

Sueli Sampaio Damin Custódio

**O POSITIVISMO JURÍDICO E O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Campinas
Universidade Estadual de Campinas
1997

Sueli Sampaio Damin Custódio

O POSITIVISMO JURÍDICO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação apresentada ao Departamento de
Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências
Humanas da Universidade Estadual de Campinas
para a obtenção do título de Mestre em Ciência
Política, sob a orientação do Prof. Dr. Eliézer
Rizzo de Oliveira 1949

Este exemplar corresponde à
redação final da dissertação
defendida e aprovada pela
Comissão Julgadora em
27/08/1997.

Banca:

Prof. Dr. Eliézer Rizzo de Oliveira - Orientador

Prof.^a. Dr.^a. Argelina Maria Cheibud Figueiredo

Prof. Dr. Shiguenoli Miyamoto

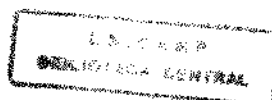
Prof. Dr. Bruno Wilhelm Speck (Suplente)

meij
Argelina
Shiguenoli
Bruno

Campinas

Universidade Estadual de Campinas

1997



Ao Márcio

Manifesto meu agradecimento ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq, por dois anos de bolsa concedida e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, por seis meses de bolsa complementar.

Agradeço especialmente a Eliézer Rizzo de Oliveira pela dedicação ao orientar-me.

“Foi essa crença, inspirada pelos ideais da Revolução Francesa, que presidiu toda a história das nações ibero-americanas [...] Emancipando-se da tutela das metrópoles européias, cuidaram elas em adotar, como base de suas cartas políticas, os princípios que se achavam então na ordem do dia. As palavras mágicas Liberdade, Igualdade e Fraternidade sofreram a interpretação que pareceu ajustar-se melhor aos nossos velhos padrões patriarcais e coloniais, e as mudanças que inspiraram foram antes de aparato do que de substância.”

“Escapa-nos esta verdade de que *não são* as leis escritas, fabricadas pelos juriconsultos, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações. Costumamos julgar, ao contrário, que os bons regulamentos e a obediência aos preceitos abstratos representam a floração ideal de uma apurada educação política, da alfabetização, da aquisição de hábitos civilizados e de outras condições igualmente excelentes.”

Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - PATRIMÔNIO TEÓRICO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	6
1 - PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	7
1.1- <i>Escola histórica na Alemanha: críticas ao Direito natural</i>	8
1.2 - <i>A ética utilitarista de Bentham e o modelo teórico de Austin</i>	10
1.3 - <i>Os princípios filosóficos na França do século XVIII e o Código de Napoleão</i>	15
2 - O ORDENAMENTO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO KELSENIANA	24
2.1 - <i>O argumento da unidade formal</i>	25
2.2 - <i>O argumento da coerência</i>	28
2.3 - <i>O argumento da completude</i>	29
3- CRÍTICAS DE TEÓRICOS BRASILEIROS AO JUSPOSITIVISMO KELSENIANO	33
CAPÍTULO II - OS MODELOS DE CONTROLE DE LEIS	47
1 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	47
1.1 - <i>O Modelo de Controle Preventivo</i>	52
1.2 - <i>Controle Jurisdicional Repressivo</i>	54
1.2.1 - <i>O modelo difuso incidental dos EUA</i>	62
1.2.2 - <i>O modelo concentrado de controle de constitucionalidade</i>	69
1.2.3 - <i>O modelo de constitucionalidade misto</i>	73
CAPÍTULO III - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	77
1 - CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE ANTERIORES A 1988	77
2 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	97
CAPÍTULO IV - DIREITO E LEGALIDADE: UM ELO PERDIDO?	110
1 - SOCIOLOGIA DOS TRIBUNAIS, PATRIMÔNIO TEÓRICO ALTERNATIVO PARA ESTUDAR O DIREITO	110
2 - CRÍTICAS AO DIREITO BRASILEIRO	122
3 - INCOMPATIBILIDADE ENTRE JUSPOSITIVISMO BRASILEIRO E MODELO DE CONSTITUCIONALIDADE	124
CONCLUSÃO.....	133
BIBLIOGRAFIA.....	139

ÍNDICE DE QUADROS

QUADRO I - TIPOS DE MECANISMOS DE CONTROLE DE LEIS	52
QUADRO II - TIPOS DE CONTROLE PREVENTIVO.....	53
QUADRO III - CLASSIFICAÇÃO QUANTO À COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS JUDICANTES.....	54
QUADRO IV - CLASSIFICAÇÃO QUANTO A VIA DE CONTROLE.....	55
QUADRO V - COMBINAÇÕES GERALMENTE ENCONTRADAS.....	55
QUADRO VI - PRINCIPAIS CRÍTICAS AO MODELO DIFUSO.....	68
QUADRO VII - ARGUMENTO PRINCIPAL SUSTENTANDO O MODELO DIFUSO INCIDENTAL	69
QUADRO VIII - CARACTERÍSTICAS DO MODELO DIFUSO INCIDENTAL.....	69
QUADRO IX - CRÍTICAS AO MODELO CONCENTRADO.....	73
QUADRO X - DIFERENÇAS NO MODELO BRASILEIRO	74
QUADRO XI - COMPARATIVO CONSTITUCIONAL 1	96
QUADRO XII - COMPARATIVO CONSTITUCIONAL 2	99

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA I - COMPOSIÇÃO DO JUDICIÁRIO DE 1891	80
FIGURA II - COMPOSIÇÃO DO JUDICIÁRIO DE 1934	81
FIGURA III - COMPOSIÇÃO DO JUDICIÁRIO DE 1937.....	85
FIGURA IV- COMPOSIÇÃO DO JUDICIÁRIO DE 1946.....	87
FIGURA V - COMPOSIÇÃO DO JUDICIÁRIO DE 1967.....	92
FIGURA VI - COMPOSIÇÃO DO JUDICIÁRIO DE 1988.....	102

INTRODUÇÃO

Examinamos neste trabalho a relação entre positivismo jurídico e o modelo de controle de constitucionalidade previsto na Constituição de 1988, buscando mostrar o redimensionamento político do Judiciário e as dificuldades do mesmo em assumir esse novo papel em função da tradição jurídica brasileira. Tal tradição é analisada a partir do patrimônio teórico predominante no Direito brasileiro, a Teoria do Ordenamento Jurídico de Hans Kelsen. Como ponto de partida, mostramos de que maneira a teoria kelseniana influencia o Direito brasileiro¹ e como define os limites de ação dos órgãos judicantes, e uma vez demonstrada a influência acentuada desse patrimônio teórico, procuramos apontar as conexões entre o modelo de controle de constitucionalidade e o fortalecimento político do Judiciário na Carta Constitucional de 1988. Essas conexões são estabelecidas a partir do estudo normativo sobre os modelos brasileiros de controle de constitucionalidade.

No capítulo I abordamos como os órgãos judicantes brasileiros, a partir do positivismo jurídico, concebem a idéia de separação de poderes. O método usado para reconstruir os argumentos sustentados pela tradição jurídica brasileira é o de estudar a Teoria do Ordenamento Jurídico de Hans Kelsen²,

¹ A tradição jurídica define quais vão ser as fontes do Direito (leis, costumes, princípios gerais do Direito, equidade, analogia, jurisprudência) que o ordenamento jurídico vai contemplar e quais serão os hábitos jurídicos que devam ser observados (e que serão demarcados conforme a concepção adotada: jusnaturalista, juspositivista, etc.).

² Teoria juspositivista, elaborada por Hans Kelsen, que conceitua o Direito como um conjunto de normas jurídicas posto pelo Estado, fundamenta-se em três grandes argumentos: 1) o da coerência sustenta que em um mesmo ordenamento jurídico não podem existir duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias), 2) o da completitude do sistema sustenta a inexistência de lacunas no sistema jurídico. Os dois primeiros visam consolidar o terceiro 3) o da unidade formal analisa o ordenamento jurídico pelo modo como as normas são postas ou

patrimônio teórico positivista predominante no Direito brasileiro.³ Sob a ótica dessa teoria⁴, o **mundo jurídico** está separado do **mundo político** e o papel mais importante do Judiciário é o de evitar antinomias no ordenamento jurídico e, com isso, salvaguardar a unidade formal do conjunto de leis preestabelecido pela função legislativa. O argumento positivista respalda-se na implantação de um mecanismo de subordinação de outras fontes do Direito (costumes, precedentes judiciais, equidade, etc.) à lei (*lato sensu*). Partindo da exclusividade da lei como fonte qualificadora de juridicidade, Kelsen elabora um mecanismo de evitar antinomias com base no princípio hierárquico das normas jurídicas. Esse princípio prevê um escalonamento dos dispositivos normativos, de maneira que no confronto de duas normas regulando a mesma matéria uma deverá sobrepor à outra, tendo em vista critérios previamente estabelecidos. Adotando esse tipo de argumentação, a Constituição Federal de um país deve ser interpretada como a viga mestra de todo o ordenamento, pois ela define as diretrizes básicas e as limitações de cada função/poder. Portanto, segundo o positivismo kelseniano, aos magistrados cabe a tarefa de defender a Constituição e evitar qualquer inobservância da mesma.

Apresentada a relevância do controle de constitucionalidade na teoria kelseniana e, conseqüentemente, no Direito brasileiro, a análise centraliza sua abordagem no modelo de controle de constitucionalidade previsto no texto de

elaboradas. Na Teoria do Ordenamento Jurídico há uma preocupação com a forma e não com o conteúdo da norma.

³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. O autor expõe que existem várias correntes teóricas dentro do Juspositivismo, mas que no entanto, podemos identificar algumas características gerais que estão presentes nestas correntes e que consolidam a escola positivista do Direito. Ver ainda BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6. ed. 1995.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

1988, que consagrou um controle **híbrido**⁵. Com o intuito de entender como foi construído esse modelo são abordados os modelos que influenciaram o Direito brasileiro: o difuso incidental norte-americano e o concentrado direto austríaco. No Capítulo II, são mostradas as características desses dois modelos de controle de constitucionalidade, bem como apontados os efeitos políticos da adoção de tais modelos.

O Capítulo III procura mostrar como a escolha dos modelos brasileiros de controle de constitucionalidade, antes de 1988, deu-se em grande medida pela ingerência direta de atores políticos interessados em enfraquecer o Judiciário enquanto **instância de poder**⁶. Também mostra que tais modelos favoreceram a ingerência do Executivo no Poder Judiciário. Ao analisar os modelos de controle de constitucionalidade anteriores a 1988 percebemos que o Judiciário não dispunha de mecanismos instrumentais/constitucionais que apontassem efetivamente para uma independência em relação aos demais poderes, apesar de dispor de uma autonomia relativa que não pode ser interpretada como independência. Com isso, o sistema constitucional brasileiro, no qual a **constitucionalidade** absorvia todas as “legalidades” oriundas do Estado, aliado ao positivismo kelseniano acabou por mascarar uma opção política comprometida em manter uma estrutura de poder que, por um longo período, colocou legalidade como sinônimo de legitimidade.⁷

⁵ O modelo brasileiro é considerado híbrido por reunir características dos modelos difuso incidental, de concepção norte-americana, e concentrado direto, de inspiração kelseniana. Vide p. 77 *et seq.*

⁶ Termo que deve ser entendido na acepção weberiana, ou seja, instância que detém a “probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo encontrando resistências...”. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1994. v. 1, p. 33.

⁷ Ver FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte; a legitimidade recuperada*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

Nosso enfoque busca mostrar que as mudanças de ordem constitucional, principalmente as mudanças de modelo de controle de constitucionalidade, dão-nos indicativos para analisar quais atores políticos, ao longo das sucessivas mudanças de modelos, adquiriram o poder de “instância de veto”, ou seja, quais atores receberam mecanismos efetivos de controle sobre as leis e normas que compõem o ordenamento jurídico. Partindo desta análise, mostramos a inovação do texto constitucional de 1988, que redefiniu o conceito de cidadania ao ampliar o leque de agentes titulares da ação de controle direto de constitucionalidade e ao aumentar a competência do Judiciário, possibilitando que o mesmo se consolidasse como importante “instância de veto” aos planos de ação do Executivo e do Legislativo.

No Capítulo IV resgatamos as críticas⁸, apontadas no Capítulo I, ao modelo juspositivista brasileiro, bem como mostramos os problemas decorrentes da demarcação dos limites de atuação do Judiciário feita por esse modelo, que impõe que os problemas jurídicos, sendo **apolíticos**, devam ser resolvidos no interior do mundo jurídico a partir do “único” ferramental teórico que cabe a esse mundo, ou seja, o juspositivismo. Essa delimitação ocasiona um alheamento político aos operadores do direito que diante da redefinição do conceito de cidadania prevista no texto de 88, vêm-se obrigados com a ampliação de acesso formal ao Judiciário a assumir responsabilidades para as quais não só não estão preparados mas também não possuem o instrumental teórico necessário para lidar. Daí surgir a contradição entre a ampliação do controle de constitucionalidade prevista no texto constitucional de 1988, que expressa o comprometimento com a democratização dos meios de controle de abusos de poder e de definição do Estado de Direito, e o patrimônio teórico juspositivista tal qual adotado no Brasil, que traz a marca dos padrões patriarcais e coloniais e reflete, em grande medida, um “privatismo

⁸ Críticas que surgem inclusive internamente no corpo da magistratura brasileira, como são os casos do movimento do direito alternativo e do movimento dos juízes para democracia.

conservador” que repõe desigualdades. Finalmente, buscando entender o descompasso entre o uso que se faz do positivismo jurídico no Brasil e a redefinição de cidadania, incursionamos por um patrimônio teórico alternativo, Sociologia dos Tribunais, usado atualmente por pesquisadores para estudar o Direito e o Poder Judiciário.

CAPÍTULO I

PATRIMÔNIO TEÓRICO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Visando compreender a lógica argumentativa do patrimônio teórico adotado pelo Direito brasileiro examinaremos as principais características do Juspositivismo kelseniano, em especial a sua interpretação do princípio da separação de poderes e a sua definição dos limites de ação dos órgãos judicantes⁹. Esses dois pontos são necessários para entendermos como o juspositivismo separa o mundo jurídico do mundo político e como essa demarcação acaba trazendo problemas ao Judiciário, principalmente depois do redimensionamento de papel que recebeu com o texto constitucional de 1988. É bom ressaltar que quando falamos em Positivismo jurídico estamos referindo-nos a uma consolidação de características que estiveram marcadamente presentes no século XIX e que propiciaram a solidificação de uma escola juspositivista. No entanto, não queremos afirmar que as características mencionadas, que serviram de pressupostos para a consolidação dessa escola, não estivessem presentes isoladamente em outras realidades histórico-políticas. Não se pretende aqui esboçar as raízes históricas do Juspositivismo, mas apenas contextualizar os seus principais argumentos.¹⁰

Assim, este capítulo divide-se em três partes: 1) a descrição histórica da consolidação dos principais argumentos juspositivistas; 2) a descrição das

⁹ Esses órgãos compõem o Poder Judiciário e são responsáveis em aplicar o ordenamento jurídico. A Constituição brasileira de 1988 arrola em seu artigo 92 quais são esses órgãos.

¹⁰ É importante, neste primeiro momento, entendermos como os argumentos foram construídos dentro da escola positivista do Direito, pois trabalharemos depois as críticas mais freqüentes a esta escola de Direito.

características da Teoria do Ordenamento Jurídico e 3) as críticas de teóricos brasileiros ao juspositivismo adotado no Brasil. Serão descritos alguns marcos históricos que propiciaram a consolidação da escola juspositivista e que são importantes para entendermos a construção dos argumentos que propiciaram o rompimento com a tradição jusnaturalista¹¹ da época (tradição que está sendo resgatada nos dias de hoje e que se contrapõe às idéias juspositivistas). Após a exposição sucinta desta parte histórica, serão descritas as principais características da Teoria do Ordenamento Jurídico de concepção kelseniana e posteriormente, serão abordadas críticas de teóricos brasileiros ao modelo teórico adotado com base nesse patrimônio kelseniano.

1 - PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Um livro bastante significativo que tenta mostrar não só as raízes históricas do Positivismo jurídico, mas também explicitar algumas características que configuram o que os juristas denominam de escola ou doutrina juspositivista é *O Positivismo jurídico e lições de filosofia do Direito*, de Norberto Bobbio¹². Esse autor esboça três grandes vertentes que foram fundamentais para a consolidação do Positivismo jurídico: 1) o diálogo estabelecido entre a escola alemã histórica e os iluministas; 2) a ética utilitarista de Bentham que influenciou não só o modelo teórico de codificação exposto por Austin na Inglaterra, mas também foi apropriada pelos defensores do Juspositivismo; 3) por fim, o processo de elaboração do Código de Napoleão.

¹¹ Esse termo deve ser entendido como: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília: Ed.UNB, 1994.

"O Jusnaturalismo é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um Direito natural, ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (Direito positivo). Este Direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao Direito positivo e, em caso de conflito é o que deve prevalecer." (p. 655)

¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico e lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

Vale indagar: como argumentos e preocupações tão diferentes foram importantes na consolidação do Positivismo jurídico? O diálogo estabelecido entre a escola alemã e os iluministas foi relevante à medida que pôs em questionamento uma tradição jusnaturalista¹³ solidificada na época. A ética utilitarista deu sustentação filosófica à teoria da codificação (uma das bases do Positivismo jurídico) e o caso francês, ou melhor, o Código de Napoleão foi a efetivação dessas discussões teóricas, já que foi na França que primeiro se concretizou o processo de codificação nos moldes positivistas.

1.1- Escola histórica na Alemanha: críticas ao Direito natural

A escola histórica na Alemanha teve como um dos mais eminentes teóricos Savigny.¹⁴ A importância deste autor e desta escola deve-se às suas críticas ao Direito natural. A tradição jusnaturalista sustentava a existência de um Direito único, igual para todos e para todos os tempos. Savigny, no entanto, postulava que o Direito era um produto da história pois nasce e se desenvolve na história, como todos os fenômenos sociais e portanto, varia no tempo e no espaço. Apesar de sustentar a historicidade do Direito, este autor era contrário a qualquer processo novo de codificação por entender que o “Direito legislativo” refletiria uma sociedade decadente. A escola histórica¹⁵ propiciou uma

¹³ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília: Ed.UNB, 1994. p. 656. Esse autor expõe que existem várias acepções às palavras tradição jusnaturalista.

“Na história da filosofia jurídico-política, aparecem pelo menos três versões fundamentais, também com suas variantes: a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; a de um lei natural em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa de instinto; finalmente, a de uma lei ditada pela razão, específica portanto ao homem que a encontra autonomamente dentro de si” A tradição vigente no séc. XVII e XVIII refere-se à última conceituação, esta tradição foi bastante criticada no séc. XIX.

¹⁴ Carlos Frederico von Savigny (1779-1861) - jurista alemão filiado à Escola Histórica e contrário à teoria da codificação.

¹⁵ Bobbio descreve a importância das duas escolas alemãs na época: a filosófica (de influência iluminista e que se contrapôs diretamente à escola histórica e será intitulada no

discussão epistemológica relevante para a época, já que apresentou uma crítica radical ao Direito natural (um Direito universal e imutável ditado pela razão). Direito natural que era defendido pela corrente cultural-política iluminista da época. De um lado, autores como Savigny percebiam o Direito existente como sendo a forma genuína do Direito, pois expressava a realidade histórico-social da época. Do outro lado, pensadores como Tibaut expunham que o Direito vigente à época retratava uma seqüela danosa da herança medieval e expressava tudo aquilo que homens “civilizados” deveriam refutar, pois as normas jurídicas não eram pensadas e elaboradas a partir de uma sistematização prévia. A corrente iluminista postulava a substituição do amontoado de normas vigentes por um conjunto sistemático de leis. As regulamentações do comportamento humano seriam oriundas de um processo novo, racional e expressas por leis¹⁶.

