

2 Metodologia

Há dois pontos relevantes a serem destacados a respeito da metodologia empregada neste estudo. De um lado, a utilização do método comparativo, que cada vez mais recebe atenção de estudiosos do Direito – especialmente nos ramos públicos, como o direito constitucional. De outro, a influência de aportes trazidos pela teoria crítica do direito, notadamente em sua vertente estadunidense, conhecida como *critical legal studies* (ou, simplesmente, “CLS”). É por este último que se começará.

2.1 Teoria crítica

A teoria crítica do direito é comumente associada a uma perspectiva marxista. Como destaca Ricardo Entelman, o objetivo da teoria crítica do Direito é justamente

(...) crear un lugar desde el cual pueda superarse la racionalidad idealista en que se apoyan las escuelas del pensamiento jurídico tradicional, y avanzar el pensamiento materialista en el campo del Derecho, por encima del mero desmantelamiento de aquella racionalidad.¹⁸

A marcante influência do pensamento de Karl Marx nos estudos críticos não significa haver uma equivalência com a teoria marxista clássica do direito. Esta nega qualquer caráter autônomo ao direito, que ficaria reduzido, assim, a um mero instrumento a serviço da classe dominante, cujo conteúdo não seria mais do que um reflexo das relações de poder existentes na sociedade.¹⁹ A teoria crítica, por sua vez, busca ir além desta simplificação, reconhecendo ao menos uma relativa autonomia ao campo do direito. Relativa, porém não absoluta.

O principal aporte crítico que se pretende utilizar não é a aplicação do pensamento de um autor específico, como Marx, por mais importante que seja ele.

¹⁸ ENTELMAN, R. “Teoría Crítica del Derecho”, p. 25.

¹⁹ MICHEL, J. “Droit”, in LABICA, G. e BENSUSSAN, G. *Dictionnaire critique du marxisme*.

O que interessa especialmente é o reconhecimento feito por esse grupo de autores de que as escolas tradicionais de análise do Direito, por se revestirem de uma postura de aparente neutralidade e isolamento em relação a outros campos do saber, acabam oferecendo uma visão parcial do fenômeno jurídico.

A teoria crítica, a seu tempo, reconhece o direito como uma prática social específica, influenciada pelos conflitos entre os grupos sociais que compõem aquela comunidade. No entanto, admite haver certa especificidade na produção dos conhecimentos jurídicos em relação à produção teórica em geral, o que implica a atribuição da já mencionada autonomia relativa ao direito.²⁰

Sendo assim, a teoria crítica não aceita a tese da absoluta autonomia e universalidade do direito, presente em concepções tradicionais marcadamente liberais, mas tampouco admite que o direito seja inteiramente determinado pela superestrutura econômica, como pregava a teoria marxista clássica do direito. Com isso, disciplinas que, pelo saber jurídico tradicional, seriam consideradas como “estranhas” ao direito passam a ser objeto de estudo e preocupação dos juristas, tais como a economia, a filosofia, a psicologia e a política.²¹

Especificamente nos Estados Unidos, a teoria crítica desenvolveu-se desde o início do século XX, com o realismo jurídico, mas foi a partir dos anos 1970 que ganhou corpo o movimento mais conhecido dentre aqueles que se propuseram a desenvolver uma abordagem crítica relacionada ao Direito. Este grupo de autores ficou conhecido como o *Critical Legal Studies* – ou, simplesmente, CLS.

O traço comum entre os juristas associados a essa escola é um amplo desacordo político com acadêmicos mais antigos, especialmente a respeito de questões de raça, de desigualdade e da Guerra do Vietnã.²² Esta discordância os levaria a formular uma intensa crítica à teoria jurídica tradicional, que adotava como premissa a noção de consenso e que obscurecera a ênfase que os realistas jurídicos haviam colocado sobre o conflito.²³

²⁰ ENTELMAN, R. “Teoría Crítica del Derecho”, p. 27-28. No mesmo sentido, COELHO, L. F. “Para uma Teoria Crítica do Direito”, in CURIEL B. J. L. (coord.). *Filosofia del Derecho y Problemas de Filosofía Social*, p. 214.

²¹ Para uma visão ampla dos temas mencionados, consultar os diversos ensaios contidos em NOBRE, M. *Curso Livre de Teoria Crítica*.

²² TUSHNET, M. “Critical Legal Theory”.

²³ Ibid.

