03), mas, desta vez, com os instrumentos analíticos profissionais básicos minimamente dominados e a capacidade de argumentação já desenvolvida.

A segunda aula tem papel complementar. Pede-se que olhem para a própria classe e respondam à pergunta: esta aula é constitucional ou não? De início, relaciona-se a relação social (aula) com a relação jurídica (a Constituição). Em síntese, a mensagem é a de que qualquer relação social pode ser analisada como relação constitucional. Mas o aluno vai perceber com surpresa que a Constituição é ao, mesmo tempo, o tudo e o nada, o limite e a possibilidade, o consenso e o conflito. O texto constitucional é tão contraditório quanto sistemático; suas expressões são tão precisas quanto vazias. Em ambas as aulas, o aluno verá formuladas, por seus colegas, infundáveis soluções, baseadas nos mais variados e improváveis dispositivos constitucionais. A aula será sempre inconclusiva. Não se procura a resposta certa, mas a argumentação convincente. A Constituição aparece como algo que eles poderão construir no futuro; a própria profissão jurídica só faz sentido porque a Constituição – como o resto do ordenamento jurídico – é potencialmente imprecisa e contraditória. No fundo, trata-se de reconhecer como premissa didática a crítica que muitos autores fazem acerca do caráter contraditório de nossa Constituição – que puxa a sociedade em direções liberais e socializantes ao mesmo tempo, dando igual estatura constitucional à defesa do mercado e da intervenção estatal. Com isto, estimula-se desde logo um aluno pró-ativo, imaginativo, crítico e insatisfeito, diante de uma obra aberta.

A seguir, o curso passa por um anticlímax. A terceira aula é uma leitura dirigida com um único objetivo: com a Constituição diante de si – primeiro na mão e, depois, e na tela do computador – os alunos vão descrevê-la e aprender a manuseá-la e a buscar informações pertinentes sobre os seus dispositivos e as suas origens. É a Constituição como instrumento profissional: abrir, ler e aprender a usar. A aula se passa no laboratório de informática, de modo que cada aluno terá à disposição um computador para realizar as tarefas solicitadas pelo professor. A dificuldade de encontrar os artigos pertinentes nas duas primeiras aulas do curso terá incutido nos alunos a percepção de que é preciso conhecer melhor a topografia e a estrutura básica da Constituição, bem como a lógica da divisão em artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

Por outro lado, a maioria dos alunos nessa idade já tem consciência do potencial das ferramentas de busca e de outras fontes na internet para realização de pesquisas. Mais do que estimular, portanto, o desafio é mobilizar os alunos a se preocuparem com a confiabilidade das informações que encontram na internet, isto é, a serem mais seletivos. Existem *sites* oficiais que se prestam especificamente às buscas de legislação e de jurisprudência. Esse ponto será enfatizado por meio de atividades de sala de aula, sob a supervisão dos professores da disciplina, envolvendo pesquisa de projetos de lei e propostas de emenda constitucional em tramitação no Senado e na Câmara dos Deputados, bem como de algumas decisões judiciais locais, nacionais e estrangeiras.

2.3. O Pluralismo Analítico (Bloco II)

Neste ponto, o curso se debruça sobre um de seus pilares principais: a possibilidade de múltiplas perspectivas na análise da Constituição. O objeto do conhecimento – a Constituição enquanto norma positiva estatal – pode até ser provisoriamente único e unívoco, mas as maneiras, seus significados, o modo de entendê-la e de defini-la são necessariamente múltiplos. Dentro do repertório tradicional, o curso não adota uma única definição do que seja Constituição, mas estimula múltiplos conceitos dentro de uma epistemologia aberta. Nenhuma estratégia analítica exclui a outra aprioristicamente. Mesmo juntas, mostram ao aluno que podem ser complementares, às vezes suficientes, às vezes insuficientes, dependendo da finalidade da análise.

Este pluralismo analítico não implica relativismo conceitual, mas opção pragmática, onde os meios do conhecer e do praticar a Constituição são definidos de acordo com os objetivos a alcançar, seja do juiz, do advogado ou do cidadão. Neste ponto, o curso não se situa no reino da dogmática, mas no reino da pragmática, entendida como a relação entre o signo “Constituição” e seu uso socialmente concreto. O Bloco II se divide em dois grupos de aulas: **Constituição como norma** e **Constituição como realidade social**. Dentre as múltiplas análises possíveis, e dentre aquelas utilizadas no curso, foram escolhidas as seguintes, a título de exemplificação: a Constituição como decisão, a Constituição como norma, a Constituição como fato social, a Constituição democrática como equilíbrio entre poder e liberdade e como ata do pacto social.