Portanto, o debate entre a escola histórica e a corrente iluminista/jusnaturalista propiciou uma abertura política para o movimento, iniciado pelos iluministas, que postulava a codificação; propiciou também a

decorrer da explanação como corrente iluminista) e a pandectista. Só para algumas referências, serão descritas características da escola pandectista, que teve como um dos principais autores Rudolf von Jhering (1818-1892), jurista influenciado pela tradição romanística. Suas primeiras obras aproximaram-se da escola conceitualista (de vocação dogmática) e exerceram influência na Teoria Pura de Direito de Kelsen. Esse autor atingiu o seu ponto máximo na segunda metade do século XIX. Defendia que a codificação já havia ocorrido com o Código de Justiniano e que o desenvolvimento do Direito estava ligado diretamente não à figura do legislador mas à figura do magistrado. Os juristas deveriam aplicar o “Direito científico” nas normas já existentes de influência do Direito romano. A tarefa do magistrado era, com base neste material já existente, procurar conceder uma unidade e sistematização. A base de sustentação desta escola residia no fato de que não se deveria implantar um novo sistema jurídico na Alemanha. O caminho a ser seguido não era de uma nova codificação mas do desenvolvimento de metodologia denominada ciência jurídica. Sob esta ótica, há uma aproximação entre a escola histórica e a pandectista, já que ambas eram contrárias à codificação. No entanto, mais tarde, Jhering sustenta a idéia de que se pode construir uma ciência jurídica universal e que “os juristas de todas as épocas ou de todos os países falam a mesma língua”. A universalidade era possível, sob a ótica deste autor, tendo em vista a utilização de um método próprio, refinado através de séculos e que seria válido para o estudo de qualquer ordenamento jurídico.

¹⁶ Começa a existir uma diferença entre norma e lei aqui. A elaboração da lei seria mais rigorosa, pois decorreria de um procedimento novo, previamente pensado, enquanto norma

construção de uma metodologia para estudar os diferentes modelos jurídicos, pois, a partir das idéias defendidas pela escola histórica, o Direito pôde ser pensado como um fenômeno histórico. Por conseguinte, variável no tempo e no espaço.

1.2 - A ética utilitarista de Bentham e o modelo teórico de Austin

A Inglaterra recebeu influências mas não se filiou à escola teórica juspositivista, apesar de autores como Bentham¹⁷ e Austin¹⁸ terem desempenhado um papel importante para a teoria da codificação e para o movimento de consolidação da escola positivista de Direito. A preocupação desses dois autores foi de elaborar um constructo teórico que respaldasse o processo de codificação. Em Bentham há a elaboração de um novo conceito de Ética, que possibilitou um deslocamento importante do debate intelectual à medida em que a regulamentação do comportamento humano deixou de ser focalizada sob o olhar de ser bom por si mesmo e adquiriu o enfoque da utilidade.

O pensamento de Jeremy Bentham exerceu influência decisiva e acentuada nos juristas positivistas (entre eles, Hans Kelsen). No caminho trilhado por Bentham há aproximações, como o discurso da universalidade das leis, e distanciamentos da corrente jusnaturalista pregada pelos iluministas.

seria conceituada como qualquer regulamentação do comportamento humano. O Direito brasileiro adotou esta distinção.

¹⁷ Jeremy Bentham (1748-1832) - apesar da formação jurídica nunca exerceu a profissão. Sua maior preocupação foi com a parte teórica do Direito, dedicou-se a elaborar um sistema jurídico baseado na teoria da codificação e no postulado da ética utilitarista. Bentham recebeu influências da corrente do Iluminismo e do pensador italiano Beccaria (autor que defendia a idéia do princípio da autoridade da lei e da subordinação do magistrado ao texto da lei).

¹⁸ John Austin (1790-1859) - jurista que se distanciou da profissão forense e que se dedicou a estudos filosóficos, integrando o grupo de utilitaristas que vinha constituindo-se em torno de Bentham.

Podemos perceber estas oscilações, no pensamento do autor, com o postulado utilitarista:

“A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra coisa, a cadeia das causas e efeitos.

Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir este senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo. Através de suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém, na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida.

O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei. Os sistemas que tentam questionar este princípio são meras palavras e não uma atitude razoável, capricho e não razão, obscuridade e não luz.”¹⁹

A convicção de que todos os homens estariam sujeitos ao princípio da utilidade propiciou a Bentham a defesa de “leis racionais válidas para todos os homens”. Assim, a codificação proposta por este autor pautou-se numa universalidade da validade da lei, ou seja, a codificação poderia ser estendida a todo o mundo civilizado. Aliás, Bobbio²⁰ explicita vários casos em que Bentham envia a sua proposta de codificação para lugares diferentes (como para o presidente dos EUA, Madison, em 1811; ou para o czar Alexandre da Rússia, entre outros). Entretanto, é no próprio postulado utilitarista que

¹⁹ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 3.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico; lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

Bentham afasta-se definitivamente da ética defendida pela tradição jusnaturalista:

“...a diferença entre Bentham e os jusnaturalistas consiste em que ele (Bentham) localiza esse princípio fundamental e objetivo não na natureza do homem, mas no fato empiricamente verificável de que **cada homem busca a própria utilidade**: a ética torna-se assim, o complexo de regras segundo as quais o homem pode conseguir a própria utilidade do modo melhor.”²¹

A elaboração de Bentham de uma teoria da codificação foi decorrente de uma série de críticas tecidas à *common law* inglesa (denominada por ele como produção judiciária do Direito). Uma passagem transcrita por Bobbio mostra esta postura crítica de Bentham:

“O Direito comum, como se diz na Inglaterra, o Direito judiciário, como mais justamente se chama algures aquela composição fictícia que não tem nenhuma pessoa conhecida como seu autor, nem um conjunto conhecido de palavras como seu conteúdo, forma onde quer que seja a parte principal da construção legal: como aquele éter imaginário que, falta de matéria sensível, permeia o universo. Pedacos e fragmentos do Direito real, misturados naquela base imaginária, compõem o equipamento de qualquer código nacional. Com que consequência? Aquele que... **deseja um exemplo de um corpo completo de leis a que referir-se deve começar por fazer um.**”²²

A partir de discursos pautados na ética utilitarista autores como Kelsen puderam demarcar o que era objeto de estudo da ciência do Direito e,

²¹ Ibidem. p. 92.

²² BENTHAM, J. *Prefácio da introdução aos princípios da moral e da legislação*; p. XI *apud* BOBBIO, N. Op. cit. p. 97. (destaque nosso) A intencionalidade aqui é mostrar em linhas bem gerais como as idéias defendidas por este autor vem ao encontro das idéias defendidas pelo Positivismo, todavia, existem diferenças entre esses dois pensamentos e não nos interessa abordá-las, já que não há preocupação em estudar Bentham especificamente, mas expor como se deu a composição e a consolidação da escola positivista.

conseqüentemente, separar o “metafísico” do jurídico²³. “Metafísico” foi caracterizado pela expressão **bom por si mesmo** - expressão muito utilizada pelos jusnaturalistas. Kelsen atribuiu à expressão **bom por si mesmo** um caráter negativo de subjetividade, instabilidade e de imprecisão. Portanto, sob a ótica kelseniana, a Ética em que os jusnaturalistas pautavam-se deveria ser desvinculada do conceito de Direito e o Direito natural deveria ser substituído por um patrimônio teórico mais claro, objetivo e preciso, ou seja, pelo Direito positivo.

Após esta breve exposição sobre o postulado utilitarista de Bentham, veremos, a seguir, a importância deste postulado para a teoria da codificação de John Austin, que se apropriou do argumento utilitarista para demonstrar a utilidade e a praticidade da proposta de codificação das normas. Esta proposta estava ligada diretamente ao seu conceito de Direito, como um “comando geral e abstrato”. Austin repudiava a idéia de regulamentar o comportamento humano enquanto individualidade. Para ele, o Direito não deveria regulamentar a ação individual de fulano, beltrano, etc; mas deveria dirigir o olhar para toda coletividade. Outro ponto da conceituação de Direito de Austin é a expressão **comando**:

“Um comando [...] é uma expressão de desejo. Mas um comando é distinto de outras expressões de desejo pela seguinte característica: que a parte para a qual é dirigido é passível de um mal sob a ação do outro, no caso de não-satisfação do desejo. Sendo passível de um mal da tua parte, se não satisfaço um desejo que tu exprimes, estou vinculado ou obrigado pelo teu comando, ou me acho no dever de obedecê-lo [...] Comando e dever são, por isso, termos correlatos, no qual o significado denotado por um é implicado ou suposto pelo outro. Ou, em outras palavras,

²³ Existem dentro da escola positivista várias conceituações da palavra jurídico. Na concepção da escola kelseniana, o conceito de jurídico está ligado intimamente ao conceito de Direito, que em última análise seria o conjunto de leis formalmente elaborado através de um procedimento lógico/racional posto pelo Estado.

onde quer que haja um dever, foi expresso um comando e onde quer que tenha sido expresso um comando, um dever foi imposto.”²⁴

Segundo Austin, os comandos deveriam ser emanados do soberano numa sociedade política independente. Esta sociedade caracterizaria-se pela composição de um número expressivo de pessoas sujeitas ao comando de um superior comum. Porém, ela não poderia ser dependente de outras sociedades políticas.²⁵ Percebe-se aqui a tentativa de desvincular do conceito de Direito os valores éticos pregados pelos jusnaturalistas. Essa desvinculação possibilitou demarcar o mundo jurídico/legalista estabelecido pelo Estado (no qual se têm comandos que devem ser obedecidos) do mundo da moral (no qual a autonomia e a vontade do indivíduo dão vazão ao seu conceito de justiça).

A defesa que o autor faz da desvinculação dos valores éticos do conceito de Direito propiciou que a codificação pregada por ele pautasse na elaboração de uma linguagem altamente tecnicista/formal. Motivo pelo qual sustentou a idéia de que o Código deveria ser dirigido apenas ao jurista, pois somente os operadores do Direito possuíam uma bagagem de conhecimento altamente especializada.

Kelsen, a partir das idéias de John Austin, pôde pensar na elaboração de uma teoria monista do Direito, ou seja, numa teoria em que houvesse um monopólio de qualificação do Direito²⁶ e que fosse altamente tecnicista.

²⁴ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence*. 5. ed. R. Campbell: Londres, 1885. p.89

²⁵ A grosso modo e tentando não ser anacrônica, pode-se perceber alguns traços da composição do Estado moderno. Já que a “obediência habitual do conjunto de indivíduos” a um superior comum (no caso, o Estado) e a defesa da soberania são requisitos fundamentais para a consolidação e manutenção de qualquer Estado moderno.

²⁶ Assunto que será resgatado mais adiante, quando abordarmos a Teoria do Ordenamento Jurídico de Hans Kelsen.

1.3 - Os princípios filosóficos na França do século XVIII e o Código de Napoleão

As concepções filosófico-jurídicas do Iluminismo foram importantes para o processo de codificação jurídica na França. O projeto de codificação surge inicialmente como uma proposta elaborada pelos iluministas, na qual postularam a necessidade de elaborar um Direito simples e unitário. E é no desenrolar da Revolução Francesa que as premissas da codificação vão efetivamente consolidando-se. Na época, a França tinha uma multiplicidade de regulamentações jurídicas (seja na área civil, penal, etc.) que eram territorialmente limitadas. A proposta de codificação na França, de influência da corrente jusnaturalista/iluminista²⁷, defendia a revogação do amontoado de normas jurídicas “produzidas pelo desenvolvimento histórico” e a implantação de um Código que fosse elaborado racionalmente.

Este processo foi bastante polêmico. Houve uma acirrada disputa entre os que sustentavam que o Código deveria respeitar as teorias gerais de Direito de tradição jusnaturalista e os que defendiam uma nova forma de concepção de Direito, que mais tarde foi denominada de concepção juspositivista. Cambacérès²⁸, buscando contemplar características iluministas do Direito universal, elaborou alguns projetos iniciais de Código Civil que defendiam a reaproximação com a natureza, a simplicidade das normas e a unidade. Porém, a proposta iluminista de codificação não foi acatada. O próprio Cambacérès foi afastando-se dessa matriz jusnaturalista. O projeto aprovado teve como

²⁷ A idéia defendida pela teoria da codificação respaldava-se em pensar as normas como um sistema unitário, por conseguinte, o Código deveria substituir e revogar as normas existentes. Em razão dessa revogação é que se teria uma maior simplicidade.

²⁸ Cambacérès (1753-1824) - jurista e político, participou da Convenção que decidiu pela morte de Luiz XVI. Foi opositor a Robespierre e fiel a Napoleão, que quando nomeado Imperador tornou-o arquitecador do Império.

principal articulador Jean Etienne Marie Portalis²⁹, autor que não adotou as idéias expostas pelos iluministas de influência jusnaturalista.

Em 1804, as leis promulgadas que faziam parte do projeto Portalis foram compiladas sob o nome de *Code Civil des Français* (Código Civil dos Franceses). Em 1807 recebeu uma segunda edição e um novo nome: *Code de Napoléon*.³⁰ Em decorrência da necessidade de interpretar o Código de Napoleão criou-se, na França, umas das escolas jurídicas mais significativas: a *école de l'exégèse*³¹, visando elaborar uma metodologia de interpretação do Código. Diante da metodologia implantada, essa escola acabou consolidando princípios como o da onipotência do legislador, o da autoridade da lei e o da certeza do direito. O Código de Napoleão e a Escola da Exegese consolidaram praticamente todas as premissas da escola positivista do Direito, as quais fizeram-se presentes em muitos modelos jurídicos. Alguns artigos, inclusive, serviram de base para a codificação no Brasil³², como por exemplo, o artigo 4º:

“O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.”

²⁹ Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807) - político, considerado um liberal moderado foi senador e ministro durante o Consulado e o Império. Foi o representante mais importante na comissão instalada por Napoleão para elaborar o projeto do Código Civil francês.

³⁰ A análise que Bobbio faz do Código de Napoleão (expressão que será utilizada no decorrer da exposição) é de que este Código foi inovador quanto à sistematização das normas e que exerceu influências em outros sistemas jurídicos, todavia, possibilitou também, uma interpretação restritiva do Direito. Exemplo dessa restrição será mostrado quando abordamos a Escola da Exegese.

³¹ Será utilizada a expressão em português: Escola da Exegese. BOBBIO, Norberto. O Positivismo jurídico; lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

“A Escola da Exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código”. (p. 83)

³² O artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 enuncia: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do Direito.”

A preocupação com a inércia do juiz, que o artigo 4º contemplou, visou evitar problemas que ocorreram durante a Revolução Francesa, quando os juízes, diante da ausência de normatização, deixavam de julgar, remetendo o caso em julgamento ao legislativo para que o mesmo regulamentasse a situação fática (geralmente isso era imposto pela própria lei revolucionária). Em outros casos, prevalecia a prudência política do magistrado, pois na época as composições políticas, sendo muito inconstantes, faziam com que os juízes muitas vezes deixassem de aplicar a lei vigente por temerem que alguma composição política nova pudesse responsabilizá-los de aplicar a norma emanada de um outro grupo político.

Vários fatores possibilitaram a criação da “Escola da Exegese” na França, mas sem dúvida, o artigo 4º teve uma atenção especial dos intérpretes desta escola, que a partir daí, perceberam a necessidade de construir uma metodologia de interpretação do Código e começaram a sustentar que as normas previstas no Código de Napoleão regulamentariam os casos futuros e as decisões proferidas pelos magistrados deveriam embasar-se na interpretação da intencionalidade do legislador, o famoso princípio da onipotência do legislador, o qual enuncia que o juiz deve buscar as soluções jurídicas dos casos, no texto da lei vigente.

A sistematização do Código de Napoleão não se configurou em uma simples compilação de normas esparsas. Essa reelaboração propiciou a abertura de uma nova metodologia, rompeu com as normas anteriormente vigentes e conseqüentemente, implantou uma nova tradição jurídica:

“...Como pôs em evidência, Ehrlich, em seu trabalho (A lógica dos juristas), os operadores do Direito (juízes, administradores públicos, advogados) procuram sempre a via mais simples e mais curta para resolver uma dada questão. Ora, é indubitável que, existindo um Código, a via mais simples e mais curta consiste em procurar a solução

no próprio código, desprezando as outras fontes das quais poderiam deduzir uma norma de decisão (costume, jurisprudência, doutrina, etc.) sendo o manuseio destas fontes mais complexo e difícil do que o Direito codificado.”³³

Outro princípio consagrado pela Escola da Exegese foi o princípio da autoridade da lei, segundo o qual a fonte por excelência do Direito é a lei estabelecida pelo Estado. A fidelidade à lei e ao Código era justificada com base na interpretação dada ao princípio de separação dos poderes em que o juiz não poderia *criar* Direito, pois esta tarefa caberia ao legislador. O juiz deveria ser somente “a boca através da qual fala a lei”, mote que expressa claramente a influência de Montesquieu:

“...se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular de juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.”³⁴

Um terceiro princípio importante, consolidado pela Escola da Exegese, é o da certeza do direito, que enuncia a defesa de um corpo estável de leis previamente estabelecido. Esse princípio foi interpretado como sendo necessário para a configuração do Estado Moderno. Assim, a busca pela segurança jurídica fez com que os juízes renunciassem a toda e qualquer contribuição criativa³⁵ na interpretação da lei. A segurança jurídica, para esta escola, resumiu-se à interpretação da lei a partir de um procedimento lógico.

³³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico; lições de filosofia do direito*, p.78.

³⁴ MONTESQUIEU, C. L. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Ferreira. Col. Os Pensadores, 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.150. (destaque nosso).

³⁵ Os juspositivistas entendiam por *contribuição criativa* a vinculação da interpretação da lei a valores éticos, tal qual o faziam os jusnaturalistas.

Um outro fator, analisado por Bobbio, que possibilitou a consolidação da Escola da Exegese foi de natureza política. Houve uma mudança de estruturação nas Faculdades de Direito na época do regime napoleônico, as quais foram colocadas “sob o controle direto das autoridades públicas”. A intencionalidade dessa reestruturação visava uma mudança brutal no currículo dessas faculdades, mudança que foi efetivada. A nova proposta contemplava o ensino somente do Direito positivo (o código) e tornavam-se ausentes as disciplinas de teorias gerais do Direito de concepções jusnaturalistas. Essa estratégia usada no governo napoleônico nos mostra a importância do Direito para a consolidação de um determinado sistema político.

Não nos interessa explicitar todas as posições, correntes e nomes que representam a Escola da Exegese, mas vale mostrar como ela foi importante para a consolidação da escola positivista. Assim, passaremos a expor algumas de suas características:

a) A desvalorização da tradição jurídica jusnaturalista e a exaltação do modelo codificado legalista, restringindo a aplicabilidade do Jusnaturalismo a algumas hipóteses de lacunas na lei.³⁶

b) A fonte de qualificação jurídica restringiu-se às normas postas pelo Estado. Bobbio relata um excelente exemplo da nova concepção de Direito, ao transcrever um trecho de um jurista que fazia parte da Escola da Exegese:

“Para o jurisconsulto, para o advogado, para o juiz existe um só Direito, o Direito positivo... que se define: como o conjunto das leis que o legislador promulgou para regular as relações dos homens entre si... As leis naturais ou morais não são, com efeito obrigatórias enquanto não forem

³⁶ BOBBIO, Norberto. Op cit.

“O positivismo jurídico admite a existência desses casos, mas observa que não representam lacunas, visto que as normas podem se completar a partir do interior do sistema (auto-regulamentação do Direito) mediante o recurso da analogia e dos princípios gerais do Direito, recurso que não é um ato criativo, mas puramente interpretativo e, mais exatamente, integrativo do Direito. (p. 210).

sancionadas pela lei escrita... ao legislador só cabe o Direito de determinar, entre regras tão numerosas e, às vezes, tão controvertidas do Direito natural, aquelas que são igualmente obrigatórias... *Dura lex, sed lex*; um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei; pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei, e eludir suas disposições, sob o pretexto de que a equidade natural a contraria, nada mais é do que prevaricar. Em jurisprudência não há, não pode haver razão mais razoável, equidade mais equitativa do que a razão ou a equidade da lei.³⁷

c) A concepção exposta acima acabou propiciando a consolidação do princípio da onipotência do legislador, que respaldava-se, inicialmente, na idéia de buscar nas lacunas e obscuridade da lei a vontade do legislador (metodologia que tentava reconstruir uma concepção subjetiva da lei, ou seja, de buscar a vontade do legislador no ato da elaboração da mesma). Hoje em dia, trabalha-se mais com a metodologia pautada na objetividade da vontade da lei, que corresponde a dizer que há um desvincilhamento da interpretação histórico-elaborativa da lei e uma “adaptação” às mudanças histórico-sociais. Porém, a adaptação não poderá nunca contrariar o que está escrito na lei.

d) Outra característica marcante foi o processo de identificação da palavra **Direito** como sinônimo de lei. A idéia de que Direito é o que é previsto nos textos da lei acabou levando a supremacia do princípio de autoridade que exalta a lei de tal maneira que a mesma não pode ser colocada em discussão pelo magistrado ou pelos operadores do Direito, a não ser pela sua formalidade inadequada.