O CLS, apesar de ser um movimento manifestamente de esquerda, distanciava-se (assim como a teoria crítica *déia fi*) do marxismo tradicional, de cunho determinista. Embora seus integrantes reconhecessem que o Direito seria formado, em parte, pela coerção (e, neste sentido, representaria um instrumento de dominação), admitem que a razão também desempenharia um papel importante na sua conceituação. Fala-se, assim, em uma combinação de argumentos de poder e de razão; por sinal, a mesma combinação estaria presente também na esfera política.²⁴

Com isso, a teoria jurídica não poderia prescindir de uma teoria social, sem a qual não conseguiria explicar justificadamente determinadas decisões que, para a teoria tradicional, derivariam diretamente da lógica autônoma do direito. As duas principais formas por meio das quais o CLS procurou explicar essa teoria social foram a análise fenomenológica da ação social e o recurso ao marxismo humanista (no lugar do determinista).²⁵

Os recursos jurídicos, neste panorama teórico, não seriam suficientes para determinar a resposta para determinadas questões altamente controversas. É nisso que consiste a tese da “indeterminação”, que se veste com uma roupagem mais modesta do que a outrora sustentada, por exemplo, pelos realistas jurídicos, para quem haveria uma indeterminação absoluta do direito. Segundo o CLS, a indeterminação seria apenas relativa e explicada de duas formas: dentro de determinados ramos do direito, como propriedade e contratos, ou entre os diferentes ramos.²⁶

Mas a *déia* de que o direito seja absolutamente indeterminado e retrate sempre uma forma de dominação dos mais fracos pelos mais poderosos economicamente, típica do pensamento marxista e progressista estadunidense, não é ratificada pelo CLS. Primeiro, porque é preciso reconhecer que muitas vezes os juristas conseguem prever, com alguma segurança, qual será o resultado de um

²⁴ TUSHNET, M. “Critical Legal Theory”, p. 80-81.

²⁵ *Ibid.*, p. 81.

²⁶ *Ibid.*, p. 82. Como exemplo do primeiro caso, Tushnet, apoiado em KENNEDY, D. “Form and Substance in Private Law Adjudication”, cita o agrupamento de conceitos jurídicos em pares (dominante e subordinado) e a forma como a argumentação pode fazer com que o conceito subordinado prevaleça sobre o dominante (e.g., sovereignty of property and nuisance). Já para ilustrar o segundo caso, cita-se a prática de mover determinadas questões do campo do direito privado para o direito constitucional, a fim de conseguir obter a resposta desejada.

determinado litígio. Segundo, porque esta concepção não estaria de acordo com importantes conquistas alcançadas na proteção a direitos dos trabalhadores e de outras minorias.

Ou seja, o direito não seria nem absolutamente imprevisível e nem exclusivamente um instrumento de poder.²⁷ Como afirma Jack Balkin, a melhor versão da teoria crítica é exatamente aquela que compreende as duas faces de Jano da autonomia relativa: ela enxerga as limitações do direito frente ao poder, mas acredita que ele seja capaz de atuar como instrumento de controle e de prevenção de injustiças mais graves.²⁸

O CLS, portanto, refutou todas as explicações tradicionais que buscavam fornecer uma explicação racional e autônoma para o sistema jurídico. No entanto, por não apresentar uma proposta alternativa, sofreu duras críticas, que podem ser resumidas na seguinte pergunta: “o que você faria?”. O que se queria dizer era, basicamente, que o CLS não apresentava propostas concretas para substituir aquilo que criticava.²⁹

Mark Tushnet afirma não ser procedente esta crítica. Segundo ele, os autores do CLS de fato elaboraram diversas respostas concretas para casos reais. No entanto, ou estas se alinhavam à resposta convencional – e por isso eram vistas como supérfluas – ou eram consideradas demasiadamente utópicas (por exemplo, quando propunham uma transformação radical na organização social estadunidense). Mas a diferença quanto ao fundamento adotado para a resposta oferecida (mesmo quando fosse idêntica à proposta pela teoria tradicional) jamais foi levado em consideração de forma adequada pelos críticos.³⁰

Algumas das teses do CLS, especialmente a da indeterminação, foram posteriormente encampadas por teorias críticas feministas e raciais que, embora com teorias sociais diferentes, forneceram uma nova perspectiva à questão e que mantiveram (e ainda mantêm) viva a teoria crítica nos EUA. O CLS, no entanto, chegou a ser declarado “morto” no final dos anos 1990. Tushnet esclarece que os

²⁷ TUSHNET, M. “Critical Legal Theory”, p. 83.