As três primeiras aulas do Bloco enfocam a Constituição como norma: como sistema normativo, como expressão da norma fundamental e como normas em conflito. Trata-se de tema inevitável: onde está a norma fundamental? Esta aula tem objetivo estratégico principal. Ao mesmo tempo em que se constrói a noção da Constituição como vértice hierárquico do ordenamento jurídico, demonstra-se, através da pergunta-título, a insuficiência da concepção de Constituição exclusivamente como norma. Trata-se de um subsistema que só se fecha com recursos a elementos extrajurídicos – religiosos, por exemplo, na resposta jusnaturalista para a questão da norma fundamental, ou políticos e ideológicos, na resposta ao problema da solução de antinomias constitucionais. Ou seja, a Constituição é um subsistema que se comunica com outros subsistemas não-jurídicos, retirando deles sua força e sua fraqueza. Esta insuficiência lógico-formal se reflete também na insuficiência da validade e da legalidade como únicos parâmetros de avaliação do sistema normativo. A legitimidade e eficácia são indispensáveis tanto para o exercício profissional, quanto para uma epistemologia mais abrangente.

Paralelamente a este objetivo epistemológico estratégico, deve ser passada uma série de noções mais técnicas, como os conceitos de hierarquia e rigidez, validade, legalidade, coerência e compatibilidade. Uma demonstração sobre a hierarquia das normas acompanha o material didático dos alunos, que devem reconstruir em sala de aula a “cadeia de validade” que liga o ato do agente de limpeza que aplica uma multa na esfera administrativa até a Constituição Federal de 1988. A discussão desse caso coloca em pauta a distinção entre os níveis constitucional e infraconstitucional.

Em seguida, entram em cena as antinomias constitucionais, reforçando a tese da insuficiência da perspectiva lógico formal e apontando para o ordenamento como sistema aberto, no qual necessariamente se discutirão princípios, valores, preferências e escolhas socialmente fundamentadas. As soluções construídas pelos tribunais para resolver conflitos entre normas constitucionais – no caso desta aula, entre a liberdade de expressão e o direito à honra – também permite entrever a Constituição como sistema em mutação. A obra é aberta para permitir que o aluno seja gestor de seu futuro e o faça para um desenvolvimento mais socialmente igualitário e, assim, reinvente o Brasil.

O próximo grupo de aulas trata da Constituição como realidade social. Responde-se à pergunta: de onde nasce e como nasce a Constituição? Os objetivos estratégicos principais são: 1) focar a Constituição como uma decisão normativa coercível, uma escolha entre alternativas incompatíveis; 2) demonstrar a vinculação das alternativas incompatíveis a interesses sociais concorrentes. Trata-se de evidenciar a origem social das constituições, com vistas a criticar o enfoque puramente lógico-formal como algo neutro, acima das paixões humanas. A Constituição enquanto decisão se divide em dois momentos: o momento da elaboração da Constituição e o da interpretação da Constituição.

Na primeira aula, a decisão aparece como uma resposta do sistema jurídico a um conflito inicial, que pode ser a competição por um novo texto constitucional ou por uma nova interpretação da Constituição já existente. A aula começa com a pergunta: o que vai e o que não vai para a Constituição? O que deve ser regulado no nível constitucional e o que deve ser regulado no nível infraconstitucional? Na Índia, por exemplo, a proteção das vacas poderia ser matéria constitucional; no Brasil, por sua vez, a Floresta Amazônica e a Mata Atlântica foram contempladas com a proteção da Constituição. Qual o critério utilizado pelo Constituinte brasileiro para decidir quais matérias seriam alçadas à condição de normas constitucionais? Por que a Constituição de 1988 protege o Colégio Pedro II? Que teoria constitucional explica este dado?

A partir da discussão de exemplos como esses, a Constituição surge sucessivamente como decisão, como arena na qual os interesses sociais se conflitam e se acordam e, por fim, como uma precária ata do pacto social. Dentro deste contexto, alguns conceitos mais técnicos são transmitidos, tais como: normas constitucionais e normas infraconstitucionais, Constituição formal e Constituição material, poder constituinte originário e derivado.