O processo de codificação enraizou-se de tal forma em vários sistemas jurídicos, principalmente no Direito brasileiro, que quase não conseguimos

³⁷ Bonnecase, p.150 *apud* BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico; lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 86

imaginar uma outra forma de estruturação. O próprio Bobbio expõe essa dificuldade de percepção:

“Hoje estamos acostumados a pensar no Direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a idéia de codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado. Portanto, há apenas dois séculos o Direito tornou-se codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo o mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental.”³⁸

Um dos grandes efeitos decorrentes das características expostas acima foi a “subjugação da concepção jusnaturalista à positivista”, que para Bobbio está intimamente ligada à formação do Estado Moderno e à dissolução da sociedade medieval. Uma passagem em seu texto expressa bem essa subjugação:

“A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o Direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado Moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o Direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o Direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, aquilo que em outro curso chamamos de **processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado**.

A essa passagem no modo de formação do Direito

³⁸ Ibidem. p. 63.

corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio Direito. Estamos tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa, que temos certa dificuldade em conceber Direito posto não pelo Estado mas pela sociedade civil. E contudo, originariamente e por um longo tempo o Direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo...”³⁹

Podemos perceber que a grande questão do Direito Francês do século XIX era expor à crítica as correntes jusnaturalistas. No entanto, como podemos demarcar o Direito positivo “emergente” do Direito natural? Podemos destacar alguns critérios:

a) Enquanto o Direito natural pautava-se na universalidade da lei, Direito que poderia ser suscitado em qualquer lugar independentemente da formação cultural histórico-política de determinado povo, nação ou “Estado”, o Direito positivo pautava-se na singularidade da lei, pois defendia a validade do Direito apenas em determinados lugares ou situações;

b) O critério de mutabilidade era outro diferencial, enquanto o Direito natural sustentava a imutabilidade, o Direito positivo pregava a variação não só de um lugar para outro, mas também a variação no tempo;

c) O Direito natural poderia ser conhecido através da razão humana esse critério ligava-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais poderiam ser conhecidos racionalmente; o Direito positivo, por sua vez, deveria ser conhecido através de um processo de promulgação, ou seja, decorreria da vontade alheia preestabelecida;

d) O procedimento de qualificação: enquanto para o Direito natural o comportamento regulado era bom ou mau por si mesmo, para o Direito positivo o comportamento regulado deveria originar-se de um procedimento disciplinado pelo Direito positivo, independentemente de ser bom ou mau. Iniciou-se com isso a concepção de uma nova ética no Direito. O Direito

³⁹ Ibidem. p. 26-27.

natural geralmente pautava-se numa ética que buscava aquilo que era bom, já o Direito positivo respaldou-se numa ética utilitarista, ou seja, visava buscar aquilo que era útil e prático;

e) A fonte utilizada por essas duas concepções teóricas era distinta. Enquanto a concepção jusnaturalista buscava elementos apriorísticos, dados pela natureza ou pela razão, para dar sustentação ao seu discurso, o Direito positivista respaldava-se no ordenamento jurídico aprovado pelo povo, monarca.

Como enuncia Ferraz:

“O Positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à revolução Francesa caracterizava-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí surgiu, na França, já no século XIX, a poderosa “*École de l’Exégèse*”, de grande influência nos países em que o espírito napoleônico predominou [...] A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado ‘Positivismo legal’ (*Gesetzpositivismus*), com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da ‘estatalidade do Direito’. Ernst Rudolf Bierling, dizia no findar do século passado, que o termo Direito, em conformidade com a opinião dominante, só caberia ao Direito positivo, isto é, o Direito válido e vigente em algum tempo e lugar, limitado a um círculo de sujeitos e individualmente determinado.”⁴⁰

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977. p. 32.

2 - O ORDENAMENTO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO KELSENIANA

Muitos estudiosos expõem que o Direito brasileiro está sob a égide do Positivismo jurídico, mas quais são os argumentos para tal afirmação? Como expõe Bobbio, não se pode falar em um Positivismo jurídico mas em várias correntes juspositivistas. Todavia, há características gerais que podem ser percebidas na escola juspositivista, ressaltando sempre a existência de diferenças entre essas correntes. Exporemos agora as características da Teoria do Ordenamento Jurídico que exerceu influência acentuada no Direito brasileiro.

A Teoria do Ordenamento Jurídico teve como principal formulador Hans Kelsen⁴¹ e concebe o Direito como um conjunto de normas estabelecido pelo Estado (o ordenamento jurídico). Assim, o Direito não é pensado como norma individualmente isolada, mas como um conjunto de normas jurídicas vigentes em uma determinada sociedade ou Estado. Esta teoria baseia-se em três grandes argumentos: 1) o argumento da coerência respalda-se na idéia de que no ordenamento não podem existir duas normas antinômicas (contrárias e contraditórias) válidas; 2) o argumento da completitude (a defesa de um ordenamento fechado e completo), esse argumento está ligado diretamente ao princípio da certeza do Direito, que por sua vez, propicia a defesa dos princípios da autoridade da lei e da segurança jurídica.⁴² Os dois argumentos citados acima visam consolidar o terceiro: 3) o argumento da unidade formal do ordenamento, cuja preocupação principal é analisar o modo pelo qual as

⁴¹ Hans Kelsen (1881-1973) foi um dos representantes teóricos da escola juspositivista. Ele sistematizou os principais argumentos dessa escola e elaborou duas teorias importantes: a do Ordenamento Jurídico e a teoria Pura do Direito.

⁴² Sobre os princípios da certeza do Direito, da autoridade da lei e da segurança jurídica vide, neste capítulo item 1.3 - Os princípios filosóficos na França do século XVIII e o Código de Napoleão, p. 15.

normas são postas ou estruturadas dentro do ordenamento. Iniciemos por analisar o argumento da unidade formal:

2.1 - O argumento da unidade formal

Os juspositivistas, buscando uma objetividade na metodologia, acabaram sustentando a proposição que o Direito não deveria ser interpretado mais pela via da valoração humana da ética jusnaturalista. A nova metodologia residiu inicialmente em estudar o Direito da mesma forma que se estudava as ciências naturais: a partir da observação de fatos legais, o cientista do Direito deveria buscar um conhecimento puramente objetivo da realidade. Ou seja, deveria estudar o Direito como ele se apresentava na realidade e não como deveria ser; o jurista deveria abandonar os juízos de valor.

Kelsen conseguiu sistematizar bem os postulados juspositivistas e criar uma metodologia jurídica normativista bastante disseminada em países que adotaram a tradição jurídica romanística. A concepção normativista do Direito foi criada com base na defesa do argumento da avaliação do Direito, pois através do mesmo pôde-se pensar numa separação, numa demarcação entre Direito e Política. Conseqüentemente, Kelsen pôde elaborar a Teoria Pura do Direito.

O argumento da avaliação do Direito propiciou a separação dos conceitos valor e validade. Para a concepção jusnaturalista uma norma era válida se fosse valorosa (justa). Portanto, o fato da norma jurídica ter sido promulgada pelo monarca ou pelo Estado não queria necessariamente dizer que era válida e deveria ser aplicada. Sob a concepção juspositivista kelseniana a validade de uma norma estaria intimamente ligada à legalidade, um procedimento formal preestabelecido dentro do ordenamento jurídico de cada

país. A norma válida para Kelsen não precisava ser necessariamente valorosa (justa) e deveria sempre ser aplicada.

Uma passagem de Kelsen expressa bem esta mudança:

“A Teoria Pura do Direito considera o seu objeto não como uma cópia mais ou menos imperfeita de uma idéia transcendental. Ela não tenta compreender o Direito como um produto da justiça, como filho humano de um progenitor divino. A Teoria Pura do Direito insiste numa distinção clara entre o Direito empírico e a justiça transcendental, excluindo esta de seus interesses específicos. Ela vê o Direito não como a manifestação de uma autoridade supra-humana; a teoria pura recusa-se a ser uma metafísica do Direito - isto é, o fundamento de sua validade - não num princípio metajurídico, mas numa hipótese jurídica - isto é, uma norma fundamental - a ser estabelecida por meio de uma análise lógica do pensamento jurídico efetivo.

Quando esta doutrina é chamada ‘Teoria Pura do Direito’, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito e não de sua formação. Uma ciência precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema da Política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade.”⁴³

Note-se que o Direito é definido como uma ciência objetiva, podendo ser utilizado para qualquer propósito e podendo ser destituído de qualquer valor. O argumento da unidade formal está intimamente ligado a este fator

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 2-3. A título de informação: Kelsen influenciado pela idéias de John Austin chega a citá-lo expressamente em vários momentos, como:

“A orientação da Teoria Pura do Direito é em princípio, a mesma da chamada jurisprudência analítica. Como John Austin, no seu famoso *Lectures on Jurisprudence*, a Teoria Pura do Direito procura obter resultados exclusivamente por meio da análise

avaliativo do Direito, já que na busca da objetividade Kelsen constrói uma teoria que não se preocupa mais com o conteúdo da norma mas com a forma pela qual esta norma é elaborada. Com isso, esse autor adota critérios hierárquicos dentro do ordenamento.

Diante do problema da existência de várias fontes do Direito o patrimônio kelseniano sustenta a idéia da unidade formal do ordenamento (a defesa da forma). Conseqüentemente, adota o princípio da hierarquização das fontes do Direito. A hierarquização das fontes do Direito⁴⁴ está ligada à concessão de juridicidade às normas (mecanismo que as introduz ou não no mundo jurídico). A escola juspositivista baseia-se no princípio de prevalência de uma determinada fonte do Direito, a norma estabelecida pelo Estado, a lei. Bobbio faz a diferença entre duas espécies de fontes coexistindo no modelo juspositivista: as fontes de conhecimento jurídico que servem de consulta ou de complementação nos casos de lacuna ou obscuridade na lei (doutrina, costume, jurisprudência, etc.) e as fontes que dão qualificação jurídica, ou seja, fontes que atribuem juridicidade à norma, que concedem existência jurídica à norma. No caso do Positivismo jurídico, a fonte qualificadora da norma é a lei. Podemos abstrair então, que existe uma diversidade de fontes do Direito; todavia, em nome de uma objetividade e da hierarquização dessas fontes, a lei irá prevalecer sobre as outras fontes regulamentadoras possíveis nos casos concretos.

Sob a ótica desse autor, a unidade formal só poderia ser alcançada se não existissem dentro de um mesmo ordenamento jurídico normas incompatíveis (argumento da coerência das normas), ou melhor, se não

do Direito positivo...”

⁴⁴ Por fonte de Direito deve ser entendido, Bobbio :

“Aqueles fatos ou atos que um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas” (p.161)

existissem normas antinômicas (contrárias ou contraditórias⁴⁵). Agora examinaremos como Kelsen solucionou o problema das antinomias.

2.2 - O argumento da coerência

A doutrina positivista já havia adotado critérios que visavam a solução da existência de normas antinômicas, Kelsen, então, agrupou inicialmente três: o critério cronológico - *lex posterior derogat priori* (lei posterior derroga a anterior); o critério da especialidade - *lex specialis derogat generali* (lei especial derroga a geral), e o critério hierárquico - *lex superior derogat inferiori* (lei superior derroga a inferior). Porém, teve que resolver um novo problema metodológico: como o operador do Direito deveria proceder diante da existência de conflito de critérios? Qual dos critérios acima deveria prevalecer? A solução encontrada por Kelsen foi:

- a) No caso de conflito entre o critério cronológico e hierárquico, prevalece o hierárquico;
- b) No caso de conflito entre o critério cronológico e o critério de especialidade, prevalece o de especialidade;
- c) No caso de conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade, dependerá a da situação pois os dois critérios são considerados fortes. Geralmente recorre-se ao critério cronológico para resolver o problema. Entretanto, há divergências doutrinárias a respeito;
- d) Como regra geral, não se pode adotar os três critérios simultaneamente.

Entretanto, a sistematização dos três critérios suscitados não conseguiu resolver o problema da antinomia, pois surgiram outras dúvidas. Exemplo:

⁴⁵ Contrário deve ser entendido como oposição e contradição deve ser entendido como divergência, mas não oposição.

como se solucionaria o caso de duas normas antinômicas que são “contemporâneas, paritárias e gerais”? Percebeu-se neste caso que os critérios explicitados acima não poderiam ser aplicados. Como Kelsen resolveu esta nova questão? Como o problema da antinomia lhe era vital, Kelsen recorreu a um outro critério que serviu como auxiliar dos demais: *lex favorabilis* prevalece sobre *lex odiosa* (lei favorável prevalece sobre lei desfavorável). Este critério tem a característica excepcional de conceder ao sujeito de Direito (sujeito capaz de adquirir direito e contrair obrigações) a possibilidade de ser regulado por uma norma mais favorável. As críticas dirigidas à sistematização kelseniana esclarecem que o critério da lei favorável pode ser aplicado nas relações regulamentadas pelo Direito público (entre sujeito de direito e Estado) sem muitos problemas⁴⁶, mas como aplicar tal critério em casos de antinomias na esfera do particular, regulados pelo Direito civil? Qual parte sairia perdendo?

Apesar da Teoria do Ordenamento Jurídico ser bem estruturada, existem críticas dirigidas às tentativas de eliminação de antinomia por parte desta teoria. Críticas como as expostas acima que estão sendo suscitadas em vários países que receberam influência da concepção kelseniana do Direito.

2.3 - O argumento da completitude

Kelsen, para sustentar a unidade formal do ordenamento, sustentou o argumento da coerência e o argumento da completitude, argumento que concebe o ordenamento jurídico como algo completo e fechado. O argumento

⁴⁶ Tem-se aqui, via regra geral, uma relação claramente desigual e hierárquica, de um lado, uma personalização jurídica investida de poder de império (Estado *lato sensu*) que busca sempre obediência aos seus comandos e de outro lado, um sujeito de direito (cidadão, pessoa jurídica, etc.) que deve submeter-se aos comandos dessa personalização jurídica. Ora, existindo um confronto direto entre essas duas figuras há, pelo menos em tese, uma facilidade maior de obtenção de consentimento por parte da figura destituída do poder de império. Mas numa relação entre iguais (sujeitos destituídos de poder de império), mesmo que haja a intervenção do Judiciário, é muito mais difícil obter obediência das partes ao ordenamento

da completude é audacioso, pois visa negar a existência de lacunas dentro do ordenamento jurídico. Assim, para demonstrar a inexistência de lacunas dentro do ordenamento, foram elaboradas duas teorias: a do **espaço vazio** e o da **norma geral exclusiva**. A primeira postula que os fatos e relações humanas que não foram regulamentados via procedimento formal encontram-se no âmbito do espaço jurídico vazio. Ou seja, estão numa esfera que não é jurídica face a irrelevância para o mundo jurídico. Por conseguinte, não se poderia falar de lacunas na lei. A segunda teoria parte da premissa de que o ordenamento jurídico sustenta-se por uma norma geral exclusiva, que poder-se-ia enunciar como: “É permitido tudo que não é proibido, nem comandado”. Esse preceito é denominado de **norma da clausura**, pois garante juridicidade a todos os fatos não previstos expressamente pelo sistema de codificação e acaba dando sustentação ao argumento da completude.

O ordenamento jurídico brasileiro também teve essa preocupação com as lacunas na lei, como podemos perceber com o artigo 4º da Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942):

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.”

O Direito brasileiro baseia-se no patrimônio teórico juspositivista exposto até aqui. Seus códigos são aplicados no território brasileiro ou em áreas que estão sob a égide da soberania brasileira e podem ser modificados a qualquer tempo desde que respeitado o procedimento formal estabelecido na Constituição Federal Brasileira em vigor. Em decorrência desse patrimônio o papel mais importante do Judiciário é defender a unidade formal do ordenamento jurídico e com isso salvaguardar o conjunto de normas jurídicas

jurídico que prescreve determinadas prerrogativas que favorecem uns e desfavorecem outros, tidos como “iguais”.

preestabelecido pela função legislativa. Mas, de que maneira os órgãos judicantes podem sustentar tal argumento? A base da metodologia positivista kelseniana está na implantação de um controle de leis que se efetiva através de um mecanismo de subordinação de outras fontes do Direito (costumes, jurisprudência, doutrina, Direito natural, etc.) à norma jurídica fixada pelo Estado, à lei. O princípio de hierarquia das normas jurídicas prevê um escalonamento dos dispositivos legais, de maneira que no confronto de duas normas regulando a mesma matéria uma deverá se sobrepor a outra, tendo em vista, em última análise, o critério de constitucionalidade.

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, que por sua vez, apóia-se sobre outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até buscar finalmente o pressuposto na norma fundamental. A norma fundamental - hipotética nestes termos - é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”⁴⁷

A noção de uma unidade formal do ordenamento jurídico é elaborada a partir da exclusividade da norma jurídica fixada pelo Estado como fonte qualificadora de juridicidade e dos argumentos da coerência e da completitude. Michel Temer, um dos representantes do Juspositivismo no Brasil, ao abordar o conceito de Direito expõe o argumento kelseniano da norma fundamental:

“Dissemos, contudo, que o Direito é sistema que se reduz à unidade, à norma única. Mas como alcançá-la? Socorre-nos Hans Kelsen que sustenta a existência, no Direito, de dois planos distintos: o jurídico-positivo e o lógico-jurídico. Aquele corporificado pelas normas postas, positivas. O outro (lógico-jurídico) situa-se no âmbito do

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1969. p. 309-310.

hipotético. Com efeito, ao fazer-se o percurso da verticalidade fundamentadora das normas, abica-se na Constituição. Este é o fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional. Mas qual é o fundamento que suporta a Constituição?

Esta é a norma única a que alude o Prof. de Viena, cujo enunciado pode assim resumir-se: 'obedece a tudo que está na Constituição'. E essa norma é logicamente pensável. Se todos obedecem a determinado sistema normativo, derivado da Constituição, é porque existe, a dar-lhe validade, uma norma hipotética que é o fundamento do sistema. E esse comando não é escrito. De nada adiantaria que fosse. Pode-se modificar radicalmente um sistema (nova Constituição, por exemplo) que a norma fundamental, situada no plano lógico e por isso, hipotética, não se altera. A ordem suposta continua a ser a mesma: 'obedeça a tudo o que está na Constituição, a tudo que é posto pelo Constituinte'.

Com isso, Kelsen justifica o mundo jurídico dissociando-o do mundo político, do ético, do moral. Confere independência ao Direito, demonstra que o Direito é uma unidade que se peculiariza pela estruturação escalonada de seus preceitos. Não se socorre de elementos extrajurídicos.

Nada impede que outros cientistas estudem o Direito. Historiadores, politicólogos, sociólogos, poderão fazê-lo. Estarão fazendo História, Política, Sociologia.⁴⁸

O princípio de hierarquia das normas jurídicas foi e continua sendo extremamente utilizado no Direito brasileiro. Em razão disso, os magistrados adquiriram a função de exercer o controle de leis afim de evitar a existência de normas jurídicas antinômicas dentro do ordenamento. A Constituição Federal Brasileira, por sua vez, passou a ser interpretada como viga mestra de todo o ordenamento jurídico por ser superior às outras legislações positivadas. Com isso, o estudo sobre o controle de constitucionalidade no Judiciário torna-se relevante para a compreensão do princípio da separação dos poderes. E se quisermos aferir a independência e os limites de ação do Judiciário, sob a ótica do Juspositivismo, devemos analisar o modelo de controle de

⁴⁸ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1989. p. 22-23.

constitucionalidade do Brasil. Trabalho que será realizado no Capítulo III. Por ora abordaremos as críticas ao juspositivismo adotado no Brasil.

3- CRÍTICAS DE TEÓRICOS BRASILEIROS AO JUSPOSITIVISMO KELSENIANO

Abordaremos agora as críticas mais freqüentes à tradição jurídica e a metodologia adotadas no Brasil. É importante ressaltar, no entanto, que as críticas a essa tradição não podem ser aglutinadas num discurso único.⁴⁹ Trabalharemos inicialmente com a lógica de três discursos que surgiram no Brasil criticando a tradição juspositivista e a metodologia jurídica kelseniana. O primeiro critica o argumento da neutralização política defendida pela escola positivista do Direito; o segundo refere-se ao fato do ensino jurídico brasileiro repor permanentemente os argumentos positivistas kelsenianos de forma acrítica; e por fim, o terceiro refere-se à discussão do próprio conceito de Direito no Estado Moderno.