²⁸ BALKIN, J. “Critical Legal Theory Today”.

²⁹ TUSHNET, M. *op. cit.*, p. 85.

³⁰ *Ibid.*, p. 85.

congressos do CLS, de fato, não são mais realizados, mas faz questão de chamar atenção para o legado que seus autores deixaram.

Algumas das teses defendidas pelo CLS conseguiram deixar de ser vistas como marginais e passaram a fazer parte do *mainstream* jurídico estadunidense. O lema “direito é política” e a tese da indeterminação são hoje parte da teoria dominante, embora tenham sido feitos esforços para “domesticá-las”. E, assim como o CLS não se mostrou capaz de gerar novos *insights* na teoria do direito, o mesmo pode ser dito de outras escolas mais alinhadas com o pensamento tradicional (como a própria teoria liberal e o *law and economics*). Ainda assim, é inegável que o CLS tornou-se uma dentre várias técnicas analíticas hoje disponíveis para os juristas.³¹

Dado o objeto desta tese, é interessante observar como Mark Tushnet descreve a aplicação da teoria crítica no direito constitucional. Com efeito, de todos os autores ligados ao CLS é ele quem aborda de forma mais clara e profícua este ramo do direito.³² Duas de suas principais obras sobre o tema oferecem excelentes exemplos de coerência entre as idéias ali defendidas e aquelas centrais ao pensamento do CLS.³³

Em *Red, White and Blue*, Tushnet apresenta uma ácida crítica às teorias constitucionais tradicionais e contemporâneas. Apesar de rejeitar todas elas, ele se recusa a fornecer uma teoria própria, afirmando, na conclusão, que “crítica é tudo o que há”³⁴ e dizendo que, se fosse juiz, iria simplesmente escolher uma das teorias existentes e defendê-la para defender a causa do socialismo.³⁵ Nota-se aí claramente a presença da tese da indeterminação, pois o autor acredita que diversas teorias podem ser utilizadas para defender a resposta que se quer obter. Percebe-se, também, a negação da autonomia do direito, que é visto como produto

³¹ TUSHNET, M. “Critical Legal Theory”, p. 88.

³² SUNDERLAND, L. “Critical Legal Studies and the Constitution”. Destaca-se, em tradução livre: “o teórico do CLS que enfoca de forma mais clara e profícua o direito constitucional é o professor Mark Tushnet, da Universidade de Georgetown”. No original: “The CLS theorist who focuses most clearly and proficallly on the Constitution is Professor Mark Tushnet of Georgetown University”. Acrescenta-se, apenas, que atualmente o professor Tushnet leciona na Universidade de Harvard.

³³ TUSHNET, M. *Red, White and Blue* e TUSHNET, M. *Taking the Constitution away from the Courts*.

³⁴ TUSHNET, M. *Red, White and Blue*, p. 318.

³⁵ *Ibid*, p. 314.

do sistema vigente, sendo necessária uma transformação social mais radical, com o objetivo manifesto de buscar uma sociedade mais justa por meio da transição para o socialismo.

Tushnet principia tal obra criticando as teorias tradicionais por ignorarem o fato de que a Constituição americana teria sido elaborada sobre duas concepções distintas de cidadania: a liberal, com sua ênfase no individualismo, e o republicanismo cívico, com acento na natureza social do indivíduo. Esta última, para ele, foi abandonada com o passar dos anos, e teve seus méritos obscurecidos pela hegemonia do pensamento liberal.³⁶ Feita essa constatação, o autor passa a criticar, uma a uma, as teorias constitucionais tradicionais, a começar por aquelas baseadas na história. Entram nesta categoria o originalismo e a teoria dos princípios neutros.