Apesar de abrir a possibilidade de tudo ir para a Constituição, o curso explicita que uma certa tipologia tem consenso na comunidade de intérpretes: a organização dos estado, os direitos fundamentais e as chamadas “normas programáticas”.⁹

A aula seguinte enfoca a Constituição especificamente como ata do pacto social. O que nos permite entendê-la como documento escrito, que pressupõe conflitos e divergências, que resume o consenso, e que este consenso vem dos sujeitos, dos representantes dos cidadãos presentes na reunião, viventes na nação – enfim, presentes na constituinte. Este conceito é retirado do constitucionalismo brasileiro, mais especificamente do pensamento de Frei Caneca, em sua disputa (ou busca infrutífera) de um pacto com D. Pedro I. Conceitos clássicos como Constituição promulgada/outorgada e assembléia nacional constituinte podem ser trabalhados neste ponto.

A terceira aula deste bloco começa com a radical posição de Ferdinand Lasalle e a pergunta: o que aconteceria se um dia o mundo amanhecesse sem qualquer vestígio de Constituição?¹⁰ O que mudaria, se é que algo mudaria? Busca-se com isto levar o aluno a identificar os fatores reais de poder como fatores constituintes, como matéria-prima da Constituição. Ao se tratar da tensão entre Constituição real e constitucional formal, utiliza-se a classificação tradicional de Karl Loewenstein, que sistematiza os encontros e desencontros entre a realidade e o dever ser nas categorias Constituição normativa, Constituição semântica e Constituição nominal.¹¹ Um pequeno texto de Humberto Maturana oferece uma conotação extremamente contemporânea, ao sublinhar a importância do domínio emocional e do reconhecimento da legitimidade do outro no cumprimento e elaboração da Constituição.¹² O pluralismo analítico se amplia neste horizonte psico-social.

Fecha-se o bloco com uma aula sobre Validade, Legalidade, Legitimidade e Eficácia. Estes clássicos conceitos da doutrina jurídica não excludente ajudarão a analisar as constituições brasileiras no próximo bloco, a história das constituições. Ao mesmo tempo, servem de tipologia sobre as diferentes maneiras pelas quais se apresenta a tensão entre Constituição como norma e Constituição como realidade social. A noção de validade decorre do conceito de sistema normativo fechado, que só pode ser aberto através do

⁹ A tipologia utilizada em sala de aula é aquela articulada por Luís Roberto Barroso em **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** (6ª ed. Rio de Janeiro, Renovar: 2002)

¹⁰ LASALLE, F. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1995

¹¹ LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel Derecho, 1962.

¹² MATURANA, Humberto. “**Constituição Política e Convivência**” in *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*. Belo Horizonte. UFMG, 1998.

conceito de legitimidade, que, por sua vez, necessita do conceito de eficácia e, em nosso curso, do conceito de domínio emocional de Maturana. Há que se sublinhar, pois, a seqüência destes conceitos: validade, legalidade, legitimidade e eficácia. A Constituição deverá ser analisada com recurso conjunto aos quatro. Esta aula se desenvolve basicamente a partir do caso do fechamento do comércio no Rio de Janeiro, em 2003, por ordem do suposto líder do Comando Vermelho, que permite inclusive a discussão da legitimidade/eficácia dos dispositivos do Código Civil em relação aos conflitos de propriedade que se passam diariamente em favelas cariocas como a Rocinha.

1.1.4. O Constitucionalismo Brasileiro (Bloco III)

Entra-se, então, no Bloco III, centrado na história das constituições e no constitucionalismo Brasileiro. Aqui, temos três objetivos principais. O **primeiro** é montar em sala um “laboratório social” para os diversos enfoques analíticos dados no primeiro bloco. Ao contar a história das constituições, conta-se a história do conflito e do consenso entre interesses sociais plurais, conflitantes às vezes, concorrentes sempre – uma interação nem sempre satisfatória entre liberalismo, socialismo, absolutismo, neoliberalismo etc. A mudança de Constituição aparece como ruptura ou evolução do subsistema político e econômico com repercussões no sistema normativo. Sempre será no seu primeiro momento a expressão de um pacto com maior ou menor dose de consenso, com maior ou menor diferença entre os vencedores e vencidos. O quadro final expressa a Constituição num emaranhado de subsistemas que interagem.