Kelsen⁵⁰, ao sustentar o argumento da unidade formal do ordenamento jurídico expôs princípios que a seu ver são fundamentais para a compreensão de sua Teoria Pura do Direito. Entre esses princípios encontra-se o **fator avalorativo do Direito**, que se respalda na idéia de que ao magistrado não cabe discutir os valores éticos protegidos por determinado preceito jurídico, pois tal discussão caberia à Política e à Ética. Em decorrência, o papel do magistrado seria a defesa estrita do ordenamento jurídico, mesmo não concordando com ele. Sob o ponto de vista metodológico kelseniano, o magistrado não pode decidir contra a norma jurídica vigente, pois neste caso estaria tomando uma

⁴⁹ Existem vários autores que criticam a tradição jurídica de inspiração kelseniana e serão citados à medida em que os argumentos desses autores forem explicitados.

⁵⁰ As análises feitas sobre o patrimônio teórico kelseniano embasam-se nas leituras dos seguintes textos: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1969.

atitude criativa do Direito, colocando em xeque o princípio da segurança jurídica.

A defesa de uma metodologia objetiva e neutra passou a ser considerada *conditio sine qua non* à Teoria Pura do Direito de Kelsen e à visão codificada juspositivista em geral. A neutralidade passou a ser importante tendo em vista a necessidade de demarcação do objeto de estudo do Direito. Como temos visto, tal patrimônio teórico exerceu enorme influência no Brasil, cujo conceito de Direito passou a ser interpretado como sinônimo de normas jurídicas fixadas pelo Estado ou simplesmente ordenamento jurídico. Este, por sua vez, acaba estipulando quais agentes especializados (operadores do Direito) manejarão o conjunto de normas jurídicas estabelecido pelo Estado e demarcando competência exclusiva do aparato burocrático, isto é, do Judiciário.

A ciência jurídica, sob a ótica kelseniana, deve obedecer duas premissas fundamentais: a primeira delas é que tanto o cientista jurídico quanto os operadores do Direito (juízes, promotores, advogados, procuradores, delegados) devem desenvolver uma postura imparcial diante do ordenamento jurídico. Para alcançar essa imparcialidade é vital respeitar a segunda premissa, que enuncia que tanto cientistas jurídicos quanto operadores do Direito devem submeter-se rigorosamente às normas jurídicas (já que são elas que formam o ordenamento jurídico). Portanto, o objeto de estudo da ciência jurídica positiva deve ser as normas jurídicas fixadas pelo Estado. Assim, não caberia aos operadores do direito especular o porquê da ausência de valores éticos nas normas jurídicas, questão ausente da ciência jurídica positivista mas eventualmente considerada pela Política, pela Sociologia e pela Ética. Afim de afastar a ciência jurídica e os órgãos judicantes da esfera da Política, os juspositivistas brasileiros adotaram e continuam adotando determinadas atribuições e hábitos judiciários, como:

a) O Judiciário, que detém o monopólio de aplicação do ordenamento jurídico, deve ter natureza jurídica passiva: o juiz ou tribunal só pode apreciar

determinada questão ou litígio quando for provocado ou acionado, pois não é de competência do órgão judicante tomar iniciativa de propor ações;

b) Os órgãos judicantes só podem fazer pronunciamentos diante de casos concretos através de sentenças judiciais, pois não é da competência dos juízes o pronunciamento político ou jurídico de qualquer dispositivo legal em abstrato, excetuando-se aqui os casos em que a lei faculta a apreciação jurídica do controle direto de leis pelo STF;

c) O Judiciário deve aplicar as normas jurídicas e não criá-las. Na ótica dos juspositivistas isto é necessário, pois ao restringir atribuições e competência do Judiciário, além de conseguir um aparato burocrático que preza pela imparcialidade, estabelece-se também a separação de poderes.

As críticas dirigidas à tradição jurídica de inspiração kelseniana e à metodologia juspositivista postulam que não se pode deixar de lado acontecimentos políticos e históricos que interferem na elaboração e na aplicação da lei. E que ao magistrado cabe observar a correlação de forças conflitantes na sociedade brasileira. Tais críticas refutam a metodologia kelseniana por ela não conseguir vislumbrar os conflitos socioeconômicos relacionados às mudanças nas sociedades capitalistas do mundo moderno e apontam que o Direito brasileiro está ainda atrelado a essa concepção teórica.

Representantes do discurso apresentado acima⁵¹ mostram que com base neste postulado de fator avalorativo do Direito e de excessiva neutralidade o Judiciário distanciou-se da realidade social brasileira. Eles identificam a “neutralidade” como uma concepção falsa de “despolitização” do aparelho judicial brasileiro. Ao discorrer sobre a Teoria do Ordenamento Jurídico de Kelsen, José Eduardo Faria a intitula como a dogmática jurídica:

⁵¹ Como: José Eduardo Faria, José Geraldo de Sousa Júnior, José Reinaldo de Lima Lopes e Dalmo de Abreu Dallari.

“O Direito é assim reduzido a um simples sistema de normas, o qual limita-se a dar sentido aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente. Por isso, ao determinar o uso das normas e dos instrumentos jurídicos exclusivamente em função das categorias e dos conceitos legais, esta concepção torna desnecessário o questionamento do conteúdo de seus dogmas, isto é: a discussão relativa à função social das leis e à identificação dos nexos ocultos que vinculam o Direito às estruturas (e vice-versa). Neste sentido, uma das características dos sistemas jurídicos é a de regular sua própria criação e aplicação mediante pressupostos, postulados e princípios unificadores que servem como elementos básicos tanto para a formulação de uma dada ordem jurídica quanto para a própria conceituação da dogmática jurídica. Tal concepção, privilegiando as argumentações lógicas fundadas no princípio da não-contradição, deixa de lado os aspectos políticos e históricos de fenômeno jurídico, por considerá-los empiricamente contingentes, de um lado destacando o racional-jurídico como universal e necessário e, de outro lado, reduzindo as condutas às estruturas normativas, numa contínua construção e reconstrução das próprias estruturas formais do Direito.”⁵²

Faria afirma também que é difícil pensar que um operador do direito consiga destituir-se de toda a tradição jurídica que o formou, pois isso passa pelo questionamento dos princípios ideológicos da tradição jurídica nacional,

“especialmente aqueles segundo os quais o Direito seria neutro; a norma, ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes; e os juízes, meros executores de operações lógico-formais.”⁵³

⁵² FARIA, José Eduardo. Ordem legal X mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e justiça; a função social do judiciário*. São Paulo: Ed. Ática, 1989. p. 95-110.

⁵³ Ibidem. p. 96. Ver ainda: NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 1994. CAPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. RePro; n. 61. p.144. FALCETA JR, Walter. Juventude não crê na justiça, *Estado de São Paulo*, São Paulo, 25 ago. 1992.

Dallari, por exemplo, em seu livro *O poder dos juizes*, relata um episódio em que a pretensa neutralidade dos magistrados pode ser posta em questão:

“Outra hipótese de negativa de politicidade é a tentativa dos juizes afirmarem-se neutros em relação às disputas políticas que se travam na sociedade, parecendo, aos que assim procedem, que o simples fato de admitir uma preferência política já é uma traição ao seu dever de imparcialidade. E, no entanto, os juizes são inevitavelmente políticos. Na realidade, todos os juizes são eleitores, fazem opções políticas no momento de votar e, como já foi dito, é natural que prefiram que seus candidatos sejam vencedores.

Alguns juizes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores não conseguem esconder sua preferência eleitoral e, às vezes, deixem entrever essa preferência até mesmo em decisões judiciais. Assim aconteceu em São Paulo no ano de 1991. O Procurador-geral da Justiça apresentou denúncia contra a Prefeita Municipal, em março desse ano, alegando a prática de ato que configuraria ilícito penal. O processo foi distribuído a um desembargador, que durante meses não proferiu despacho que lhe competia. O que lhe cabia fazer era rejeitar desde logo a denúncia por falta de fundamento legal ou, ao contrário disso, encaminhar o processo ao colegiado competente, propondo a aceitação da denúncia.

Alguns meses depois, às vésperas das eleições para a escolha do sucessor da Prefeita, o desembargador proferiu um despacho, exorbitando de sua competência e acolhendo a denúncia, o que só poderia ter sido feito pelo colegiado. Além de acolher a denúncia irregularmente, aquele desembargador, que pouco depois seria eleito presidente do Tribunal de Justiça do Estado, imediatamente distribuiu cópia de seu despacho a um dos candidatos à Prefeitura, o qual, como era previsível, utilizou-o amplamente em sua propaganda eleitoral. Isso tudo enquanto, conforme registro informatizado, os autos do processo encontravam-se em mãos do desembargador, só tendo ocorrido a devolução ao cartório depois da utilização político-eleitoral.

Esse fato foi imediatamente denunciado ao então presidente do Tribunal, que considerou inútil qualquer iniciativa visando a apuração dos fatos, pois tratava-se de um desembargador e, com toda a probabilidade, não

chegaria a resultado prático qualquer tentativa de apurar responsabilidades...”⁵⁴

Lembremos ainda que Kelsen, ao sustentar uma metodologia objetiva⁵⁵ consagrou categorias formais e entes abstratos para dar sustentação à Teoria do Ordenamento Jurídico. Exemplo clássico é a categoria **sujeito de direito** (ente capaz de exercer direitos e contrair obrigações, independentemente de ser pessoa jurídica ou física). A crítica que Faria faz a Kelsen é que o Direito não pode ser criado e pensado somente em termos lógicos e que a metodologia kelseniana postula a homogeneização, pois coloca num mesmo plano órgãos estatais, empresas multinacionais e cidadãos.

Tentando reconstruir o argumento kelseniano para depois rebatê-lo Faria analisa:

“Para a consecução desse processo de intermediação formalizadora das relações sociais, sempre na perspectiva de forçar a atomização, a dispersão e a banalização dos conflitos de interesses, são necessárias categorias abstratas capazes de permitir à dogmática situar-se de maneira distanciada - e ‘despolitizada’ - dos antagonismos reais. Graças a esse engenhoso processo de abstração generalizante, torna-se possível reduzir-se à unidade do sistema jurídico toda a multiplicidade e heterogeneidade de experiências, objetos e sujeitos (com sua própria individualidade específica), mediante a seleção de suas qualidades e de seus traços comuns. Mas qual é o critério dessa seleção? Pode ele ser fundamentado e demonstrado em termos lógicos, ou pelo contrário, dependerá ele de um juízo de valor determinado por um ponto de vista previamente fixado e historicamente condicionado pelo tipo de base econômica que caracteriza uma dada formação social?

...Mas especialmente nas sociedades do Terceiro

⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 86-87.

⁵⁵ A preocupação de Kelsen, ao elaborar sua Teoria Pura do Direito, era prever quais os sujeitos ou os objetos que estariam sob a égide do ordenamento jurídico.

Mundo, até que ponto o Direito, enquanto mecanismo regulador *ad extra* a partir de critérios exclusivamente lógico-formais, também não pressupõe uma regulamentação *ad intra* de natureza política, em virtude da correlação de forças e interesses sociais vigentes que se manifesta não só no controle do ato da aplicação das normas, porém, igualmente, nos modos e nas formas de produção.⁵⁶

O apontamento é interessante à medida em que o autor relaciona a adoção do patrimônio teórico kelseniano a uma opção política decorrente de uma herança histórica que não esteve comprometida com a maioria da população brasileira. Partindo deste ponto de vista o modelo teórico adotado no Brasil buscou dar cientificidade e racionalidade ao ordenamento, para desta maneira, mascarar uma opção política.

Por outro lado, juristas como Tércio Ferraz⁵⁷, adeptos da concepção normativista, argumentam que a neutralidade é condição necessária à separação de poderes e que o Judiciário tem que ser imparcial e neutro no Estado de Direito. Em decorrência desses discursos hegemônicos nas Faculdades de Direito a metodologia kelseniana é reposta e acaba não permitindo que os operadores do Direito estabeleçam relações entre o ordenamento jurídico vigente e o uso político que se faz dele. Tais agentes especializados tendem a adotar uma visão acrítica desse ordenamento, de modo a acolher sem reserva os princípios juspositivistas: da certeza do Direito (a defesa da elaboração de Códigos para as diversas áreas jurídicas), do princípio da autoridade da lei (a lei como fonte exclusiva de qualificação jurídica) e do princípio da segurança jurídica (o juiz como um mero aplicador da norma jurídica) e conseqüentemente, acabam sustentando o próprio conceito de Direito kelseniano.

⁵⁶ FARIA, José Eduardo. Op. cit. p. 101. (destaque nosso)

⁵⁷ Ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, Dossiê Judiciário, n. 21, 1994.

Assim, a preocupação com a forma adquire tal proporção no modelo jurídico brasileiro que a sofisticação dos procedimentos judiciais determina uma demora absurda na resolução das demandas judiciais. Deste modo, o acesso ao Judiciário fica praticamente inacessível⁵⁸ para a maioria da população brasileira, tendo em vista o alto custo operacional do Judiciário e do processo judicial. E como expõe Dallari:

“O sistema processual brasileiro, fixado exclusivamente por leis federais e uniforme para todo o país, por exigência da Constituição da República, tem grande influência na organização e no funcionamento do Poder Judiciário. Um dos princípios em que se baseia o sistema processual é o da garantia do direito de defesa, que implica, entre outras coisas, a possibilidade do contraditório sempre que houver litígio, para que não sejam consideradas apenas razões de uma das partes interessadas. A garantia da plenitude do direito de defesa é hoje reconhecida como um direito humano fundamental e característica necessária de uma ordem jurídica democrática.

Entretanto, a partir desse princípio salutar tem havido muitos exageros, que, em certos casos, comprometem o próprio direito de defesa, pois quando é dada a possibilidade de questionar várias vezes os mesmos pontos e quando esse questionamento pode referir-se a pormenores formais, a discussão sobre os direitos sempre acaba sendo prejudicada. E, como é óbvio, a complicação, a delonga, o uso de subterfúgios e manobras protelatórias, tudo isso favorece quem tem mais recursos econômicos e pode contratar os melhores advogados, gastar mais dinheiro com produção de provas e suportar por mais tempo uma demanda judicial.”⁵⁹

Além do excesso de formalismo existe um outro fator a considerar que é a formação do profissional do Direito no Brasil que, sob a ótica de Faria⁶⁰, é

⁵⁸ Mostraremos no Capítulo III, p. 76, como a sofisticação dos procedimentos judiciais esteve ligada ao controle de constitucionalidade adotado.

⁵⁹ Ver texto de DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 100.

⁶⁰ FARIA, J. Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1987.

insatisfatória, pois passa ao estudante a idéia do manejo de um instrumental altamente racional e impessoal, no qual as distorções podem ser sanadas pelos parâmetros coercitivos contemplados no ordenamento jurídico. Deste modo, não existe no ensino jurídico do país uma séria preocupação com os mecanismos de efetividade jurídica, nem com a análise crítica do Direito vigente. Faria expõe ainda o problema do despreparo dos operadores do Direito (juizes, promotores, procuradores, advogados) e da ineficiência da maioria dos cursos jurídicos ministrados no país:

“Ao tentar forjar uma mentalidade estritamente legalista em flagrante contradição com uma realidade não-legalista, os cursos jurídicos condenam os estudantes a uma (in)formação burocrática e subserviente, incapaz de perceber e captar as razões dos conflitos e das tensões sociais.

...Ao consolidar um conhecimento tendo em vista objetivos práticos e imediatos, esse tipo de ensino conduz a uma saturação ideológica na reflexão sobre o Direito, a um fechamento na possibilidade de discussões epistemológicas e a impedimentos para a mudança da própria problemática jurídica.”⁶¹

As considerações de Faria trazem à discussão perguntas, como: qual deve ser o papel do Direito no Estado Brasileiro? Deve ser um mecanismo capaz de perceber a realidade brasileira desigual e historicamente excludente, ou, ao contrário, deve ser formal, hipotético-dedutivo e esvaziado de conteúdo histórico? Se o Direito é um produto da história (como enunciavam os adeptos da escola histórica alemã, vide 1.1- Escola histórica na Alemanha: críticas ao Direito natural, p. 8), como pôde cristalizar-se numa estrutura lógico-formal?⁶² Os juspositivistas criticaram os jusnaturalistas nos séculos XVIII e XIX por estes postularem uma imutabilidade do Direito natural e por não perceberem a dinâmica

⁶¹ As Faculdades de Direito no país seguem a metodologia da Escola da Exegese (vide item sobre o Código de Napoleão).

da vida social. No entanto, os juspositivistas, principalmente Kelsen, buscando um purismo no Direito, não perceberam que ao desvincularem o mundo jurídico do mundo da ética, acabaram esvaziando o conceito de Direito, possibilitando que o mesmo fosse criado a partir de uma validade formal vinculada à reprodução da pobreza e da desigualdade social.

Ao trabalhar com institutos jurídicos elevadamente abstratos, os magistrados têm problemas políticos e jurídicos sérios, dos quais são exemplos: o direito de propriedade e o uso social da terra. Como o juiz deve proceder nestes casos? Deve aplicar o direito de propriedade em detrimento do direito de uso social da terra? Que dispositivo legal escolher já que ambos são direitos constitucionais? Que solução os juízes devem tomar diante do desacato das decisões judiciais nesses casos? Ao reivindicar à posse social da terra, um direito coletivo da função social da terra, os posseiros estariam atuando na marginalidade do Direito? O ordenamento jurídico vigente não contempla de forma eficiente a regulamentação de litígios coletivos como esses. As disposições legais tornaram-se ineficazes para esses casos, pois o ordenamento não comporta uma revogação social, ou seja, uma refutação da sociedade ao Direito vigente.

O despreparo dos profissionais do Direito agrava-se mais quando os operadores do Direito deparam-se com uma explosão de conflitos coletivos⁶³ que

⁶² Esse tipo de discussão deveria estar presente nos cursos jurídicos do país, no entanto, não está.

⁶³ FARIA, J.E. *Direito e justiça; função social do judiciário*, p.108:

“Veja-se por exemplo, o que vem ocorrendo com as disposições legais que regulam as greves no Brasil. Cansados de verem descumpridas as sentenças baseadas nessas disposições, os próprios juízes reconhecem e chamam de ‘revogação sociológica da lei de greve’, terminando por confessar sua impotência. O seguinte depoimento, extraído de uma sentença do Tribunal Regional do Trabalho da 11a. Região, ilustra o problema; apesar da decretação da ilegalidade das greves, ‘as negociações continuam e as partes terminam entrando em uma composição, estimuladas pelo próprio governo, o qual demonstra indiferença diante do fracasso do próprio instrumental que coloca legalmente à disposição dos patrões e empregados para a composição de seus interesses. Nesse panorama, a situação do Judiciário Trabalhista é singular. Premido pela lei de greve, que de uma forma geral

batem à porta do Judiciário, conflitos nos quais as questões políticas são recorrentes como o direito de moradia e a responsabilidade do Estado em diminuir as desigualdades sociais existentes. O Brasil adotou um ordenamento jurídico que se baseia na atomização de conflitos e na individualização da aplicação da lei, em decorrência disso os tribunais vêm sendo obrigados a assumir tarefas com dimensões ignoradas pela tradição juspositivista adotada, ou seja, esses tribunais encontram-se despreparados para esses conflitos e são obrigados a abandonar gradativamente a estrutura formal atomizante sob pena de sofrerem um processo de esvaziamento de poder ainda maior.

A desembargadora do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Shelma Lombardi, percebendo esses problemas sustenta que:

"...através da dialética, eminentemente crítica, o juiz deve colocar-se dentro da realidade social e identificar as forças que produzem o Direito para estabelecer a relação entre esse Direito e a sociedade. Nessa postura o juiz pode e deve questionar a própria legitimidade da norma para adequá-la à realidade social."⁶⁴

[...] impede a juridicidade do instituto quando proclama a ilegalidade do movimento paredista e o movimento continua, (a Justiça do Trabalho) assiste impotente, o descumprimento de uma decisão sua. Por outro lado, porque não adentrou no mérito dos problemas, tendo ficado ao largo, sente a frustração da impossibilidade de cumprimento da missão constitucional que lhe é outorgada, qual seja: dirimir os litígios emergentes nas relações de trabalho. Chega-se, então, à melancólica conclusão de que a proclamação da ilegalidade da greve não deu em nada, em termos de contribuição para o apaziguamento da denominada questão social brasileira. Pelo contrário, elimina o Judiciário Trabalhista especializado da análise do mérito motivador da eclosão do movimento e, ratifica mais uma vez, a falência da Lei de Greve." (destaque nosso). Cf. TRT n. DC 2/86, 25 de mar. 1986. Ver também BASTOS, Aurélio Wander Chaves. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Tijuca, 1975.