O originalismo, que sustenta que a Constituição deve ser interpretada de acordo com a compreensão estabelecida pelos “pais fundadores”, sofre, segundo Tushnet, com a *déjà vu* histórica e com a falta de evidências a respeito da concepção verdadeiramente dominante à época (se é que havia uma).³⁷ A teoria dos princípios neutros, por sua vez, estaria amparada em uma concepção compartilhada a respeito do raciocínio jurídico que simplesmente não existe.³⁸

Ambas as teorias são refutadas porque, na visão do autor, nenhuma delas consegue conter, de forma eficaz, a ação dos juízes. Assim como o passado pode ser recriado de diferentes formas,³⁹ a adesão a princípios supostamente neutros esconde a facilidade com que se manipulam precedentes e à radical indeterminação do conteúdo de tais princípios.⁴⁰

Em seguida, Tushnet analisa a teoria democrática defendida por John Hart Ely, para quem os juízes deveriam interferir apenas quando fosse necessário proteger direitos políticos de participação no processo representativo.⁴¹ Apesar de

³⁶ TUSHNET, M. *Red, White and Blue*, p. 6.

³⁷ Em sentido semelhante, consultar SUNSTEIN, C. “Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold”.

³⁸ TUSHNET, M. *op. cit.*, p. 34 e segs.

³⁹ *Ibid.*, p. 44. Para uma interessante descrição de como a precisão dos argumentos históricos levantados por juristas pode ser facilmente contestada, ver SUNSTEIN, C., *op. cit.*, p. 246-274.

⁴⁰ TUSHNET, M. *op. cit.*, p. 51 e segs.

⁴¹ *Ibid.*, p. 70-71.

reconhecer um ponto forte no pensamento de Ely – ele de fato limita a margem de atuação dos juízes – há, também, uma fraqueza acentuada: a legislatura é muito pouco limitada, abrindo espaço para a tirania da maioria.

Além disso, nem sempre é fácil identificar quando se está diante de uma minoria de fato oprimida (e como tal, merecedora da proteção judicial) ou simplesmente de um grupo que não conseguiu fazer prevalecer sua vontade por meio do processo democrático. Por estas razões, tal teoria também não seria satisfatória, oferecendo espaço tanto para a tirania dos juízes como dos legisladores.⁴²

A próxima candidata é a teoria que enfatiza a relação da Constituição com a filosofia, segundo a qual os juízes deveriam acessar questões constitucionais a partir de uma perspectiva da filosofia moral, cujo principal expoente é Ronald Dworkin. Tushnet novamente refuta sua utilidade, já que não haveria qualquer limite à atuação dos juízes, além de não existir uma explicação razoável sobre a razão pela qual os juízes desenvolveriam um raciocínio moral superior ao dos legisladores, entre outras razões, por serem todos provenientes do mesmo estrato social.⁴³

Mas, na obra publicada ao final dos anos 1980, Mark Tushnet não se preocupou em desenvolver uma teoria de interpretação constitucional própria, por considerar que qualquer tentativa neste sentido seria frustrada. Exatamente por esta razão, sofreu fortes críticas, como a elaborada por Lane Sunderland, que afirma:

O Critical Legal Studies (CLS) desafia a premissa e o funcionamento dos sistemas de direito fi e jurídico estadunidenses. Os defensores do CLS atacam as estruturas jurídicas existentes, a Constituição e a teoria constitucional que buscam justificar e fazer a carta do governo coerente. Eles concluem serem todas indefensáveis. Os teóricos do CLS querem jogar no lixo a Constituição e o sistema jurídico em nome de uma visão superior de justiça, mas não propõem qualquer alternativa para substituir aquilo que é jogado fora.⁴⁴

⁴² TUSHNET, M. *Red, White and Blue*, p. 106.

⁴³ *Ibid.*, p. 108 e segs. Em sentido semelhante, defendendo a supremacia moral das análises feitas pelos legisladores em relação aos juízes, conferir WALDRON, J. “Judges as Moral Reasoners”.

⁴⁴ SUNDERLAND, L. “Critical Legal Studies and the Constitution”, tradução livre. No original: “*Critical Legal Studies (CLS) challenges the premises and operation of the American political and legal system. Proponents of CLS attack existing legal structures, the Constitution and constitutional theory that attempts to justify and make the charter of government coherent.*”

Ao final dos anos 1990, Mark Tushnet voltaria a publicar uma obra importante a respeito da interpretação constitucional.⁴⁵ Novamente ele deixa a questão sobre a melhor forma de se interpretar a Constituição em aberto, mas enfrenta a fundo a discussão sobre quem deve ser o responsável pela atribuição de sentido ao texto constitucional. O livro, que teve grande repercussão no meio acadêmico, advoga o reconhecimento de que a maior parte das questões constitucionais tem natureza política, não jurídica, e, por isso, deveriam ser resolvidas pelos poderes democraticamente eleitos para tanto.