O **segundo objetivo** é historiográfico, na medida em que familiariza os alunos com os fatos, personagens e acontecimentos da evolução constitucional brasileira, além das principais características de cada Constituição. Ênfase deve ser dada na tessitura das relações entre todas, bem como na inter-relação delas com ideologias mundiais: liberalismo, fascismo, socialismo etc. Acena-se para a permanência de questões que atravessam todas as constituições, entre as quais: como se equilibram poder e liberdade na organização da sociedade? O poder será exercido de forma mais centralizada ou mais descentralizada? Existem limites mínimos e máximos para a participação cidadã nas decisões do Estado?

Finalmente, o **terceiro objetivo** é a interpretação propriamente dita da história constitucional do Brasil, que aponta para as constituições como um projeto de poder das elites, renovado a cada momento, e que procura incorporar os demais segmentos sociais, mas que, ao fazê-lo, invariavelmente acaba por se democratizar, ainda que lenta e gradualmente. Na medida em que o curso defende a posição de “a Constituição” inexistente sem interpretação, a mensagem básica é a de que Constituição de 1988 é em grande parte o que os futuros profissionais queiram dela praticar.

O Bloco começa com uma aula sobre o Brasil Colônia, com dois objetivos principais. Por um lado, trata-se de historiar no Brasil a passagem do governo dos homens para o governo das leis (teria sido o Regimento de Thomé de Souza a primeira “Constituição” brasileira?). Surge o tema do estado de direito, que será recorrente ao longo do curso. Esta passagem significa que a Constituição surge comprometida com a tensão entre organização do poder e defesa dos direitos da cidadania. A dicotomia poder e autoridade, de um lado, e sociedade e cidadania, por outro, será um eixo também recorrente neste bloco. Por outro lado, a aula realiza também um *aggionamento* do tema, através da comparação com o exemplo da Lei de Administração do Iraque para o Período de Transição (2003) – uma colônia contemporânea? A aula termina com uma definição provisória dos aspectos formais e possivelmente substanciais do Estado de Direito, dentro das perspectivas de J. J. Gomes Canotilho e Carl Schmitt.¹³

As próximas quatro aulas têm um foco e uma mensagem comuns. Por um lado, trata-se de esclarecer como o liberalismo penetra no constitucionalismo brasileiro e se faz seu instrumento. O foco são as relações entre Constituição e ideologia liberal. A mensagem é a evidência da inserção de nossa história constitucional na história das constituições do mundo ocidental, sobretudo como projeto liberal mundial. A união genética entre constitucionalismo e independência nacional se faz dentro de um projeto liberal global. Por outro lado, é também a crítica de como absorvermos essa tradição. Em vários momentos, ocorreu e continua a ocorrer uma importação seletiva de leis e princípios. Por isto, as aulas se agrupam duas a duas. A Constituição de 1824 se alinha ao constitucionalismo francês e à revolução de 1789. Surge a questão dos direitos e garantias individuais e dos limites do poder estatal. A Constituição de 1891, por sua vez, alinha-se ao constitucionalismo norte

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999; SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

americano e os *founding fathers*. Surge a questão dos três poderes e da organização democrática do próprio estado federal. Esta absorção de estrangeirismos deve ser enfocada através dos aspectos positivos e negativos, como realidade e como mímica. O que une essas quatro aulas é a tentativa de se forjar no Brasil um estado de direito republicano. Sempre que possível, alguns conceitos técnicos devem ser sublinhados, tais como: Constituição sintética e Constituição analítica, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, Constituição outorgada e Constituição promulgada. Não utilizamos “casos” em sentido estrito neste bloco. Preferimos colocar o aluno em contato direto com os diversos textos constitucionais nacionais e estrangeiros, bem como os documentos originais dos debates de então: os discursos de D. Pedro I e de Robespierre e os *Federalist Papers*, além da proposta de Frei Caneca, entre outros.

As próximas aulas enfocam a Era Vargas e incluem as constituições de 34, 37 e 46. O foco são as mutantes relações entre regime político e Constituição. A partir daí é que se consolida a idéia, presente em 24 e 91 e ainda predominante ainda na doutrina, de que mudar de Constituição significa ruptura política. Esta noção será desfeita na Constituição de 1988, que, ao invés de surgir de uma ruptura, veio de uma negociação. Ênfase também deverá ser dada ao surgimento de um concorrente ao projeto constitucional liberal capitalista: os direitos sociais e trabalhistas, revelando a ascensão do trabalhador como ator jurídico e político e a influência do socialismo nas constituições brasileiras. Ao mesmo tempo, ressurgem a experiência de um governo dos homens, explicitado pelos decretos-lei, colocando em cheque a noção de estado de direito liberal. No período de 34 e 37, se consolida a matriz militar que, de alguma forma iniciada em 1891, será modernizada na revolução de 1964. O questionamento do estado de direito nesse período é feito por um caso de tombamento pelo Instituto do Patrimônio Histórico-Artístico Nacional (IPHAN), que pretende nos dias de hoje, na vigência da Constituição de 1988, aplicar os mesmos critérios, normas e procedimentos de tombamento como se ainda estivéssemos em 1937, data de sua fundação.¹⁴