⁶⁴ KATO, Shelma Lombardi de. O advogado e o compromisso político da libertação. In: *Revista dos Tribunais*, 589, nov.1984.

Por outro lado, críticos como Falcão⁶⁵ combatem e denunciam o reducionismo que a concepção kelseniana faz do conceito de Direito, pois sob esse prisma, o juiz atuaria de modo a conservar e transmitir as leis vigentes; o Judiciário dispensaria qualquer poder criativo e a sua independência seria uma mera ficção visto que suas decisões escreveriam-se num quadro de previsibilidade. Enfim, o jurista seria o guardião do ordenamento jurídico tido como apolítico, completo e sem contradições.

Cada vez mais sustenta-se a questão segundo a qual o Direito⁶⁶ deve estar comprometido com a Ética e abarcar valores éticos. As idéias com base no jusnaturalismo estão recebendo grande adesão por parte dos críticos do juspositivismo, principalmente devido a gravidade dos problemas sociais e ao fato de que a legalidade foi muito utilizada para corroborar privilégios⁶⁷. Além disso, como afirma Bobbio o ressurgimento das idéias de cunho jusnaturalista decorre de uma tentativa de limitar o poder do Estado:

“O Jusnaturalismo despontou de novo depois da Segunda Guerra Mundial, como reação ao estatismo dos regimes totalitários. Em grande parte o fenômeno se verificou ainda no âmbito da cultura católica, mas também

⁶⁵ FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Democratização e serviços legais*. In: FARIA, J. E. (Org.) *Direito e justiça; função social do judiciário*. p. 145-158:

“No fundo, está em jogo o próprio conceito de Direito. Por um lado estão os que reduzem Direito à lei, donde o Direito à lei estatal, donde o Direito a Estado. De outro, estão os que colocam determinados Direitos acima do Estado. Neste caso, o jurídico é mais amplo que o legal.”

⁶⁶ Alguns juristas estão abordando esta questão como Bobbio. Ver LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1980. (p. 7-22).

“...para Bobbio, a lei positiva não é justa pelo simples fato de ser lei e resultar de uma convenção que deve ser cumprida (*pacta sunt servanda*), é que sua teoria do Direito exige uma teoria da justiça que não seja apenas formal. [...] Esse estudo teria como critério condutor o conceito de “justiça” entendido como um conjunto de valores, bens, interesses para cuja proteção e incremento os homens valem do Direito enquanto técnica de convivência”.

⁶⁷ Ver, por exemplo, o texto de PAOLI, Maria Célia. *Trabalhadores e cidadania: experiência do mundo público na história do Brasil Moderno*. *Estudos Avançados*, 3 (7), 1989.

nos ambientes protestantes alemães e em medida bastante notável no mundo laico, a idéia do Direito natural se apresentou de novo, sobretudo como dique e limite ao poder de Estado...”

Discorrendo sobre a possibilidade de consolidação do Jusnaturalismo nos dias de hoje, Bobbio aponta algumas mudanças que essa escola vêm sofrendo:

“...o Jusnaturalismo ainda pode ter um lugar na cultura político-jurídica hodierna. E, na realidade, o próprio Jusnaturalismo católico, que sempre rejeitou a variabilidade histórica do Direito natural (aliás, não excluída por S. Tomás, em quem tal Jusnaturalismo se inspira), parece atualmente inclinado a reconhecer-lhe uma dimensão histórica. Se concebido historicamente, isto é, como expressão dos ideais jurídicos e políticos sempre novos, nascidos da transformação da sociedade, e em contraste com o Direito positivo (nem sempre em condições de se adaptar a tal transformação por causa da própria estrutura dos legislativos), o Jusnaturalismo tem hoje diante de si uma função, talvez arriscada, mas que pode ser fecunda. O problema dos fins e dos limites dessa função abrange, todavia, o da relação entre o juiz e a lei e, conseqüentemente, o das relações entre o poder legislativo e o poder judiciário, na medida em que admitir que o juiz possa invocar um ‘Direito natural’, além de poder comprometer a certeza do Direito, atribui aos órgãos judiciários o poder, em resumo, de criar o Direito.”⁶⁸

Bobbio expõe que os modelos de origem romanística defrontam-se com problemas decorrentes do excesso de legalismo e de codificação nas mãos do Estado, problemas que a tradição jurídica positivista não consegue perceber em razão do seu atrelamento ao Estado, com o qual, às vezes, se confunde. Esse autor postula a introdução do patrimônio teórico jusnaturalista para pensar os limites e as deficiências dos modelos jurídicos positivistas atuais e, em última análise, os limites do poder do Estado.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*, p. 659-660.

A revisão conceitual do modelo jurídico brasileiro implica considerar os seus limites e deficiências. Com a democratização do regime político depois da década de 80, conceitos como cidadania e direitos humanos ganharam o espaço público e questões como acesso efetivo ao Judiciário, morosidade das decisões judiciais e ausência efetiva de direitos vieram à tona no plano da sociedade. E não podemos esquecer que apesar da Constituição de 1988 ter ampliado a competência do Judiciário e o seu acesso formal, o mesmo continuou atrelado aos argumentos kelsenianos de neutralidade e apoliticidade. Deste modo, criou-se um descompasso⁶⁹ entre a tradição jurídica adotada e o redimensionamento do papel do Judiciário no texto de 1988, como poderemos perceber com a análise do modelo híbrido de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Depois dessa parte eminentemente descritiva e histórica da composição dos conceitos da escola positivista do Direito, nossa preocupação será analisar em que medida o patrimônio teórico adotado no Brasil interfere ou consegue explicar os limites de ação do Judiciário e como o conceito de independência do Judiciário está construído no texto constitucional de 1988.

⁶⁹ Mostraremos que a ampliação de agentes titulares na ação direta de inconstitucionalidade no texto de 1988 propiciou que questões consideradas pelo juspositivismo como exclusivamente políticas fossem bater às portas do STF.

CAPÍTULO II

OS MODELOS DE CONTROLE DE LEIS

1 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como vimos no Capítulo I, a Teoria do Ordenamento Jurídico e a Teoria Pura do Direito de Kelsen representam bem as características da escola juspositivista, bem como trazem à tona no século XX um novo modo de pensar que tenta separar o objeto de estudo do Direito (elemento técnico-jurídico formal) do conjunto de forças políticas, econômicas e ideológicas. Esta tentativa de separar elementos jurídicos de um lado e extrajurídicos de outro acabou proporcionando a criação de um mecanismo formal de validação de dispositivos legais e de atos normativos.⁷⁰ Mecanismo que é fundamental à escola juspositivista, pois é a partir dele que se faz a demarcação entre o que está no âmbito do Direito e, portanto, pode ser considerado jurídico, e o que está fora deste âmbito e deve ser considerado extrajurídico.⁷¹

⁷⁰ No Brasil, Bastos (1938-), professor de Direito Constitucional da PUC/SP e Procurador do Estado de São Paulo, expressa essa posição juspositivista. Ver BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

“O Direito possui a particularidade de regular sua própria criação. Isso pode operar-se de forma que uma norma apenas determine o processo pelo qual outra norma é produzida. [...] uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida de uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta norma representa o fundamento imediato de validade daquela [...] A norma que regula a produção é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é norma inferior.” (p.44)

⁷¹ Assim como Bastos, Temer (1940-), professor de Direito Constitucional da PUC/SP, mas atualmente deputado federal por SP também sustenta o argumento de validação, e conseqüentemente, a demarcação do mundo jurídico nos moldes juspositivistas kelsenianos. Ver TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Editora RT, 1989:

“...é Hans Kelsen que demonstra, sob o foco jurídico, o que é a constituição. Ao fazê-lo, evidencia o que é o Direito. Ressalta a diferença entre Direito e as demais

A escola positivista jurídica, ao sustentar esse mecanismo de validação, consagrou o conceito de **Constituição formal** que pode ser entendido como um “conjunto de normas legislativas produzido por um processo mais árduo e mais solene que o ordinário”. A partir desse conceito foi estabelecido um critério hierárquico entre as diversas normas, de tal maneira que as normas constitucionais adquirissem um *status* de serem superiores às outras. Além disso, essas normas adquiriram a conotação de ditar as regras que limitam as normas infraconstitucionais (leis ordinárias, leis delegadas; medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, etc.).

“Com efeito, as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo se encontrem subordinadas. Estar juridicamente subordinada implica que uma determinada norma prevalece sobre a inferior em qualquer caso em que com ela conflite. A norma superior demanda obediência da subordinada, de tal sorte que esta lhe deverá dar sempre inteiro cumprimento sob penas de vir a ser viciada [...] Nos países que adotam Constituições formais, caracterizadas por um processo de elaboração mais dificultoso que o previsto para as leis ordinárias, assim como por um regime constitucional. Em razão deste próprio regime jurídico dá-se uma ascendência, uma superioridade, uma maior importância às regras, por ele, beneficiadas, de tal maneira que elas passam a conformar, a moldar, a jungir a seus férreos princípios toda a atividade jurídica submetida ao seu sistema.”⁷²

ciências, sejam as naturais, sejam as sociais. Enfatiza que o jurista não precisa socorrer-se da Sociologia ou da Política para sustentar a Constituição. A sua sustentação encontra-se no plano jurídico. O sociólogo, o politólogo, podem estudar a Constituição sob tais ângulos. Mas as suas preocupações serão outras (sociológicas, políticas). O cientista do Direito busca soluções no próprio sistema normativo. Daí porque buscará suporte para a Constituição num plano puramente jurídico.” (p. 20)

⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 45-46.

A partir das considerações acima podemos analisar o mecanismo de controle das leis de duas maneiras: a primeira de natureza teórico-juspositivista visa perceber se o controle de leis está sendo corretamente aplicado às legislações infraconstitucionais vigentes dentro do ordenamento jurídico, ou seja, se é capaz de evitar a existência de leis antinômicas; a segunda está no âmbito não teórico-juspositivista e visa perceber a utilização política que se faz ou que se pode fazer do mecanismo de controle de leis adotado. Assim, é no campo da Política e não do Direito que podemos perceber a possibilidade deste mecanismo ser utilizado como estratégia para corroborar ou não os planos de ação de grupos de interesses, de cidadãos e do governo. Como veremos mais adiante, o Brasil acabou adotando ao longo de sua trajetória constitucional o conceito de **Constituição formal**, segundo o qual a legislação constitucional sempre foi superior e mais solene que a legislação infraconstitucional. Tal trajetória não foi um mero acaso, mas sim fruto de uma intencionalidade política que, dentre outros fatores, acabou por enfraquecer o Poder Judiciário.

Esse capítulo objetiva descrever os modelos difuso incidental e concentrado direto de controle de constitucionalidade que influenciaram o modelo brasileiro. Como descreve Arantes:

“O controle aparece inicialmente como forma de impedir que leis e atos normativos ferissem os Direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente. Compõe, neste caso, um dos mecanismos de defesa do indivíduo e da sociedade frente aos abusos do poder público, uma das idéias básicas do liberalismo clássico. Seu desenvolvimento, entretanto, irá salientar um outro aspecto da política moderna que é o relacionamento entre os poderes do próprio Estado. Aqui, dependendo da separação de poderes e respectivas competências que se adotar, o órgão encarregado desse controle assumirá uma posição de guarda da Constituição contra possíveis extrapolações do âmbito discricionário de cada um dos poderes. As constituições contemporâneas contemplam

estes dois aspectos do conflito constitucional quando prevêem, por exemplo, questões em que a própria constituição é objeto (com frequência em torno dos direitos e garantias) e questões envolvendo poderes ou órgãos do Estado em torno de prerrogativas e atribuições. Neste último caso, o órgão encarregado do controle, além de guarda da constituição, irá transformar-se em árbitro do jogo político entre os contendores.”⁷³

O estudo do controle de constitucionalidade é necessário: primeiro para compreender até que ponto o Judiciário tinha (antes da Constituição de 1988) poderes normativos/constitucionais para desempenhar as funções de controlar abusos de poder e de manter o Estado de Direito; e segundo para aferir se os limites de ação do Judiciário e de seus órgãos judicantes modificaram-se após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal estudo é relevante pois a Constituição Federal desempenha um papel significativo já que é com base nas normas constitucionais que a competência de cada esfera de poder é prevista. As normas constitucionais acabam definindo qual Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) vai desempenhar o papel de instância de veto aos planos de ação dos outros poderes:

“...as normas constitucionais formais e os resultados eleitorais determinam o contexto em que se dá a formulação das políticas. É aí que se abre espaço para a influência dos grupos de interesse. [...] a influência política abrange a relação desses grupos com o sistema político e, portanto, não pode ser compreendida sem uma análise da receptividade das instituições às pressões políticas. [...] as reações dos políticos aos grupos de interesse não depende das origens sociais ou das fraquezas pessoais de seus representantes. Em vez disso, há certos mecanismos institucionais específicos que estruturam, o processo decisório em dado sistema político e, assim fazendo,

⁷³ ARANTES, Rogério Bastos. *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: a construção de um sistema híbrido*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, 1994. (destaque nosso)

proporcionam a esses grupos oportunidades distintas de influenciar políticas. Dependendo da lógica do processo decisório, há diferentes estratégias políticas disponíveis para esses grupos de interesse e diferentes grupos são privilegiados pelas instituições políticas de cada país.”⁷⁴

Ressalta-se porém que a incorporação de algum tipo de controle de constitucionalidade das leis dentro do ordenamento não decorre necessariamente⁷⁵ do fato de um país adotar o modelo de Constituição positivista, rígida e formal, até porque, como veremos a seguir, um dos modelos de controle que conhecemos hoje surgiu inicialmente nos EUA, país que não segue modelo juspositivista. O ordenamento brasileiro, no entanto, acabou incorporando aspectos do modelo de controle norte-americano e do modelo austríaco de inspiração Kelseniana.

Para os juspositivistas existem basicamente dois tipos de controle de constitucionalidade:

⁷⁴ IMMERGUT, Ellen M. As regras do jogo: a lógica da política da saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, fev. 1996.

⁷⁵ Existe uma certa divergência quanto a este assunto, autores como Castro Nunes, *Teoria e prática do poder judiciário*, 1943 e Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, *A teoria das constituições rígidas*, 1934 entendem que o controle jurisdicional de constitucionalidade decorreu das constituições rígidas, no entanto, Lúcio Bittencourt em seu livro *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio: Forense, 1968; entende que não:

“O controle jurisdicional da validade da leis em face da constituição costuma ser apontado como decorrência necessária dos sistemas de constituição rígida. Essa afirmação, porém, não encontra eco na realidade, porque em vários países, particularmente na Europa continental, que possuíam Constituições classificadas como pertencentes àquele grupo, não se reconhece ao Poder Judiciário tal faculdade. [...] Uma constituição escrita, rígida ou formal, não tem como inelutável, àquele sistema, podendo preferir qualquer dos outros. Assim por exemplo, antes da primeira guerra mundial, as Constituições escritas, classificadas como rígidas, em vigor de quase todos os países da Europa continental - inclusive a França - não outorgavam ao poder Judiciário a faculdade de examinar a constitucionalidade das decisões do Parlamento ...” (p. 9)

Quadro I - Tipos de mecanismos de controle de leis

TIPOS	NATUREZA DO CONTROLE	COMPETÊNCIA
PREVENTIVO 1) consultivo; 2) vinculante	Política - incide sobre o processo elaborativo das normas.	- regra geral, esse controle é exercido pelo Legislativo; - às vezes, esse modelo contempla a co-participação do Executivo.
REPRESSIVO: 1) difuso; 2) concentrado; 3) misto.	Técnico-jurídica - incide sobre a norma vigente.	- esse controle é exercido pelo Judiciário.

1.1 - O Modelo de Controle Preventivo

O controle preventivo visa impedir a introdução de projetos de leis que sejam considerados inconstitucionais. A competência desse tipo de controle é atribuída ao Legislativo, bem como pode ser atribuída a um órgão político especial⁷⁶ ou, às vezes, pode contemplar a possibilidade de co-participação do Executivo.⁷⁷ É importante ressaltar que não são todos os dispositivos normativos que estão sujeitos a esse tipo de controle.⁷⁸

⁷⁶ Como é o caso da França em que o controle de leis é exercido pelo *Conseil Constitutionnel*. Esse Conselho é composto por ex-Presidentes da República e mais nove membros, sendo que três são nomeados pelo Presidente da República, três são nomeados pelo Presidente da Assembleia Nacional e três nomeados pelo Presidente do Senado. Mauro Cappelletti, em sua obra, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984. (p. 26-28) tece várias críticas ao modelo francês, sendo que, as principais, referem-se ao fato desse Conselho possuir uma competência restritiva, pois não é atribuído ao mesmo a competência de apreciar a matéria emanada pelo governo, através de decretos com força de lei. Esse modelo restringi-se ao processo elaborativo das normas, não podendo apreciar nenhuma norma após a sua promulgação.

⁷⁷ O Direito brasileiro contempla o controle preventivo em dois momentos: o primeiro, no artigo 58 da CF/88 quando prescreve a possibilidade da criação das Comissões permanentes (estas, por sua vez, podem emitir pareceres sobre os projetos de lei em tramitação) e o segundo, no artigo 66, § 1º. da CF/88, quando faculta ao presidente da República a possibilidade de vetar os projetos em tramitação.

⁷⁸ A Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, não contempla a possibilidade de exercer algum tipo de controle preventivo nos casos das medidas provisórias, das resoluções dos Tribunais e dos decretos.

Quadro II - Tipos de controle preventivo

CONTROLE PREVENTIVO DAS LEIS - ocorre durante a elaboração e promulgação da norma jurídica, por isso, é denominado de controle político das leis. Geralmente é previsto sob a forma:

1) **Consultiva** - esse controle decorre da emissão de pareceres técnicos. Esse mecanismo, na maioria das vezes, não é dotado de força vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais. Os responsáveis por esse controle exercem uma função meramente consultiva;

2) **Vinculante** - esse controle produz um efeito vinculante e obrigatório. Essa forma não é muito utilizada por países de tradição juspositivista, mas o exemplo clássico que o utiliza é a França.

O mecanismo de controle francês é bastante peculiar, pois baseia-se na votação secreta dos membros do Conselho Constitucional, modelo que não contempla o princípio do contraditório ou a ampla defesa (geralmente os debates são orais, podendo ocorrer a apresentação de memoriais escritos por parte dos eventuais interessados). Cappelletti, ao estudar o modelo francês, observou que a adoção dessa forma preventiva foi uma maneira de evitar que o controle de leis fosse atribuído ao Judiciário. No seu entender existiam razões históricas e ideológicas para tal procedimento:

“...Razões históricas sobretudo, ou seja, a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses, muito freqüentemente, perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra tendências absolutistas da monarquia, mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso. Para explicar os motivos disto bastará recordar que o ofício judiciário fora considerado pelos juízes franceses do *ancien régime* e, em particular, pelos *Parlementaires*, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores que eram os *Parlements*, como um *‘droit de propriété, un droit patrimonial’*, possuído por eles *‘au même titre que leurs maisons et leurs terres’*, pelo que, como para os bens patrimoniais privados, *‘ils les achetaient, les vendaient, les transmettaient par héritage, les louaient quand ils voulaient les conserver à des mineurs’*, desfrutavam dele, sobretudo, o mais possível - à custa, bem se entenda, das partes litigantes - do mesmo modo que um proprietário que sabe desfrutar do seu próprio poder... As razões históricas da solução tradicionalmente adotada na

França acrescentam-se às razões ideológicas, de resto, estreitamente ligadas às primeiras. Basta pensar em Montesquieu e na doutrina da separação dos poderes, doutrina que, em sua mais rígida formulação, foi, não erradamente, considerada absolutamente incompatível com toda a possibilidade de interferência dos juizes na esfera do poder Legislativo, visto, além disto - especialmente por força dos desenvolvimentos rousseauianos daquela doutrina - como a direta manifestação da soberania popular. Daí, aquela 'hostilidade que na França [...] sempre se nutriu contra a idéia de que os atos dos órgãos superiores, e sobretudo das Assembléias parlamentares, representativas da soberania nacional, fossem submetidas a controle' por parte dos juizes." ⁷⁹

1.2 - Controle Jurisdicional Repressivo

No Brasil o tipo de controle que mais se destaca é o repressivo. Esse mecanismo visa incidir sobre dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico e sua competência é atribuída exclusivamente ao Judiciário. Existem diferentes tipos de classificações, mas será abordada a classificação mais adotada pelos juspositivistas, bem como serão explicitados os modelos que mais exerceram influência no Direito brasileiro: o modelo difuso incidental norte-americano e o modelo concentrado direto austríaco. A classificação abaixo é utilizada para distinguir os tipos de controle de leis.