Tushnet ataca, assim, a prática do *judicial review* e a idéia de supremacia judicial. Defendendo uma posição populista, o que ele tenta fazer é imaginar um mundo no qual a tarefa de emitir opiniões constitucionais seja mais amplamente distribuída do que atualmente.⁴⁶ O monopólio da Suprema Corte a respeito do que seja realmente o direito constitucional faz com que as opiniões emitidas fora dela não tenham qualquer validade, a não ser que a própria Corte as adote.

Para demonstrar sua tese, Tushnet introduz uma distinção entre o que ele chama de “constituição grossa” (*thick constitution*) e “constituição delgada” (*thin constitution*). Aquela seria composta por provisões detalhadas acerca da organização do governo que, apesar de importantes, são indiferentes ao público, ou seja, não costumam gerar controvérsias populares.⁴⁷ Esta, por sua vez, seria composta pelas garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade, conteúdo previsto especialmente na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição, e teria intensa repercussão no seio da própria sociedade.

A questão enfrentada por Tushnet é a de como esta Constituição (a delgada) é interpretada fora dos tribunais federais, em especial em comparação com a habilidade do Congresso Nacional em realizar tal interpretação. E sua conclusão é que, embora os parlamentares não raciocinem da mesma maneira que os juízes,

They conclude that each is indefensible. The CLS theorists want to “trash” the Constitution and the legal system in the name of a higher vision of justice, but do not propose any alternatives to replace what is trashed.

⁴⁵ TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*.

⁴⁶ O termo empregado é *populist constitutional law* e a definição fornecida pelo próprio autor é a seguinte: “*It is populist because it distributes responsibility for constitutional law broadly. In a Populist theory of constitutional law, constitutional interpretation done by the courts has no special normative weight deriving from the fact that it is done by the courts*”.

⁴⁷ TUSHNET, M. *op. cit.*, p. 9-11.

eles também atuam na direção de promover o significado dos valores constitucionais, ainda que sem o estilo formal característico do mundo jurídico.⁴⁸

Tushnet critica, ainda, o medo que os liberais têm de deixar o povo decidir questões controversas, preferindo tentar fazer a Suprema Corte decidi-las a buscar o apoio popular por meio da aprovação de leis ou de emendas constitucionais.⁴⁹ O desenvolvimento de tal teoria passa ainda pela análise política da forma como os liberais têm defendido o papel da Suprema Corte na defesa dos direitos fundamentais. Esta defesa teria afastado os liberais de seu caminho, na medida em que a Corte deixou de proteger direitos como a liberdade de religião e as políticas de ação afirmativa em favor dos afro-americanos para fazer prevalecer os interesses dos grupos majoritários.

E, mesmo quando as posições liberais conseguem prevalecer na Suprema Corte, como o aborto e o direito de liberdade de expressão no universo cibernético, essas decisões têm um efeito negativo, consistente na reação dos conservadores que as contra-atacam apoiando legislações que restrinjam tais direitos, ou seja, que possam déia -las ou reduzir o seu impacto. Além disso, e mais importante, inicia-se um processo de influência na indicação de juízes, garantindo-se, no futuro, apoio judicial às posições conservadoras.⁵⁰

É muito clara a afinidade do trabalho de Tushnet com as teses centrais do CLS. A falta de autonomia do direito e a sua intensa relação com a política, especialmente tratando do direito constitucional, são expostas de forma irrefutável. E, diante da insuficiência de qualquer teoria interpretativa que permita alcançar um resultado seguro, aliado ao objetivo de produzir maior justiça social, Tushnet sugere que a discussão seja transferida do judiciário para o legislativo, assegurando-se, assim, maior participação popular na definição de temas fundamentais para a sociedade.

⁴⁸ TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*, cap. 3.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 177-181.

⁵⁰ *Ibid.*, caps. 7 e 8. Diagnóstico semelhante, em relação à indicação dos juízes, pode ser encontrado em GRIFFIN, Stephen. "The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights". Sobre Griffin, consultar BERMAN, J. G. "Stephen Griffin e a nova crítica democrática ao judicial review" e OLIVEIRA, D. A. "Stephen Griffin e a Teoria Constitucional Americana: Quem Detém Legitimidade para Dizer o que a Constituição Significa e qual é a Constituição dos Estados Unidos Hoje?".