A aula seguinte tem o nome de “A convivência contraditória”. Enfoca as constituições militares de 67 e 69, a convivência entre os atos institucionais e as constituições. Um sintoma da tentativa de convivência entre o governo dos homens (os

¹⁴ Decreto-Lei n.25 de 1937.

militares e a segurança nacional) e o governo das leis (a tripartição dos poderes e de eleições controladas). Existe estado de direito sem democracia? A aula inicia com o preâmbulo do Ato Institucional nº 1, abordando a questão da legitimidade do poder revolucionário. Há que se ressaltar a dimensão legitimadora do desenvolvimentismo (eficácia constitucional), sem o qual não há aceitação do regime político. Começa-se com a ruptura jurídico-política e se termina com a crise de legitimidade consubstanciada nas “Diretas Já” e na negociação jurídico-política, na abertura lenta, gradual e segura, base na nova Constituição de 1988.

As próximas duas aulas abordam a questão do estado democrático de direito. Um conceito – ou melhor, uma ênfase brasileira – que surge como crítica às constituições militares e ao autoritarismo e, ao mesmo tempo, anuncia e legitima a Constituição de 1988 e a democracia. Os alunos já terão discutido democracia no curso de Teoria do Estado Democrático, ministrado também no primeiro período; aqui, trabalharemos com os conceitos de democracia, autoritarismo e ditadura a partir de um artigo de Adam Przeworski¹⁵. O curso distingue, como aliás fez nossa história, estado de direito de estado democrático de direito. Nem todo estado de direito é democrático. O exemplo nacional já terá sido dado na aula anterior. A noção de Estado de Direito é contrastada com a de Estado Democrático de Direito, através do exemplo da Assembléia Nacional Constituinte, entendida como o processo pelo qual se optou por uma Constituição analítica, pluri-ideológica, e contraditória. A promulgação desta Constituição tornou necessária uma mudança radical do paradigma de interpretação constitucional. Anuncia-se, desde logo, a importância de uma interpretação sistêmica, integradora e legitimadora. Sem essa sensibilidade na aplicação da Constituição, o aluno não será um bom profissional.

O bloco se encerra com a Constituição de 1988, apresentada ao aluno através de duas ênfases. A primeira é o próprio conceito de democracia que adota, o conceito de democracia concomitante, que combina de forma não-excludente institutos de democracia direta, representativa e participativa.¹⁶ No fundo, este conceito assimila vertentes liberais e vertentes socialistas na formação de nosso regime político, de nosso estado. A segunda é

¹⁵ PRZEWORSKI, A. “Amas a Incerteza e Serás Democrático” *in* **Novos Estudos CEBRAP**, n.09, jul/1984.

¹⁶ FALCÃO, J. “A Transformação dos Partidos e da Lei” e “A Democracia Concomitante”, *in* **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

o anúncio do surgimento e crescimento de um terceiro ator entre o estado e o cidadão, rompendo com as dicotomias radicais “público x privado”, “planejamento x mercado”, “lei x contrato”, “poder x liberdade”. Trata-se do Terceiro Setor, que não se enquadra totalmente na missão de organizar o estado, nem totalmente na missão de defender direitos individuais.¹⁷

A última aula é, ao mesmo tempo, um resumo e uma visão panorâmica de nosso constitucionalismo. O entendimento da Constituição de 1988, como Constituição cidadã, será feito a partir de um sintético quadro comparativo das constituições, demonstrando como o Brasil evoluiu para chegar até onde estamos hoje. Didaticamente, a discussão parte sempre da Constituição de 1988 e o quadro atua como um *flashback* interpretativo. Este *flashback* envia duas grandes mensagens, já mencionadas: a tendência constitucional em favor da democracia e da inclusão social e política, e o futuro constitucional em aberto. O passado informa o presente, mas não necessariamente deforma o futuro.