Quadro III - Classificação quanto à competência dos órgãos judicantes

DIFUSA	- qualquer juízo ou instância é competente para apreciar o argumento da inconstitucionalidade .
CONCENTRADA	- geralmente o controle é atribuído a um órgão, ou a uma combinação de órgãos. Trata-se de atribuir a esses órgãos uma competência especial.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p 95-97. Ressalta-se aqui que foram omitidas nas transcrições as citações bibliográficas indicadas pelo autor. Cappelletti atualmente é professor da Universidade de Stanford e Chefe de Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália).

A forma difusa de controle surgiu inicialmente nos EUA em 1803 com o juiz Marshall. Já a forma concentrada foi prevista na Constituição austríaca de 1920 com base no projeto elaborado por Hans Kelsen. Outra classificação usada pelos juristas é quanto a via de controle utilizada.

Quadro IV - Classificação quanto a via de controle

INCIDENTAL	- a apreciação da inconstitucionalidade dá-se no curso do processo judicial, a declaração de inconstitucionalidade não é o objetivo principal da ação.
DIRETA	- esse mecanismo visa expulsar do ordenamento jurídico a norma que estiver em desconformidade com a Constituição. A declaração de inconstitucionalidade é objetivo principal da ação.

Muitos juristas associam o critério incidental com a via de exceção e o critério direto com a via de ação. Eles apontam que o critério incidental tem caráter de exceção visto que a parte litigante não está interessada em retirar do ordenamento jurídico a norma em desconformidade com a Constituição, mas objetiva defender interesses particulares, enquanto que o critério direto, ao contrário, emprega a via de ação para efetivar o controle de leis em abstrato. Portanto, o tipo de controle direto é desvinculado de conflitos de interesses individuais.

Quadro V - Combinações geralmente encontradas

DIFUSO/INCIDENTAL	modelo teórico criado nos EUA.
CONCENTRADO/DIRETO	modelo teórico criado por Hans Kelsen, expressa-se na Constituição austríaca.
MISTO/HÍBRIDO	modelo teórico que tenta conciliar características dos dois modelos citados acima. É o caso do Brasil

O primeiro modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade elaborado sob a égide do Estado Moderno foi o modelo norte-americano, que a

partir da jurisprudência da Suprema Corte daquele país expôs a necessidade de um controle das leis existentes. Marshall, ao sentenciar o caso **MARBURY X MADISON** (1803), enunciou com clareza a defesa de um mecanismo de controle de constitucionalidade:

“...Se os tribunais não devem perder de vista a Constituição e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Desta maneira, os que impugnaram o princípio de que a Constituição deve ser considerada, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, e, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz.”⁸⁰

A defesa do controle de leis⁸¹ norte-americano foi suscitada, primeiramente, dentro de um contexto muito mais político que jurídico se levarmos em conta a demarcação feita pelos juspositivistas, por isso é interessante resgatar alguns dados históricos que Bittencourt expôs ao descrever o surgimento desse modelo.

Bittencourt descreve que na época, Marshall⁸², que participara do governo do presidente Adams como chefe de Justiça, utilizou uma estratégia

⁸⁰ Tradução feita pelo Prof. Lúcio Bittencourt, da Faculdade de Direito da USP. Ver *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 1968. p. 13-14.

⁸¹ Estamos-nos referindo a um mecanismo de controle de leis com características peculiares e que foram consolidadas com o advento do Estado Moderno.

⁸² BITTENCOURT, A C. Lúcio. Op. cit., p.17. O autor explicita que houve um envolvimento direto do juiz Marshall no caso em julgamento:

“Marshall, que além de *Chief Justice* era *Secretary of State* do presidente Adams,

interessante para lançar a idéia do controle de constitucionalidade num caso em que o presidente Jefferson tinha um interesse especial. Aliás, o caso abarcava uma grande disputa política. A decisão de Marshall fundamentou-se no postulado de que a Constituição deveria prevalecer sobre qualquer outro dispositivo normativo e, como a decisão foi ao encontro da expectativa do Poder Executivo da época, Marshall conseguiu adesão à idéia de implantar um mecanismo de controle de constitucionalidade. Uma grande jogada política desse juiz que aparentemente decidiu contrariamente às decisões tomadas no governo de Adams, governo que ele participara. No entanto, com a consolidação desse controle, Marshall conseguiu que a Suprema Corte adquirisse o papel de uma verdadeira instância de veto aos planos de ação do Congresso e do Executivo. Isto porque, a Constituição Federal norte-americana não sendo de origem legalista/juspositivista, estruturou-se de uma forma bastante genérica e o mecanismo de controle de constitucionalidade estava intimamente ligado à interpretação dos magistrados que compunham a Suprema Corte. Marshall sendo um desses magistrados exerceu uma acentuada influência política sobre os outros. Não é à toa que um certo período da história norte-americana foi denominado de governo dos juízes.

A defesa do controle de constitucionalidade recebeu algumas críticas antes de consolidar-se como um grande modelo teórico. Bittencourt descreve três episódios em que a tese foi posta em questão em períodos diferentes. Um dos quais o próprio Marshall procurou negociá-la em troca de maiores prerrogativas para a função judicante, gravemente ameaçada em “face do

colaborou diretamente com este no seu “testamento”, auxiliando-o no preparo do grande número de nomeações feitas no último dia de seu governo. Marshall, porém, substituído por Madison, não teve tempo de fazer chegar às mãos de todos os interessados os atos de comissionamento ou nomeação, razão porque foram os mesmos sustados por ordem de Jefferson. Entre os prejudicados, figurava Marbury, nomeado juiz de paz, que impetrou um *writ of mandamus* para compelir Madison a empossá-lo. Marshall não só tomou parte no julgamento, mas também, liderou a opinião de seus pares. “*Today - diz Robert Jackson - it would involve an ethical standard which would forbid Marshall to sit in a case founded on acts and omissions to which he had been a party.*”

impeachment intentado contra o juiz Samuel Chase, cujo partidatismo explícito provocara grande reação”, mas como o impeachment foi rejeitado, Marshall não abordou mais o assunto. Houve, no segundo episódio, a tentativa de delimitar os efeitos das decisões proferidas pela Suprema Corte no julgamento do caso *McCULLOCH X MARYLAND*, que tratava da questão da reorganização do Banco dos Estados Unidos. O Presidente da República Jackson postulava que as decisões da Suprema Corte fossem eminentemente opinativas e não vinculantes:

“...a opinião dos juízes - disse Jackson - não tem maior autoridade sobre o Congresso do que este possui sobre àqueles e, nesse particular, o Presidente é independente de ambos. Não se pode, por consequência, permitir à Corte Suprema exercer autoridade sobre o Congresso ou o Executivo quando estes agem em sua capacidade legislativa, limitando-se os juízes à influência que seu raciocínio possa merecer.”

O terceiro episódio teve o presidente Lincoln combatendo a supremacia da Suprema Corte, indignado quanto à decisão proferida no caso em que se negou a emancipação do escravo Dred Scott, pois a Corte julgou inconstitucional o *Missouri Compromise*. Em decorrência disso, Lincoln iniciou um plano de ação que expressava claramente a recusa à obediência às decisões da Suprema Corte. Aliás, em um de seus discursos ele enunciou:

“o cândido cidadão deve confessar que se, a política do governo, em questões vitais que afetam o povo inteiro, puder ficar na dependência de decisões irrevogáveis da Corte Suprema, convertendo-se tais questões em litígios ordinários entre as partes, o povo terá deixado de ser seu próprio senhor, abdicando praticamente do exercício de governo em favor daquele eminente tribunal...”⁸³

Esses exemplos mostram que a introdução do controle de constitucionalidade foi polêmica e decorrente de uma jogada política, pois a

partir de então a Suprema Corte adquiriu um poder político significativo, tornando-se uma verdadeira instância de veto aos planos de ação principalmente do Executivo⁸⁴. Esse período conhecido como **governo dos juizes** contempla uma grande liberdade de ação dos magistrados norte-americanos.

Houve outras polêmicas quanto aos limites de ação da Suprema Corte, especialmente no que se refere à apreciação dos casos de inconstitucionalidade de atos decorrentes do Congresso. Muitas críticas foram dirigidas à tese de Marshall por entenderem que havia ali uma usurpação de poder. Alegavam que não havia textualmente na Constituição norte-americana uma autorização à Corte Suprema para exercer tal controle; além disso não havia nenhum precedente jurídico que autorizasse e legitimasse essa tese. Os críticos do controle argumentavam que ao decidir sobre atos diretos do Congresso, o Judiciário colocava-se em posição de supremacia sobre os demais poderes, pois dava o veredicto final⁸⁵ que ficava inteiramente livre de controle dos demais poderes.

⁸³ *Apud* BITTENCOURT, A C Lúcio, op. cit. p. 14-17.

⁸⁴ É necessário ressaltar que enquanto nos EUA houve uma ampliação de poderes à Suprema Corte com a adoção do modelo difuso incidental, no Brasil isso não aconteceu ao STF em razão da tradição juspositivista adotada (vide Capítulo III).

⁸⁵ O modelo jurídico norte-americano é bem diferente de um modelo eminentemente juspositivista e contempla uma certa **fusão** de precedentes jurídicos com uma parte codificada. Na maioria das vezes, existe na parte codificada uma descentralização de competência (que é em sua maior parte regionalista - legislações estaduais), mas a viga-mestra desse modelo segue a tradição jurídica de precedentes jurídicos e por consequência, o juiz não está adstrito somente à lei, mas principalmente, está vinculado aos casos que já foram julgados pela Corte Judiciária da qual o juiz faz parte. Assim, os limites de ação dos magistrados norte-americanos, teoricamente, são mais alargados que os do modelo juspositivista. No entanto, para diminuir os poderes desses magistrados foi adotado nos EUA a possibilidade somente do controle indireto das leis; os juizes norte-americanos só podem apreciar o argumento da inconstitucionalidade em casos concretos, ou seja, em ações individuais e não podem retirar o dispositivo legal considerado inconstitucional do mundo jurídico.

Respondendo às críticas quanto a suposta supremacia da Suprema Corte o juiz Day, no caso **MUSKRAT X UNITED STATES** respondeu:

“O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O Direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu Direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os Direitos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial da validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos.”⁸⁶

As críticas políticas mais veementes à tese de Marshall condenavam o mecanismo de controle a uma **doutrina antidemocrática**, pois os juízes tinham estabilidade no cargo e estavam imunes aos apelos populares:

“Argüi-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição a eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular.”

Os juristas filiados à tese de Marshall responderam a essas críticas. Alegaram que o que assegura uma democracia não é só a intervenção popular

⁸⁶ MUSKRAT v. UNITED STATES, 219, U. S. 361 *apud* BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 23-24.

no processo elaborativo de leis, através de representantes devidamente eleitos, mas é também a segurança de que os direitos fundamentais da pessoa humana sejam respeitados. E que essa segurança só estaria garantida se fosse delegada ao Judiciário o poder de exercer o mecanismo de controle de constitucionalidade, pois caso o contrário, a Constituição poderia ser o tempo todo violada.

O que está por trás de toda essa discussão é, em certa medida, uma tentativa de delimitar o campo de ação do Judiciário. A discussão é extremamente pertinente já que traz para a análise não só os limites de ação dos órgãos judicantes, mas também a discussão teórica do papel do Judiciário no Estado Moderno. Os juízes devem ater-se a uma função meramente declarativa das leis e dos precedentes jurídicos? Será que o Judiciário pode ser encarado como um órgão de menor responsabilidade perante o povo ou seus representantes somente por não ter seus membros eleitos pelo voto direto? Ou, ao contrário, os juízes podem ter poder normativo de criar leis em alguns casos? Essa discussão perpassa todo o século XIX, chega até os dias de hoje e ainda não está solucionada. É evidente que conforme o modelo teórico-político adotado em cada país teremos delimitações às funções judicantes. Por isso é vital entendermos como se ergueu o mecanismo de controle de constitucionalidade no Brasil.

A constituição brasileira de 1988 consagrou um modelo de controle de leis bastante diferente, pois conciliou características do modelo norte-americano às características do modelo austríaco, ou melhor, às características defendidas pelo jurista Hans Kelsen. Torna-se necessário agora, explanar os dois modelos para que possamos perceber a diferença entre ambos e os problemas decorrentes da combinação desses dois modelos no Brasil.

1.2.1 - O modelo difuso incidental dos EUA

É importante percebermos que existem algumas peculiaridades no modelo difuso incidental, decorrentes da tradição jurídica anglo-saxônica. Primeiramente, esse modelo difere do francês pois baseia-se:

“...nos *checks and balances* (teoria do freio e contrapeso), inspirada não na ideologia da nítida separação, mas no recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado. Pelo que, à luz desta concepção, se explica perfeitamente, por um lado, como o Judiciário possa controlar na América a legitimidade constitucional das leis e também dos atos administrativos e por outro lado, como os poderes Legislativo e Executivo podem, intervir, por sua vez, no momento da escolha e nomeação dos juízes da Suprema Corte.”⁸⁷

A idéia do controle de constitucionalidade rompeu, de certa forma, com o pilar de sustentação da tradição jurídica anglo-saxônica dominante nos EUA⁸⁸, ao estabelecer uma mudança no princípio de hierarquia das fontes do Direito com a supremacia de um dispositivo legal, no caso a Constituição, sobre todos os precedentes jurídicos existentes.

A tese de Marshall não foi adotada apenas em razão de um cálculo político, mas também em função da necessidade de resolver alguns problemas no plano jurídico. O federalismo norte-americano propiciou uma certa codificação regionalista dos Estados-federados o que ocasionou a demarcação de diferentes esferas de competência legislativa e de diferentes monopólios de aplicação do Direito (competência jurisdicional). A tradição jurídica de precedentes não poderia dar conta sozinha de resolver eficientemente as ações

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 98.

⁸⁸ Em que a fonte de qualificação do Direito não decorre exclusivamente da lei mas de casos semelhantes decididos pelo tribunal.

decorrentes de conflitos entre Estados-federados e de questões de âmbito federal, pois nenhum critério técnico-jurídico era capaz de indicar qual o precedente jurídico que deveria ser adotado em tais casos. Com a tese de Marshall foi atribuída à Suprema Corte o papel de uma arbitragem política face aos conflitos interestaduais, consolidando-se assim o papel da Suprema Corte enquanto cúpula da organização judiciária norte-americana no âmbito federal.

É bom que se diga que a tradição de precedentes jurídicos não se extinguiu face ao mecanismo de controle de constitucionalidade adotado. Pelo contrário, houve uma adaptação do mecanismo de controle a essa tradição jurídica. Nessa tradição o juiz só concede a tutela jurisdicional se for provocado, ou seja, as interpretações jurídicas só se dão no âmbito de casos concretos que solicitarem ao tribunal uma decisão judicial. Assim, nesse modelo não se faz, via de regra, interpretações jurídicas de dispositivos legais em abstrato, dissociados de casos concretos; por conseguinte, o efeito das decisões proferidas só atingem as partes envolvidas no caso concreto. Em razão disso, as questões pertinentes ao controle de constitucionalidade só vão aparecer no interior desses casos concretos. Mas como se estruturou o modelo de controle de leis norte-americano face a essa peculiaridade?

Por ter recebido influência da tradição jurídica de precedentes jurídicos o sistema jurídico norte-americano contemplou a defesa de dois grandes princípios: o *stare decisis* (o de fixar decisão no tribunal) e o da força vinculante da jurisprudência:

“... o princípio ‘stare decisis’ obriga que um mesmo tribunal mantenha ao longo do tempo a mesma interpretação das leis para casos semelhantes e a força vinculante da jurisprudência significa que decisões dos tribunais superiores devem ser seguidas pelos juízes inferiores.”⁸⁹

⁸⁹ ARANTES, Rogério Bastos. *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: a construção de um sistema híbrido*, p. 28.

Estes dois princípios norteiam o modelo norte-americano. O primeiro postula a obediência aos precedentes jurídicos e o segundo institui uma hierarquia na forma de organização judiciária e conseqüentemente, uma subordinação aos tribunais superiores. Por isso, o mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser usado por qualquer tribunal, por qualquer juiz singular. Daí esse mecanismo de controle ser conhecido como **difuso**. Entretanto, as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos tribunais considerados inferiores estarão sempre subordinadas às decisões proferidas pelos tribunais superiores. E como a Suprema Corte Americana é a cúpula da organização judiciária suas decisões são vinculantes e servem de diretrizes para as decisões dos outros tribunais.

O efeito vinculante buscou conferir homogeneidade às decisões jurídicas principalmente às decisões sobre questões de interesse público e de âmbito federal. Além disso, como no sistema jurídico norte-americano há a convivência do modelo codificado regionalista (as legislações estaduais) com a tradição jurídica de precedentes, o princípio da força vinculante foi uma das formas encontradas de evitar a emergência de antinomias naquele sistema jurídico.

O modelo norte-americano não é eminentemente legalista/formalista e isso se expressa muito bem no mecanismo de controle de constitucionalidade que é aberto se comparado a outros mecanismos. Ele não retira nenhum dispositivo normativo da esfera do âmbito jurídico, mas concede ineficácia temporária ao dispositivo legal considerado inconstitucional. Ou seja, o dispositivo legal não é expulso do mundo jurídico mas perde temporariamente a obrigatoriedade de ser aplicado nos casos concretos. É como se ocorresse um processo de cristalização daquele dispositivo legal que temporariamente estaria inerte, mas podendo ser ressuscitado em outro momento.

Além disso, a Constituição norte-americana, por ser bastante genérica, possibilitou que o mecanismo de controle de constitucionalidade conferisse um grande poder político aos membros da Suprema Corte. As interpretações jurídicas desses magistrados repercutiam em todo o sistema jurídico, tendo em vista o princípio da força vinculante, e no cenário político em razão da estrutura instituída, pois os juízes dessa Corte detiveram uma grande liberdade de ação o que acabou tornando-a uma verdadeira instância de veto aos planos de ação do Executivo. Entretanto, tal liberdade foi diminuída com a prescrição do *Judiciary Act* em 1937.

“O *Judiciary Act* de 1937 marca justamente a superação de uma fase da história da Suprema Corte conhecida como a fase do ‘governo dos juízes’. A partir da segunda metade do século XIX, herdando a posição política consolidada pela ação de John Marshall à frente do Tribunal, a Suprema Corte americana atuou livremente e com razoável desenvoltura na ‘construção da Constituição’ mediante o preenchimento de suas lacunas e adaptando-as às mudanças econômicas e sociais que se operavam nos Estados Unidos e no mundo. Neste período, que vai de meados do século XIX até a década de 30 do século XX, ‘os *justices* atingem ao fastígio de seu poder, escolhendo no vasto arsenal dos precedentes a diretriz, que lhe parecia mais justa, para os casos novos, no que, - é opinião geral - não julgavam apenas segundo a lei, mas entravam no mérito da política legislativa, como a terceira câmara do congresso’, praticando o que foi estigmatizado como o governo dos juízes, ou melhor, a oligarquia judiciária.”⁹⁰

A mudança no mecanismo de controle de leis começou na gestão do governo de Roosevelt. Após as eleições de 1933,

⁹⁰ ARANTES, Rogério Bastos. Op. cit. p.26-27. Ver ainda: BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 44-53. CORREA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

“...as primeiras medidas econômicas do novo presidente, conhecidas como *New Deal*, foram quase todas declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, à época ainda apegada aos valores que pautaram a crise econômica anterior. Em 1936, reeleito com os votos de quase todos os estados americanos, Roosevelt partiu para o ataque contra a Suprema Corte junto à opinião pública e também patrocinando projetos no Congresso que incidiam sobre a forma de nomeação de seus juizes e da sistemática de seus trabalhos. Frente à pressão, a Suprema Corte americana recuou e passou a votar favoravelmente às medidas do governo.”⁹¹

Arantes expôs em sua dissertação de Mestrado que o *Judiciary Act* visava impedir a excessiva judicialização da política ou que medidas relevantes de governo fossem obstruídas facilmente pelos órgãos judiciais. De novo, deparamos com os limites de ação dos órgãos judicantes e mais ainda, deparamos com a tentativa de delimitação segundo a qual mundo jurídico deve ser meramente declarativo e uma extensão do mundo da política.