A crítica de Tushnet ainda será utilizada neste trabalho para ilustrar as objeções ao controle forte de constitucionalidade feito pelo judiciário.⁵¹ Não por acaso, mais recentemente o autor dedicará suas atenções ao modelo de controle fraco de constitucionalidade, que supostamente reforça o papel dos poderes políticos na interpretação constitucional.⁵² Por ora, a respeito da metodologia crítica desenvolvida pelo referido autor, interessa salientar a intensa relação existente entre o direito e outras áreas, como a política. Neste sentido, considera-se insuficiente a comparação “pura” entre os sistemas jurídicos que serão analisados, abrindo-se espaço para considerações de ordem econômica, social, política, cultural, etc., de forma a buscar um tratamento mais amplo e completo para as questões propostas do que aquele oferecido pelas teorias tradicionais.

2.2

O método comparativo

A respeito da importância da metodologia comparatista, vale destacar a posição defendida por Peter Häberle, para quem este método caracterizaria hoje um quinto método de interpretação jurídica, ao lado daqueles quatro tradicionalmente elencados pela doutrina.⁵³ Especificamente tratando do direito constitucional, é fácil notar como a utilização do direito comparado como método de análise tem ganhado grande espaço entre a comunidade acadêmica.⁵⁴

Existe, é verdade, intensa controvérsia a respeito da natureza do direito comparado – se ele consistiria em simples método ou em uma verdadeira ciência autônoma. Seguindo aqui a lição deixada por Leontin-Jean Constantinesco, acredita-se não haver necessidade de se dar resposta unívoca à questão proposta. Existe uma ciência do direito comparado, que é aquela que se ocupa dos grandes

⁵¹ Ver item 3.5.

⁵² TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*.

⁵³ HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*, p. 164 e segs. e COELHO, I. M. “Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam”.

⁵⁴ Ver KOMMERS, D. P. “Comparative Constitutional Law: Its Increasing Relevance”, in JACKSON, V. C. e TUSHNET, M. (eds.). *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*.

sistemas (ou famílias) do Direito, mas, inegavelmente, existe também um método comparativo, utilizado ao se realizar a microcomparação.⁵⁵

É neste último sentido que o direito comparado será aqui empregado. A ferramenta da comparação pode ser utilizada para buscar objetivos distintos, mas é inquestionável que, quando bem utilizada, permite o aperfeiçoamento e uma melhor compreensão do Direito como um todo a partir da confrontação de institutos jurídicos ligados a sistemas distintos. Duas metáforas utilizadas por respeitados autores podem contribuir para confirmar a relevância da comparação, desde que observados os cuidados necessários ao confrontar institutos pertencentes a sistemas jurídicos distintos.

A primeira delas foi apresentada por Jeremy Waldron em simpósio organizado pelo *Harvard Law Journal* para discutir a repercussão do julgamento do caso *Roper v. Simmons*,⁵⁶ no qual se acendeu intensa polêmica acerca da utilização do direito estrangeiro (ou internacional) como argumento pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Na tentativa de demonstrar a utilidade do direito comparado, o autor propôs a seguinte analogia: imagine que surgisse uma nova epidemia nos Estados Unidos, absolutamente estranha para os norte-americanos, mas bastante conhecida de outras regiões do planeta. Neste caso, o que a comunidade esperaria das autoridades da área da saúde pública?

Para Waldron, seria ridículo imaginar que se deveria confiar exclusivamente na ciência estadunidense para combater o problema – ao contrário, seria natural esperar que fossem consultados os estudos elaborados por pesquisadores daqueles locais em que o mesmo problema já tivesse sido enfrentado.⁵⁷ O mesmo pode ser dito a respeito da utilização do direito comparado: ele permite que o jurista se aproveite da experiência prévia desenvolvida por seus pares em outros locais do mundo, nos quais a mesma questão (ou questões semelhantes) já tenha(m) sido enfrentada(s) e resolvida(s). É evidente que a solução alcançada por um determinado Estado não será necessariamente a mesma de outro – talvez nem

⁵⁵ CONSTANINESCO, L. *Tratado de Direito Comparado*, p. 279-343.

⁵⁶ *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183, 1199 (2005). O caso discutia a aplicação de pena de morte a jovens, e a controvérsia surgiu a respeito do ponto de vista segundo o qual os Estados Unidos estariam ficando isolados entre as nações ocidentais, ao persistir na aplicação da pena de morte, enquanto outras nações cuidaram de aboli-la. Houve reação intensa de juízes, como Antonin Scalia, que afirmaram que a Suprema Corte deveria se limitar a aplicar o direito dos Estados Unidos.