1.1.5. Mudança constitucional (Bloco IV)

O bloco sobre constitucionalismo demonstrou como nascem e morrem as constituições no Brasil, ou seja, como o Brasil tem mudado de Constituição. As três aulas do próximo bloco mostram como o Brasil muda ou pode mudar a Constituição atual. Confirma-se a Constituição como processo aberto, como construção, e não como um dado estático. Este bloco tem uma mensagem principal: ao contrário do que informa a doutrina clássica, a mudança na Constituição não ocorre apenas pela revolução ou mesmo pela política em sentido estrito. A Constituição vigente pode ser mudada por dois mecanismos básicos: explicitamente, pela emenda constitucional (e aí se muda o texto), ou implicitamente, pela interpretação judicial ou legislativa, e aí não se muda o texto.

O Bloco começa com duas aulas de mudança de texto normativo. Uma aula sobre processo legislativo dará aos alunos noções básicas das diferentes espécies normativas, da hierarquia das leis, da reserva legal e da rigidez normativa. Dentro do processo legislativo, será enfatizado o processo de mudança formal da Constituição (emenda), e, em uma aula específica, a edição de medidas provisórias, que podem estar se tornando o processo legislativo por excelência. Na terceira aula, procura-se demonstrar a tese de que mudança

¹⁷ Sobre o tema, cf. FALCÃO, J. op. cit.

constitucional pode ser obtida também através da interpretação. Esta noção será abordada a partir do contraponto com o processo de mudança formal, através de emenda constitucional. Nesse sentido, serão abordados brevemente os limites do poder de reforma da Constituição, anunciando-se a pedra no caminho – as cláusulas pétreas, tema que será aprofundado em Direito Constitucional II (Organização do Estado e dos Direitos Fundamentais). Aqui, o contraste com o processo constitucional norte-americano é importante; este processo também poderia ser encontrado aqui no Brasil. As duas interpretações possíveis – judicial e congressual – serão focalizadas através de estudos de caso específicos. No fundo, existe uma sub-reptícia disputa de poder sobre quem dará a palavra final sobre os conflitos entre os poderes – legislativo ou judiciário. O caso escolhido para análise é o da decisão do Supremo quanto à aplicação da licença-maternidade a mães adotivas.¹⁸ Anuncia-se, assim, o último bloco: a interpretação judicial da Constituição.

1.1.6. A interpretação da Constituição (Bloco V)

O bloco final tem uma mensagem-síntese principal: inexistente Constituição enquanto só texto, objeto e significante. Constituição é texto e interpretação, sujeito-intérprete e objeto, significante e significado. Mais uma vez, defende-se a tese da Constituição como uma arena sem vencedores prévios, um sistema aberto à construção através da argumentação. Defende-se uma epistemologia constitucional democrática. Este bloco é, no fundo, um grande laboratório onde o pluralismo analítico e a história do constitucionalismo brasileiro serão aplicados como instrumentos da vida profissional futura dos alunos, como cidadãos, juízes ou advogados. Uma segunda mensagem, tão importante quanto a primeira, é que este arsenal analítico não existe por si só. Ele é apenas meio para que os advogados juízes argumentem, raciocinem, expressem, defendam e legitimem seus interesses ou de seus clientes, com maior ou menor grau de consciência cívica. Nesse sentido, os interesses sociais que no constitucionalismo assumiram uma dimensão macro – interesses de classe, de grupos, etc – agora assumem dimensão micro, como interesses dos clientes, ou do autor e réu, ou ainda do próprio juiz.

¹⁸ RE nº 197807-4 Rio Grande do Sul. Rel. Octavio Gallotti, publicado em 18/08/2000.

O bloco joga com um conceito simplificado de interpretação, entendida através de seus três elementos básicos: sujeito, método e objeto. Método entendido não no sentido cartesiano, isto é, como o conjunto de regras graças às quais os que as observam exatamente jamais tomarão como verdadeiro o que é falso, mas apenas como conjunto de instrumentos conceituais possivelmente úteis na aplicação de normas jurídicas, em especial das normas constitucionais. Iniciamos com uma aula que, ao invés de focar o objeto, o artigo constitucional, encaminha-se para o sujeito. A decisão sobre o que é ou não constitucional é um ato de conhecimento ou um ato de vontade? Como ato de conhecimento, o intérprete se anularia e somente conta o objetivo como um *datum*. Se prevalecer o ato de vontade, a interpretação aparece como um *constructo* e múltiplas possibilidades se abrem; muitos seriam os sujeitos e todos são muito imprevisíveis. Passa a existir uma incerteza que é o sustento de um pluralismo interpretativo defendido pelo curso.