“É nesse contexto que se inserem as mudanças efetivadas através do *Judiciary Act* de 1937 que buscaram afastar a intervenção excessiva dos juizes nos assuntos exclusivamente políticos. O período que se segue ao governo dos juizes, irá caracterizar-se pela substituição do ‘ativismo judicial’ por uma postura mais flexível⁹² em relação aos objetivos de governo, que perdura até os dias de hoje.”⁹³

⁹¹ Ibidem. p. 27. (destaque nosso)

⁹² Mais flexível ou mais submissa? No Brasil, esse tipo de discussão está muito presente, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Judiciário na Constituição de 1988*; Judicialização da Política ou politização da justiça In: Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, n. 1, 1994. (p.21-42). Ver também QUEIROZ, Cristina. *Judicialização da política ou politização da Justiça* In: *Actos Políticos no Estado de Direito*. (p. 205-219).

⁹³ ARANTES, R. B. Op. cit. p. 27-28.

Com base nos argumentos expostos acima, podemos identificar no Brasil dois tipos de discursos que tentam demarcar o campo de ação do Judiciário, ambos, como veremos a seguir, apresentam problemas. O primeiro⁹⁴, baseado na concepção positivista, postula a autonomia do Judiciário em relação aos outros poderes e do patrimônio teórico em relação às outras ciências. Este discurso sustenta que a autonomia está ligada a **neutralidade e apoliticidade** do Judiciário e que os instrumentais disponíveis no patrimônio teórico não podem estar sujeitos e vulneráveis, o tempo todo, às conveniências políticas de cada governo ou Congresso. Embora, não possamos descartar totalmente esse discurso também não podemos aceitá-lo sem reservas, ainda mais quando a **apoliticidade** (como no caso do Brasil) proporcionar um mascaramento de uma opção política que repõe a desigualdade e a exclusão social⁹⁵. O segundo concebe o Direito como dependente da Política, pois sustenta que os atos políticos (entenda-se atos emanados do Executivo e do Legislativo) devam ser **policia**dos pelo mundo da Política e não pelo Judiciário. Esse tipo de discurso acaba sustentando, em certos casos, que o Executivo eleito não precisa obedecer ao ordenamento jurídico vigente. O cuidado que se deve ter quanto a este discurso é que ele torna aceitáveis os argumentos de defesa das freqüentes intervenções políticas na organização judiciária tendo como pretexto a **modernidade** (como exemplo, podemos lembrar as constantes mudanças na composição dos magistrados à carreira do STF com base em uma adequação ao contexto histórico-político). O Judiciário, sob esta ótica, poderia vir a ter um papel bastante perigoso a desempenhar, qual seja; o de corroborar acriticamente e **legitimar** os atos do Congresso e os atos do Executivo.⁹⁶

⁹⁴ Autores como Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Manoel Gonçalves sustentam esse tipo de discurso.

⁹⁵ Vide Capítulo IV.

⁹⁶ Essa discussão vai estar presente no Capítulo III, de forma que não irei ater-me a este ponto neste momento.

Voltando às questões sobre o controle de constitucionalidade, que é a temática principal desse capítulo, apontaremos algumas críticas dirigidas ao modelo difuso incidental. Essas críticas inicialmente fundamentaram-se em argumentos fracos, como a tese de que a partir da apreciação de casos concretos poder-se-ia alcançar um efeito político geral.⁹⁷ Na verdade, para ocorrer esse efeito político geral seria necessário uma grande mobilização, por parte das pessoas, para solicitar do Judiciário uma decisão de afastamento da norma considerada inconstitucional. Seria um verdadeiro trabalho de **formiguinha**, já que a decisão judicial no modelo difuso incidental só atinge as partes envolvidas no processo.

Como já dissemos, esse trabalho de **formiguinha** só alcançará um efeito político geral no caso de grande procura pelo Judiciário, e é bom lembrar que existem obstáculos econômicos⁹⁸ expressivos para acionar a tutela do Judiciário. E não se deve ignorar que quando esse trabalho consegue atingir um efeito político expressivo de âmbito federal há um indicativo forte de que a sociedade quer que o Judiciário exerça o papel de controlador de abusividade do poder e que demarque os limites do Estado de Direito.

Quadro VI - Principais críticas ao modelo difuso

PRINCIPAIS CRÍTICAS AO MODELO DIFUSO INCIDENTAL	- em questões de caráter político emergencial o mecanismo é moroso e cheio de recursos processuais; - a forma incidental pode ocasionar uma heterogeneidade de decisões quanto à mesma questão; - o mecanismo coloca no mesmo plano interesses particulares e públicos.
--	---

⁹⁷ Essa foi uma das críticas suscitadas por Hans Kelsen.

⁹⁸ Existem pesquisas que mostram que o acesso ao Judiciário é caro e moroso, e que geralmente é a classe média que mais se utiliza desse mecanismo. Ver por exemplo, CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. RePro, n. 61. 1990.

Por outro lado, há uma defesa do modelo difuso incidental que pode ser resumida em:

Quadro VII - Argumento principal sustentando o modelo difuso incidental

PRINCIPAL DEFESA DO MODELO DIFUSO INCIDENTAL	- é um mecanismo altamente democrático, pois contempla aos cidadãos um acesso ao controle de constitucionalidade e tem por finalidade, a defesa dos Direitos subjetivos face aos atos abusivos dos poderes públicos.
---	--

Em linhas gerais o modelo difuso pode ser resumido:

Quadro VIII - Características do modelo difuso incidental

MODELO DIFUSO INCIDENTAL
- é conhecido também como via de defesa ou exceção; - só é exercitável à vista de um caso concreto; - qualquer juízo pode apreciar o argumento da inconstitucionalidade; - a declaração de inconstitucionalidade não é objeto principal da ação, mas ela aparece incidentalmente; - a norma considerada inconstitucional não é expulsa do mundo jurídico; - a declaração só atinge as partes envolvidas no processo.

1.2.2 - O modelo concentrado de controle de constitucionalidade

Se o modelo norte-americano parece ser bem estruturado, simples, eficiente e duradouro (já que funciona desde 1803), então, qual seria a razão para que Kelsen elaborasse outro modelo? Kelsen percebeu que o modelo norte-americano veio da tradição anglo-saxônica, do sistema da *common law*, em que o princípio *stare decisis* e o princípio da força vinculante da jurisprudência tornaram-se peças fundamentais na sustentação desse modelo jurídico. Em decorrência disso, a introdução do mecanismo norte-americano de controle de leis, em sua forma pura, em sistemas jurídicos de tradição romanística/legalista criaria problemas metodológicos sérios.

A inserção pura e simples do modelo norte-americano em um sistema de tradição jurídica positivista, sob o ponto de vista de Cappelletti, acabaria ocasionando um comprometimento metodológico bastante sério⁹⁹:

“...a introdução do método difuso de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de civil *law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas da *common law*, do *stare decisis* é complicada.[...] a introdução, nos sistemas de civil *law*, do método americano de controle levaria à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre os órgãos judiciários.”¹⁰⁰

O problema apontado por Cappelletti é relevante, pois mostra que a preocupação de Kelsen era elaborar um modelo que estivesse comprometido com uma tradição juspositivista e que evitasse a existência de leis antinômicas dentro do ordenamento jurídico. Kelsen sabia que o controle de constitucionalidade era vital à continuidade da tradição juspositivista. Mas como defendia a criação de uma Teoria Pura do Direito, sua preocupação principal foi criar um modelo que concedesse uma unidade formal ao ordenamento. Por isso, esse autor sustentou os princípios básicos do Juspositivismo (autoridade da lei, certeza do direito e segurança jurídica) e

⁹⁹ Foi o que aconteceu no Brasil, pois a tradição juspositivista adotada não contempla o princípio da força vinculante que submete as decisões dos tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores e nem o princípio do *stare decisis* que obriga o juiz a respeitar a decisão firmada no tribunal em que trabalha. Em decorrência disso, os juízes brasileiros podem proferir decisões diferenciadas para casos semelhantes, pois as decisões respaldam-se somente nas interpretações dos juízes do ordenamento jurídico vigente.

incorporou algumas idéias de John Austin, tais como a defesa da excessiva formalização: a idéia de que o Direito deveria contemplar um comando geral e abstrato e que sua codificação deveria ser dirigida apenas a agentes especializados, dotados de uma bagagem de conhecimento altamente especializada, ou seja, os operadores do Direito.

Ao tentar solucionar o problema das leis antinômicas, Kelsen criou um modelo cuja preocupação principal foi o de expulsar do mundo jurídico o dispositivo normativo considerado inconstitucional. Esse autor preocupou-se muito mais com o lado formal do controle do que propriamente com os direitos que deveriam ser assegurados, até porque, o modelo criado habilitava um número restrito de agentes titulares para proporem a ação direta de inconstitucionalidade. O modelo kelseniano contemplou dois grandes postulados. O primeiro defendia que o controle deveria ser feito de uma maneira direta e visava a eliminação de leis antinômicas do ordenamento jurídico. O segundo defendia que o controle de constitucionalidade deveria ser de competência de algum órgão especial que teria como incumbência fundante exercer esse controle¹⁰¹.

A Constituição austríaca de 1920 pautou-se muito nos argumentos kelsenianos, tanto que contemplou a criação de um Tribunal Constitucional como órgão especial de controle de constitucionalidade. Esse Tribunal só apreciava ações diretas através de um mecanismo especial chamado *antrag* (uma espécie de petição judicial), no qual somente tinham titularidade para tal requerimento o governo federal e os governos estaduais. Em 1929 esta

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 77.

¹⁰¹ Como já mencionamos o juspositivismo não adota os princípios *stare decisis* e nem da força vinculante que são da tradição anglo-saxônica. Em decorrência disso Kelsen, preocupado com a uniformização das decisões dos órgãos judiciários que seguem a tradição juspositivista, postulou a verticalização do controle de leis (atribuindo a uma única Corte a

Constituição acrescentou dois novos agentes¹⁰² à lista dos titulares para instaurar processos de inconstitucionalidade junto ao Tribunal Constitucional (o Tribunal Superior e a Corte Administrativa). A emenda prescreveu ainda a possibilidade do argumento da inconstitucionalidade ser argüido no curso de processos comuns nos tribunais ordinários. Em 1975 o modelo introduziu novos agentes titulares para essa ação.¹⁰³

Cappelletti, no entanto, tece várias críticas ao modelo austríaco:

“...mesmo com a reforma de 1929, o defeito, embora atenuado, não foi inteiramente abolido, pois continuou a repetir que entre todos os órgãos da justiça civil, penal e administrativa, apenas às duas cortes Superiores acima foi reconhecida aquela legitimação. Todos os outros juízes devem, irremediavelmente, aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, sem a possibilidade de abster-se da aplicação tampouco daquelas leis que sejam por eles consideradas inconstitucionais...”¹⁰⁴

A principal crítica dirigida ao modelo concentrado direto é que ele teria se ocupado, em demasia, com questões de natureza formal, não contemplando mecanismos eficazes que evitassem a violação de direitos e garantias individuais.

responsabilidade de decidir sobre a constitucionalidade das leis) para evitar decisões contrastantes dentro do ‘sistema jurídico’.

¹⁰² O Tribunal Superior seria a instância definitiva para as causas civis e penais e a Corte Administrativa seria o tribunal superior para causas administrativas. Esses novos agentes só poderiam solicitar o controle através da via incidental, jamais pela ação direta.

¹⁰³ A reforma de 1975 prescreveu duas mudanças importantes: de que a adesão de 1/3 do Parlamento possibilitava a arguição direta de inconstitucionalidade de lei federal, bem como foi criado o recurso individual contra lei ou regulamento desde que não houvesse outro caminho judicial.

¹⁰⁴ Ibidem. p.108.

Quadro IX - Críticas ao modelo concentrado

PRINCIPAIS CRÍTICAS AO MODELO CONCENTRADO/DIRETO
- Prevê um acesso reduzido e restritivo à tutela de controle de constitucionalidade; - Mecanismo que preocupa-se em demasia com os interesses públicos/governamentais e concede pouca importância às lesões aos direitos e às garantias individuais; - Mecanismo que, regra geral, obriga os juízes a uma submissão cega à lei. Esse mecanismo não contempla aos juízes inferiores a possibilidade de discutirem a inconstitucionalidade da lei aplicável ao caso concreto.

1.2.3 - O modelo de constitucionalidade misto

Inicialmente o ordenamento brasileiro incorporou o modelo difuso incidental de controle de constitucionalidade, porém, a Constituição de 1934 introduziu de forma bastante restritiva algumas características do modelo concentrado de inspiração kelseniana, embora preservando características do modelo difuso. Somente a partir de 1965, o ordenamento brasileiro conciliou de fato os dois modelos, criando um modelo misto.

As diferenças entre os modelos brasileiro e norte-americano decorrem de tradições jurídicas diferenciadas. O Brasil adotou a tradição juspositivista, que postula a subordinação do operador do Direito somente à norma jurídica fixada pelo Estado e, com base nessa tradição, foi construída uma organização judiciária que não contempla a subordinação das decisões de tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores.¹⁰⁵ Há também a questão disciplinar: no modelo brasileiro não existe uma regulamentação tipificadora de

¹⁰⁵ No sistema jurídico norte-americano não há uma carreira judiciária, a maioria dos juízes provêm da advocacia. Mas, uma vez ingressado no quadro da magistratura as decisões dos juízes vinculam-se às decisões proferidas por tribunais superiores. Ver FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio Janeiro: Forense, 1963.

crimes de responsabilidade cometidos pelos magistrados brasileiros¹⁰⁶ (excetuando-se aqui os casos dos ministros do STF). As diferenças entre o atual modelo brasileiro (misto ou híbrido) e o americano (difuso) podem ser comparadas no seguinte quadro:

Quadro X - Diferenças no modelo brasileiro

MODELO NORTE-AMERICANO	MODELO BRASILEIRO DE 1988
- é acionado por via de exceção ou de defesa; - qualquer juízo é competente para apreciar o argumento da inconstitucionalidade; - o efeito da declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes; - há adoção do princípio da força vinculante da jurisprudência; - modelo que adota tradição jurídica anglo-saxônica, da common law; - a norma considerada inconstitucional não é expulsa do mundo jurídico.	- pode ser acionado pela via de exceção ou de defesa, mas existe a via direta de controle (art. 103); - qualquer juízo é competente para apreciar o argumento da inconstitucionalidade; todavia, para o controle direto a competência é exclusiva do STF (art. 102, I, a); - regra geral, o efeito da declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes, excetuando os casos de controle direto; - não há a adoção do princípio da força vinculante da jurisprudência, excetuando o caso da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2o.); - modelo que adota a tradição codificada juspositivista; - a norma jurídica considerada inconstitucional é expulsa do ordenamento jurídico.

¹⁰⁶ A magistratura norte-americana, via de regra, não é vitalícia como no Brasil e por isso o controle que se exerce sobre os juizes norte-americanos é a não reeleição. No Brasil, regra geral, os juizes são de carreira excetuando-se os dos Tribunais Superiores; e como a tradição jurídica adotada é legalista/positivada há a necessidade de normas tipificadoras para que se possa exercer algum controle disciplinar sobre esses juizes, apesar disso, essas normas nunca foram regulamentadas.

“... mais de 2/3 dos Estados Americanos os juizes são eleitos, ou pelo voto popular ou, em alguns casos pelo legislativo estadual. [...] Em pequeno número de Estados adota-se um sistema semelhante ao utilizado pelos juizes federais. Estes são indicados pelo Presidente da República e devem ser aprovados pelo Senado, e no caso dos juizes estaduais desses Estados é o governador quem faz a indicação, sujeita à aprovação pelo Legislativo”. Vide DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20-21.

Além das particularidades eminentemente jurídicas existe um outro ponto a ser considerado: o fato dos modelos brasileiros, anteriores ao texto de 1988, retratarem bem a condução política de ingerência do Executivo no Judiciário. Se entendermos que o que define o Estado é “o seu caráter monopólico do poder coativo”¹⁰⁷ e que qualquer Estado que tenha a pretensão de ser rotulado como um **Estado de Direito** deve adotar uma divisão de poderes que delegue ao Poder Judiciário o monopólio de aplicação do Direito¹⁰⁸, então concluiremos que em um sistema jurídico positivista quem detiver poder de interferência no mecanismo de controle de constitucionalidade, poderá também interferir no aparelhamento legal, ou seja, no Judiciário. Essas “possíveis interferências”, por sua vez, sob a ótica do juspositivismo kelseniano são, em seu aspecto formal, consideradas **legais**, porque:

“Segundo critério positivista (kelseniano), que recusa o direito natural, deve-se considerar o Estado como uma espécie de rei Midas, que converte em Direito tudo quanto toca. Dentro dessa perspectiva murada, o Direito legislado da autocracia é Direito em sentido próprio, parecendo-lhe uma restrição inadmissível invalidá-lo porque não foi produzido pelo método democrático, isto é, com a participação daqueles que a ele devem submeter ...”¹⁰⁹

Portanto, a metodologia kelseniana acaba contribuindo para mascarar um governo legal mas não democrático. Adotaremos em nossas análises (para contrapor aos argumentos kelsenianos) a distinção que Faoro faz de legalidade e legitimidade com base no pensamento weberiano:

¹⁰⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. ed. Brasília: Editora de Brasília, 1994. (p. 35)

¹⁰⁸ Ibidem. Segundo Weber uma ordem é denominada direito:

“quando está garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação da ordem ou castigar sua violação.” (p. 21)

“A legitimidade não se dilui na legalidade: este é o ponto de Arquimedes do Estado de Direito qualificado, autenticamente democrático. Se a legitimidade estivesse contida totalmente na legalidade, desapareceria a participação ativa, com resistência possível às leis que negassem fundamentos da democracia.”¹¹⁰

Exporemos agora como a condução política de “interferência” do Executivo no Judiciário foi possível a partir dos modelos de constitucionalidade no Brasil.

¹⁰⁹ FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte, a legitimidade recuperada*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. p. 34.

¹¹⁰ *Ibidem*. p.32.

CAPÍTULO III

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1 - CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE ANTERIORES A 1988

Abordaremos como a escolha dos modelos de controle de constitucionalidade, antes de 1988, deu-se em grande medida pela ingerência direta de atores políticos interessados em enfraquecer o Judiciário enquanto instância de poder. Mostraremos também que tais modelos favoreceram a defesa de interesses do Executivo em detrimento do Poder Judiciário. Essa “condução política” foi uma prática histórica no Brasil, principalmente depois da implantação do controle concentrado direto que propiciou uma verticalização de poder dentro do Judiciário, tornando o Procurador-geral o único titular para acionar tal controle e o STF uma espécie de Corte Constitucional do país.¹¹¹

¹¹¹ SADEK, Maria Teresa. A organização do poder judiciário. In: *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: Editora Sumaré, 1995.

“As interferências no Judiciário e nos pressupostos de sua independência constitucional foram constantes, e tanto mais graves quanto mais precária era sua identidade institucional e mais débeis as garantias da magistratura [...] Conflitos entre o Executivo e Judiciário repetiram-se, sempre em detrimento do Judiciário. Atribuiu-se ao presidente Floriano Peixoto uma frase que ilustra o desequilíbrio de fato entre os poderes: ‘O Supremo deu esse *habeas corpus*. E quem dará outro aos ministros do Supremo?’ Mas o presidente-marechal não é um exemplo isolado entre os vários momentos em que a autonomia do Judiciário foi contestada: os constantes desacatos de Hermes da Fonseca às decisões da justiça; a intervenção de Getúlio Vargas, anulando por decreto uma sentença do STF e reivindicando para si o poder de nomear os presidentes da mais alta corte; as aposentadorias compulsórias dos ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima em janeiro de 1969, com base no Ato Institucional n. 5, entre outros podem ser igualmente citados.” (p.14)

A Constituição Federal de 1891 foi a primeira a adotar um mecanismo de controle de constitucionalidade, o modelo difuso incidental. Rui Barbosa, um dos principais articuladores políticos da época, influenciado pela Constituição norte-americana e impressionado com a forma de organização judiciária daquele país acabou defendendo, na constituinte, a forma presidencialista, o federalismo e a introdução de uma Justiça Federal.¹¹² Apesar de ter prevalecido no Direito brasileiro a tradição jurídica romanística/positivista, foram introduzidos, por conta desta influência norte-americana, o controle difuso incidental e o ideário do *check and balance*¹¹³. Além disso, o debate político centralizou-se em discutir estratégias de como controlar politicamente a Justiça Federal:

“Segundo Koerner, o centro do debate constituinte foi a dualidade da justiça do ponto de vista da divisão do controle sobre a magistratura entre a União e os estados. Enquanto Rui Barbosa se preocupava com a constituição de uma justiça federal, com o papel de árbitro da federação e principalmente de guardião dos Direitos e garantias individuais, as demais correntes se debatiam sobre o caráter estratégico que teria a magistratura no novo regime e as formas de controlá-la politicamente através da divisão jurisdicional, das formas de investidura no cargo, das garantias, das competências...”¹¹⁴

Assim, a Justiça Estadual acabou herdando em grande parte a estrutura judicial das províncias do Império e a Justiça Federal foi organizada a partir da

¹¹² Ver NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Livraria Sulina Ed., 1973. NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil: crônica dos tempos coloniais*. Porto Alegre: AJURIS, 1975.