⁵⁷ WALDRON, J. “Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, p. 143.

deva sê-lo – mas seu conhecimento pode, em qualquer caso, ser útil para que se encontre a melhor resposta.

A segunda metáfora, esta utilizada por Günter Frankenberg, compara o comparatista a um viajante que tem a oportunidade de confrontar seu antigo conhecimento (obtido em sua terra natal) com o novo, adquirido em suas viagens. Este contato com o exterior pode trazer maior conhecimento não apenas sobre outros locais e culturas, como, muitas vezes, aumentar aquele que se possui sobre seu próprio país e sua própria cultura.⁵⁸

Há, no entanto, um risco que aflige tanto o turista quanto o estudioso do direito comparado, decorrente do fato de que sempre se carrega sua própria bagagem cultural, crenças e juízos prévios. Com isso, é possível que a viagem seja torne apenas uma forma de se dar conta de quão pouco se conhece a respeito de si mesmo e do seu próprio ambiente. Para que se possa realmente aprender com o contato com outra cultura, é preciso, antes de qualquer coisa, distanciar-se do seu próprio mundo, a fim de verdadeiramente entrar em um novo, sem preconceitos e sem estranhamento ao que nos parece diferente.⁵⁹

Trazendo a metáfora para o campo da ciência jurídica, o que se quer dizer é que é preciso certo grau de distanciamento para que a análise do “novo” sistema seja objetiva, de forma a não comprometer a cientificidade do conhecimento que se busca produzir. Com efeito, para que a comparação seja verdadeiramente útil, Frankenberg afirma serem necessários dois passos distintos: distanciamento e diferenciação.⁶⁰

O distanciamento é descrito como uma tentativa de se afastar de convicções firmes e do conhecimento preexistente e de resistir ao poder do preconceito e da ignorância. Só com esse distanciamento o novo conhecimento e o antigo poderão ser verdadeiramente distinguidos e se conseguirá alcançar a desejada objetividade científica.⁶¹

A diferenciação, por sua vez, consiste em um passo necessário para que o alienígena não seja visto simplesmente como algo inferior, estranho ou incomum. É ela quem permite a reflexão crítica, provocar o sentido de diversidade e

⁵⁸ FRANKENBERG, G. “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, p. 412.

⁵⁹ Id., *ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 414.

⁶¹ Id., *ibid.*

heterogeneidade e, mais importante, possibilita que a avaliação do impacto da experiência do observador seja devidamente levada em consideração no conhecimento adquirido. O autor rejeita, assim, uma visão universalista, tipicamente ocidental, que costuma apresentar sua própria ciência como objetivamente neutra.⁶²

Fica claro, a partir deste ponto, que a intenção de Frankenberg é aplicar uma metodologia crítica no estudo do direito comparado (“*Neste ensaio eu tento ilustrar e exercer a teoria e o método defendidos por uma abordagem crítica do Critical Legal Studies*”)⁶³. Justamente por esta razão, alinhada com a metodologia empregada nesta tese, parece interessante prosseguir no exame de seu pensamento.

Voltando a atenção para a aplicação da teoria crítica no campo do direito comparado, Frankenberg considera que a suposta neutralidade defendida pela metodologia tradicional nada mais é do que um artifício para que o estudioso mantenha o controle cognitivo sobre o objeto estudado.⁶⁴ Com isso, o sistema de origem do pesquisador é sempre tomado como referência e modelo a ser seguido, ou, em outras palavras, é visto como um sistema superior aos demais.

Este controle cognitivo envolveria uma abordagem formalista e uma tentativa de ordenação sistemática do Direito, que é assim apresentado de forma neutra e universal. Além disso, o campo jurídico é isolado dos demais campos da realidade social, tal como defendido pelo positivismo sociológico.⁶⁵ No entanto, este isolamento – em que pesem as diversas tentativas de deá-lo e corrigir as distorções por ele causadas⁶⁶ – é impossível de ser alcançado e acaba por ignorar como a linguagem, os interesses e a experiência contribuem para a comparação.

⁶² FRANKENBERG, G. “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, p. 414-415.

⁶³ Ibid., p. 415, tradução livre. No original: “*In this essay I attempt to illustrate and practice the theory and method implied by a critical approach to Comparative Legal Studies*”.