O texto “A Interpretação”, de Hans Kelsen, desmistifica a apropriação que o formalismo jurídico autoritário, predominante no regime militar, fez do próprio Kelsen, na medida em que afastou do direito qualquer julgamento de valor – sobretudo o de liberdade – e tentou reduzi-lo a uma análise formal do ordenamento.¹⁹ Esta apropriação, verdadeira estratégia napoleônica para impedir que se toque no “código civil”, é mecanismo excludente da participação da comunidade de intérpretes no processo de atribuição de significado à Constituição e às normas jurídicas em geral. Ao mesmo tempo, serão explicitados os mecanismos institucionais para evitar o subjetivismo puro: o duplo grau de jurisdição, os recursos, a decisão coletiva nos órgãos colegiados etc. O caso selecionado varia a cada período letivo, mas, em geral, escolhe-se um acórdão do Supremo em uma decisão polêmica, com votos divergentes, permitindo aos alunos relacionar as opções jurídicas expressas em cada voto com características pessoais dos ministros.

A segunda aula centra-se não no intérprete, mas no texto legal, objeto da interpretação. Que é esta norma? Trata-se de um “ponto fixo” a partir do qual diversos significados vão se conflitar, sendo a própria escolha do ponto fixo matéria de disputa. Qual o artigo a aplicar? Como interpretá-lo? Escolhido esse ponto fixo, pode ser questionado ou ser aceito pelos participantes da argumentação. Daí porque a aula caminha para a relação entre pensamento dogmático e pensamento zetético, conceitos com os quais os alunos

¹⁹ KELSEN, H. “A interpretação”, in **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

entrarão em contato através do texto de Tércio Sampaio Ferraz Jr. sobre ensino jurídico.²⁰ Em seguida, será demonstrado que o artigo constitucional – ponto fixo dogmático a partir do qual não se tem mais uma atitude zetética – é na verdade um “topos”, caixa vazia que pode acomodar várias interpretações, arena onde brigam as interpretações concorrentes que lutam pelo bem escasso: só uma será considerada constitucional. O caso estudado é a decisão do STF no HC 71373-4 RS, envolvendo a possibilidade de coleta forçada de material genético para exame de DNA em ação de investigação de paternidade.

A terceira e a quarta aula do bloco dizem respeito aos instrumentos da interpretação constitucional. Não mais o sujeito, nem o objeto. Enfoca-se agora o “método”, isto é, os instrumentos de construção de argumentos à disposição dos intérpretes. O objetivo é treinar os alunos no emprego de conceitos técnicos hoje largamente utilizados na aplicação das normas constitucionais. Inicia com princípios de interpretação especificamente constitucional, a partir das premissas da supremacia e da unidade da Constituição, que pedem uma interpretação sistemática e integradora. Este compromisso com a coerência e a sistematicidade na aplicação é particularmente importante se levarmos em conta o processo genético constituinte que nos legou uma Constituição analítica, prolixa e até mesmo potencialmente contraditória. Vale enfatizar que o decisivo aqui não é discutir em tese o catálogo de princípios expostos pela doutrina, mas sim enfatizar o possível caráter instrumental pragmático destes princípios. O caso envolve debate sobre saúde pública e liberdade de informação em torno das restrições legais à propaganda de cigarro, a partir de ADIn proposta pela Confederação Nacional da Indústria.²¹

Na quarta aula, a interpretação especificamente constitucional continua a ser desenvolvida, agora centrada nos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade. A razoabilidade se distingue da racionalidade por apontar para uma construção de justiça e correção mais próxima do acordo de sujeitos, enquanto a racionalidade aponta para uma noção de justiça e correção que é externa e independente do acordo dos sujeitos. A razoabilidade é construída cada vez mais por uma comunidade de intérpretes e por fatores extrajurídicos. Já a proporcionalidade visa a ser um instrumento capaz de “medir” a adequação entre fim e meios, a necessidade da medida, e o *balancing* entre direitos promovidos e direitos sacrificados.

²⁰ FERRAZ JR, T.S. “Ensino Jurídico – Reformar o Ensino ou Reformar o Modelo?” (mimeo).