⁶⁴ Ibid., p. 424. Destaca-se: “*Positioning the comparatist as pure spectator, objective analyst, and disinterested evaluator is the final mechanism of cognitive control*”.

⁶⁵ Ibid., p. 423.

⁶⁶ Ibid., p. 425, destaca-se, em tradução livre: “*Comparatistas definiram diversos meios de objetivar o interesse subjetivo. Eles distinguem a comparação pura da valoração, invocando a ética profissional adequada. Eles clamam por uma abordagem metodológica que objetive ou acreditem que a colaboração internacional corrigirá o viés nacional. Eles propõem modestamente regras de razão comparativa, que se cada comparatista seguir controlarão a subjetividade*”. No original: “*Comparatists have devised several ways to objectify it [subjective interestedness]. They distinguish pure comparison from evaluation, invoking the right professional ethic. They call for an objectifying methodological approach or trust that*

Para escapar das vicissitudes associadas às metodologias tradicionalmente empregadas no estudo do direito comparado, Frankenberg sugere que o etnocentrismo seja superado a partir de uma perspectiva dotada de autocrítica. Nela, o pesquisador não deve pretender ser um simples observador neutro e desinteressado, mas sim um participante que reconhece as concepções culturais que possui arraigadas em si e que procura delas se desamarrar.

O objetivo buscado é o de superar o legocentrismo, postura que o autor descreve como “*entender o Direito como algo dado, como necessidade, como caminho quase que natural para soluções ideais, racionais e otimizadas de conflitos e, enfim, para uma ordem social que garanta paz e harmonia*”.⁶⁷ Os questionamentos trazidos pelo realismo jurídico e pela jurisprudência sociológica, além dos estudos críticos, derrubam o mito de que o Direito seria uma estrutura normativa politicamente neutra, cujo conteúdo seria determinado pelo raciocínio jurídico e que consistiria em um sistema coerente.⁶⁸

O Direito deve ser visto, na verdade, como parte do sistema social. Nem é correto dizer que ele é um produto inevitável de forças sociais, nem que ele é um instrumento poderoso de transformação social. Há aí uma via de mão dupla, na qual ora o Direito serve como fator de legitimação da ordem estabelecida, ora como propulsor de sua transformação. Em qualquer dos casos, é preciso reconhecer que suas próprias instituições, técnicas e procedimentos simbolizam apenas uma de suas faces. O distanciamento proporcionado pela perspectiva comparatista pode ajudar a compreender e a criticar o Direito, desde que se reconheça sua outra dimensão, aquela na qual são expostas as deficiências, contradições, os componentes ideológicos e as visões conflitantes existentes.⁶⁹

A perspectiva que se pretende adotar neste trabalho é alinhada com esta visão. Não se pretende aqui defender o modelo fraco de controle de constitucionalidade, com base na forma como vem sendo praticado alhures, a partir de um ponto de vista idealista. É insuficiente tratar a questão do ponto de

international collaboration will correct national biases. They modestly propose rules of comparative reason, that if every comparatist follows will control subjectivity”.

⁶⁷ FRANKENBERG, G. “Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, p. 445, tradução livre. No original: “*By legocentrism I mean that law is treated as a given and a necessity, as the natural path to ideal, rational or optimal conflict resolutions and ultimately to a social order guaranteeing peace and harmony*”.

⁶⁸ Ibid., p. 446.

⁶⁹ Ibid., p. 447-8.

vista meramente institucional e neutro, como se se pudesse resumir a controvérsia ao conflito entre Legislativo e Judiciário; entre o legislador democraticamente eleito e o juiz tecnicamente capacitado e neutro.

Outros fatores importam na comparação, se esta pretende ser verdadeiramente útil. A tradição político-democrática de cada país é determinante para se defender um ou outro modelo. A força do Executivo não pode ser ignorada, mesmo em estados parlamentaristas, como o Canadá. O legislador não é tão democrático e nem tão pouco técnico como geralmente se descreve, nem o juiz tão apolítico e adstrito à técnica jurídica. Ao levar esses fatores em consideração, espera-se desenvolver um trabalho que possa contribuir de forma relevante para a compreensão e a comparação de sistemas de controle de constitucionalidade que possuem entre si mais semelhanças do que se diria à primeira vista, mas cujas diferenças não podem ser simplesmente ignoradas.