²¹ ADIn nº 3311.

O bloco acaba com uma quinta e última aula, na qual se fará a análise da interpretação de bloqueio e da interpretação legitimadora. A interpretação legitimadora aponta para um ativismo, fruto de uma aliança sobretudo entre Ministério Público e juízes. A aula será uma aprofundada análise do parecer “Direitos da Mulher: Igualdade Formal e Igualdade Material”, de Joaquim Falcão.²² Em sala de aula, o professor fará um “*making of*” da elaboração de um raciocínio jurídico sobre um caso concreto, procurando retratar as idas e vindas do problema até a Constituição e de volta ao problema, na tentativa de construção de uma argumentação coerente e persuasivo.

Finalmente, o curso se encerra com um júri simulado sobre a lei de quotas, revisitando-se assim a primeira aula. Como já observado, o objetivo é evidenciar para os alunos a diferença entre uma argumentação de senso comum, que deverá ter predominado na primeira aula, e a argumentação jurídico-profissional foi incorporada ao longo do curso.

3. Observações finais

Nesse artigo, tentou-se fazer uma síntese dos principais problemas enfrentados e compromissos assumidos na construção do material didático de Teoria do Direito Constitucional. Dentro do escopo deste registro, seria impossível analisar em detalhes todos os casos selecionados (um para cada aula) e as múltiplas maneiras pelas quais eles podem ser trabalhados. Assim como o próprio curso, o detalhamento da estratégia didática permanece em aberto, em construção. Nesse sentido, vale insistir que se trata de uma experiência; enquanto escrevemos, o curso está terminando de ser ministrado pela segunda vez e já conta com alterações, cortes e aprimoramentos significativos em relação à primeira versão.

A recepção dos alunos tem sido bastante positiva, mas ainda é cedo para uma avaliação conclusiva. Em todo caso, a mensagem central do curso e o seu compromisso pluralista e democrático parecem ter ficado claros. Do dissenso na elaboração ao dissenso na aplicação, passando por estágios de precário consenso obtido nas *decisões* (constituintes,

²² FALCÃO, J. “Direitos da Mulher: Igualdade Formal e Igualdade Material”, in AMARAL JR., A.; PERRONE-MOISÉS, C. (orgs). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1998.

legislativas ou judiciais), a Constituição deve ser encarada pelos alunos como a *arena* que torna possível a própria existência de sua prática profissional.

Se conseguirmos que os alunos construam progressivamente essa perspectiva em relação à Constituição de 1988 ao longo das 30 aulas da disciplina, e que a utilizem para dar um sentido ao domínio dos instrumentos técnicos necessários à sua vida profissional (e que devem ter aprendido a manusear durante o curso), acreditamos que a nossa experiência poderá ser considerada bem-sucedida.

4. Referências Bibliográficas

- BARROSO, L.R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Renovar: 2002.
- CANOTILHO, J.J.G. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- FALCÃO, J. “A Transformação dos Partidos e da Lei”, in **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.
- _____. “A Democracia Concomitante”, in **Democracia, Direito e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.
- _____. “Direitos da Mulher: Igualdade Formal e Igualdade Material”, in AMARAL JR., A.; PERRONE-MOISÉS, C. (orgs). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1998.
- _____. “Mercado de trabalho e ensino jurídico”, in _____. **Advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho**. Olinda: Fundação Joaquim Nabuco, 1984.
- _____. “Os advogados no Brasil”, in **Advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho**. Olinda: Fundação Joaquim Nabuco, 1984.
- FERRAZ JR, T.S. “Ensino Jurídico – Reformar o Ensino ou Reformar o Modelo?” (mimeo).
- KELSEN, H. “A Interpretação”, in **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LASALLE, F. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1995.
- LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel Derecho, 1962.

- MATURANA, H. “Constituição Política e Convivência”, in **Emoções e Linguagem na Educação e na Política**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (org.). **OAB Recomenda** – Um retrato dos cursos jurídicos. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2001.
- RODRIGUEZ, C.; FALCÃO, J. “O Projeto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV”, in **Cadernos Direito Rio**, v.1, 2005.
- PRZEWORSKI, A. “Ama a Incerteza e Serás Democrático”, in **Novos Estudos CEBRAP**, n.09, jul/1984.
- SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.
- UNGER, R.M. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. “Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil”, in **Cadernos Direito Rio**, v.1, 2005.