¹¹³ Percebe-se essa adoção ao estudarmos a forma brasileira de ingresso aos tribunais superiores e a previsão textual de um mútuo controle entre os poderes.

¹¹⁴ ARANTES, Rogério Bastos. Op. cit. p. 54. Ver também KOERNER, Andrei. *O poder judiciário na Constituição da República*. Dissertação de Mestrado no Departamento de Ciência Política, USP, 1992.

divisão em seções judiciais. Os juízes federais eram nomeados pelo presidente da República com base em lista tríplice elaborada pelo STF.¹¹⁵ A Constituição de 1891 concedeu somente¹¹⁶ à Justiça Federal e ao STF o direito de julgar a inconstitucionalidade das leis (conforme artigos 59, 2 e 60)¹¹⁷, e nos dois órgãos o preenchimento de vagas era feito por nomeação do presidente (conforme artigos 48 inciso 11 e 12). Koerner¹¹⁸, ao estudar o assunto, descreveu que o Executivo no início da República tentou nomear várias pessoas que sequer possuíam formação em Direito para preencherem as vagas no STF; como o médico Barata Ribeiro, os Generais Inocêncio Galvão Queiroz e Raimundo Ewerton Quadros, Antônio Caetano Seve Navarro e Demóstenes da Silveira Lobo. Concebido como cúpula da organização judiciária, o STF acabou tornando-se árbitro da federação e guardião dos direitos e garantias individuais¹¹⁹; recebendo a seguinte competência:

- 1) instância única de julgamento - competência originária (art. 59, I);
- 2) instância recursal da Justiça Federal (art. 59, II);
- 3) instância recursal da Justiça dos Estados (art. 59, III);

¹¹⁵ Ibidem. p. 55-56. Os tribunais federais acabaram não sendo criados.

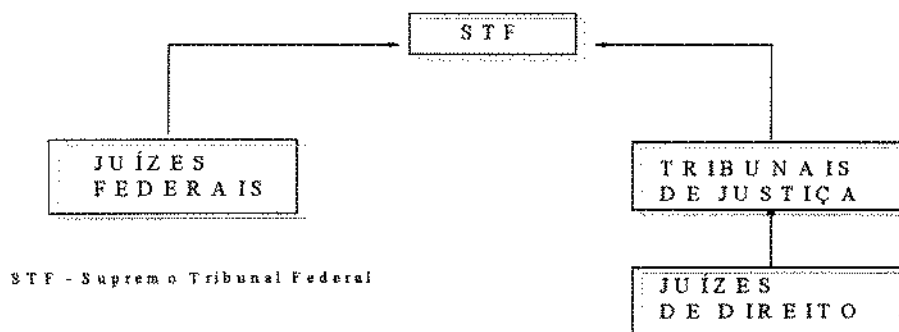
¹¹⁶ Depois a Lei 221 de 20/11/1894 estendeu a competência aos outros órgãos. Ver FERRARI, Regina Maria Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. (p. 40) apud ARANTES, R. Op. cit. p. 61.

¹¹⁷ Todas as citações de artigos estão nos seguintes livros: CAMPANHOLE, Adriano et CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Compilação e atualização dos textos, notas, revisões e índices das Constituições do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1984. *Constituição da República Federativa do Brasil: quadro comparativo/Senado Federal*, Subsecretaria de Edições técnicas. Brasília: Senado Federal, 1991. OLIVEIRA, Juarez (Org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹¹⁸ KOERNER, Andrei. Op. cit.

¹¹⁹ Ver levantamento feito por RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Tomos I, II, III.

Figura I - Composição do Judiciário de 1891



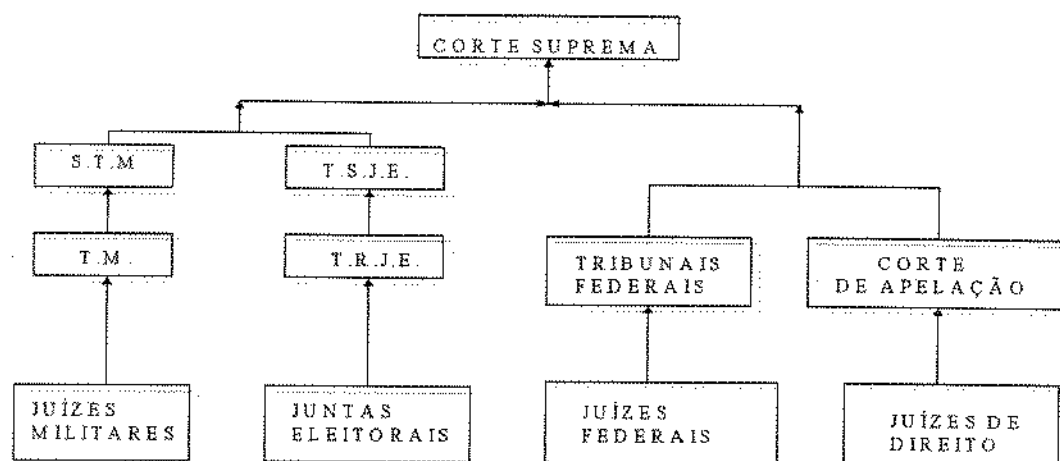
Já no governo Vargas, o decreto 19.656 de 08 de novembro de 1931, editado durante o governo provisório, reduziu o número de ministros do STF de 15 para 11. Não se contentando, Vargas, através do decreto 19.711 de 23/11/31 aposentou sumariamente seis ministros sob o seguinte pretexto:

“...imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivos de moléstia, idade avançada ou outros de natureza relevantes.”¹²⁰

Aposentadorias que, por “coincidência”, atingiram somente os juizes opositores ao regime político instituído. O texto constitucional de 34 acabou confirmando as alterações de Vargas mudando inclusive o próprio nome do STF para Corte Suprema. Introduziu ainda inovações como as presenças da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar e os Tribunais Federais, como descreve artigo 63 daquela Constituição:

¹²⁰ BALEEIRO, Aliomar. *O STF apud* Rogério Arantes. Op cit. p. 15-16.

Figura II - Composição do Judiciário de 1934



STM - Superior Tribunal Militar
TM - Tribunal Militar

TSJE - Tribunal Superior da Justiça Eleitoral
TRJE - Tribunal Regional da Justiça Eleitoral

A Constituição de 34 demarcou não só o perfil do Judiciário mas também o seu campo de atuação, como podemos perceber com os artigos 66 e 68. No artigo 66 encontra-se um esboço do argumento juspositivista da neutralidade, no qual obrigava os juízes à função técnico-jurídica, coibindo-os de participarem da política partidária.¹²¹ O artigo 68, por outro lado, expunha um Judiciário apolítico pois vedava-lhe a possibilidade “de intromissão” em assuntos que versassem exclusivamente sobre o mundo da Política¹²². Esse artigo vinha a corresponder, na época, ao quadro crescente de centralização de poder político na esfera do Executivo, pois a interpretação do que viesse a ser exclusivamente político estava vinculado diretamente às interpretações do Executivo. O texto de 34 trouxe inovações com relação ao controle de constitucionalidade: no artigo 76 confirmou-se o controle difuso incidental¹²³,

¹²¹ Artigo 66 - “É vedado aos juízes atividade político-partidária.”

¹²² Artigo 68 - “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

¹²³ Artigo 76 - “Compete à Corte Suprema:

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única e em última instância:

mas o artigo 12, inciso V § 2o. atribuiu à Corte Suprema a competência de exercer um controle direto. Tal artigo regulamentava a relação Estado/Estados-membros e os casos de intervenção possíveis:

Artigo 12 - "A União não intervirá em negócios peculiares ao Estados, salvo:

V- para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h do artigo 7º, n. I, e a execução das leis federais;

§2o. Ocorrendo o primeiro caso do no. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade."

O parágrafo 2º, ao inserir o controle direto, trouxe uma mudança significativa ao modelo de controle de constitucionalidade até então adotado no Brasil. A forma de solicitação desse tipo de tutela jurisdicional restringiu-se a um agente titular, o Procurador-geral da República. Porém, o controle direto introduzido no texto de 34 diferenciou-se do modelo defendido por Kelsen, pois no texto de 34 o tipo de controle direto restringiu-se somente aos casos de intervenção arrolados no inciso V do art. 12. Assim, o controle não visava resolver o problema da existência de leis antinômicas dentro do ordenamento jurídico como defendia Kelsen, mas tinha um objetivo muito claro: a centralização de poder na esfera do Executivo que também pode ser percebida analisando os artigos 95 e 96.

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou a validade de lei federal em face da Constituição, ou lei federal, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se questionar sobre a vigência ou a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva de lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um desses tribunais e a Corte Suprema, ou outro tribunal federal..."

Artigo 95 - “O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e nos Estados, pelas leis locais.

§1o. O Chefe do Ministério Público Federal nos juízos comuns é o Procurador-geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo porém, **demissível ad nutum**.” (destaque nosso)

E o artigo 96:

Artigo 96 - “Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental o Procurador-geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para fins do art. 91, n IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.”

Portanto, o único agente titular que poderia acessar o mecanismo de controle direto estava subordinado diretamente à pessoa do presidente da República. E o único caminho para a concessão de um efeito *erga omnes* (geral e obrigatório a todos) às decisões judiciais (usando-se o modelo difuso incidental) passava também pelas mãos do Procurador-geral, que exercia dupla função: o de propor ação direta de constitucionalidade e o de “defender os interesses da União”. Não se pode esquecer ainda que Vargas já havia reduzido em 1931 o número de ministros na Corte Suprema para 11 e “aposentado” 6 membros dessa Corte em um universo de 11. Assim, não é muito difícil perceber a estratégia legalista de centralização de poder na esfera do Executivo e sua ingerência no Judiciário. Primeiro porque qualquer ação de controle direto (versando sobre a lei que regulava a intervenção nos Estados-membros), passava indiretamente pelas mãos do próprio Executivo, através do Procurador-geral (uma vez que este poderia ser demitido a qualquer momento pelo presidente) e segundo porque havia a intimidação velada, aos ministros da

Corte Suprema, de que qualquer discordância mais radical com Executivo poderia significar aposentadoria sumária.

Um outro ponto inovador no texto de 34 foram as atribuições concedidas ao Senado para exercer o papel de coordenador dos poderes (art. 88) e a sua habilitação para conceder efeito geral e obrigatório às decisões judiciais (art. 91, IV) da Corte Suprema no caso de acesso do controle difuso.¹²⁴ Polletti, ao estudar o assunto, descreveu:

“Talvez, a mais importante inovação estava na citada competência do Senado. Era a maneira de solucionar um dos graves problemas da constitucionalidade. A ausência de regra do *stare decisis* implicava que os juízes não estavam obrigados a deixar de aplicar a lei, declarada inconstitucional pelo Supremo. A solução da Constituição permitia dar efeitos *erga omnes* a uma decisão num caso concreto.”¹²⁵

As mudanças introduzidas no texto de 34 retratam uma particularidade do Direito brasileiro, isto é, a conjugação de uma tradição jurídica eminentemente legalista com uma tradição política autoritária. Não é muito difícil deduzir que dessa conjugação o Poder Judiciário acabou saindo fragilizado.

No texto constitucional de 1937 a possibilidade de interferência do Executivo continuou. Houve a extinção dos cargos de juízes federais de primeira instância (art.108), da Justiça Eleitoral e do controle direto de constitucionalidade. As atribuições do Senado foram retiradas e foi mantido o controle difuso incidental, só que com uma ressalva o artigo 96, § único

¹²⁴ Artigo 91 - “Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário...”

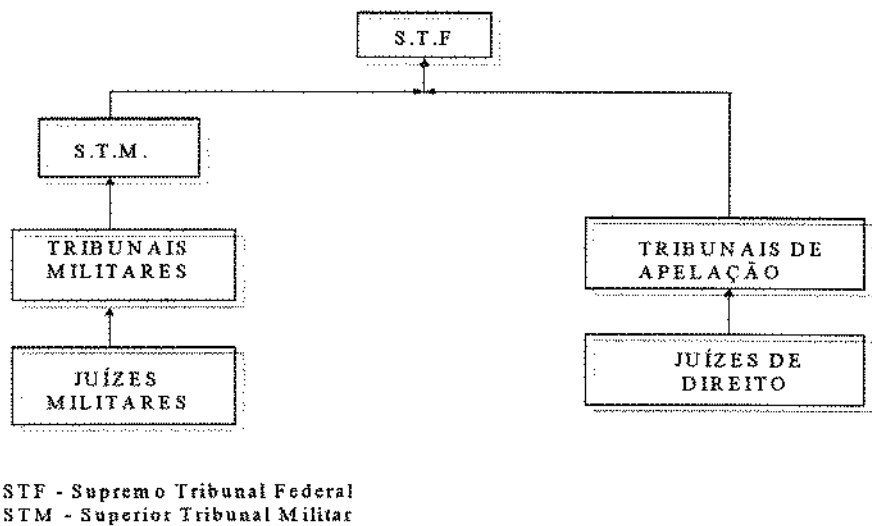
¹²⁵ Poletti, Ronaldo. *A constituição de 1934*. Centro de Ensino à distância, p. 34 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p.65.

concedeu um enorme poder ao Executivo. Sadek, analisando o Poder Judiciário neste período, escreveu:

“Antes mesmo do golpe de 1937, a frágil independência da justiça sofrera abalos. Em 1931, o Decreto n. 19.711, invocando ‘imperiosas razões de ordem pública’, aposentou seis juizes do STF. A Carta de 1937 avançou mais ainda nessa direção, solapando as bases do Judiciário. Conferindo ao chefe do Executivo amplos poderes e a faculdade de legislar por meio de decretos-lei, até mesmo, sobre assuntos constitucionais, transformou o Legislativo e o Judiciário em poderes claramente subordinados. A ‘Polaca’ instituiu o controle político sobre os membros do Judiciário....”¹²⁶

O artigo 90 descreve como órgãos judicantes:

Figura III - Composição do Judiciário de 1937



O texto de 37 em seu artigo 94 seguiu o exemplo da Constituição de 1934 no que diz respeito a não intromissão do Judiciário em questões exclusivamente políticas¹²⁷. O aumento de poderes ao Executivo propiciou uma

¹²⁶ SADEK, Maria Teresa. A organização do Poder Judiciário. In: *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Editora Sumaré, 1995.

¹²⁷ Artigo 94 - “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

diminuição do campo de atuação do Judiciário. Esta delimitação de competência pode ser percebida no artigo 96, § único:

Artigo 96 - “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”¹²⁸ (destaque nosso)

Pode-se perceber que o controle das normas jurídicas, em última instância, era feito pelo Executivo. Até porque os artigos 73, 170 e 186 da Constituição de 1937 acabaram suprimindo a possibilidade de responsabilizar os atos praticados pelo Executivo face a vigência do “estado de emergência ou o estado de guerra”.

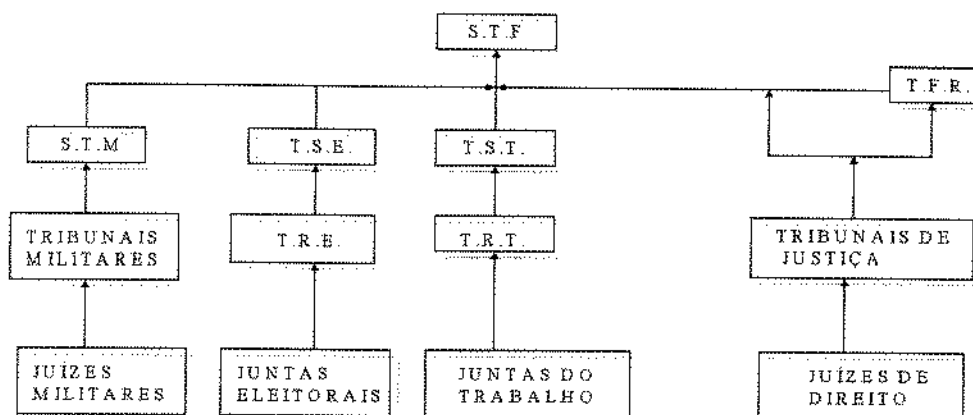
O controle de constitucionalidade adotado no texto de 46, por outro lado, ficou muito próximo do modelo adotado no texto de 34. Foi mantido o modelo difuso incidental e introduzido o mecanismo em que o Senado tinha a atribuição de conceder efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF.¹²⁹ Acresceu-se à organização judiciária¹³⁰ (art. 94) a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e o Tribunal Federal de Recursos. Confirmou-se a Justiça Militar e a extinção dos cargos de juízes federais de primeira instância conforme podemos perceber no gráfico abaixo:

¹²⁸ A Lei Constitucional n. 18, de 11 de dezembro de 1945 revogou o § único do artigo 96.

¹²⁹ Artigo 64 - “Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

¹³⁰ O artigo 6º. do Ato Institucional n.2, de 27 de outubro de 1965 acresceu ao artigo 94 a criação de juízes federais.

Figura IV- Composição do Judiciário de 1946



STF - Supremo Tribunal Federal
 STM - Superior Tribunal Militar
 TSE - Tribunal Superior Eleitoral
 TRE - Tribunal Regional Eleitoral

TST - Tribunal Superior do Trabalho
 TRT - Tribunal Regional do Trabalho
 TFR - Tribunal Federal de Recurso

A Constituição de 46 contemplou novas atribuições ao STF. O Tribunal Federal de Recursos (TFR) recebeu grande parte da competência anterior em que o STF agia como órgão de segunda instância da Justiça Federal. Isso ocorreu em razão do problema de sobrecarga de processos no Supremo. Com uma pesada incumbência a menos, o STF reafirmou o seu papel de guardião da Constituição e, a partir daí, suas atribuições principais versaram sobre o controle de constitucionalidade. O texto de 46 confirmou o número de 11 ministros no STF¹³¹ e a forma de ingresso dos ministros prevista em constituições anteriores, ou seja, a indicação pelo presidente e a aprovação pelo Senado.

O modelo de controle de leis adotado no Brasil e consagrado no texto de 46 traz consigo uma particularidade: o controle difuso incidental inserido no Direito brasileiro teve uma configuração diferente da configuração do modelo dos EUA; enquanto o Direito norte-americano baseou-se numa tradição jurídica

anglo-saxônica o brasileiro baseou-se numa tradição romanística/juspositivista. Diante de tradições jurídicas tão diferentes o modelo difuso incidental não pôde ser introduzido no Brasil nos moldes norte-americanos, propiciando uma segunda diferença: a não adoção dos princípios *stare decisis* e força vinculante. Conforme explicitado na crítica de Cappelletti¹³², a inserção do controle difuso incidental, na sua forma pura, em um modelo de tradição legalista ocasiona problemas sérios porque metodologicamente a existência de leis antinômicas (contrárias e contraditórias) não pode ser impedida de forma efetiva com o controle difuso. Além disso, o Direito brasileiro demarcou os limites de ação dos órgãos judicantes em conformidade com uma tradição juspositivista e adotou um mecanismo formal de controle de leis incompatível com essa tradição¹³³. Também devemos ter presente que se nos EUA o modelo implantado propiciou à Suprema Corte um poder político enorme devido ao instituto da força vinculante, no Brasil o mesmo efeito não ocorreu, aliás, o processo de implantação do controle difuso teve um efeito oposto, pois as constituições escritas já contemplavam uma delimitação expressa de competência, na qual proibia o Judiciário de julgar questões ‘exclusivamente políticas’. Aliado a essa restrição de competência o juspositivismo acentuou a demarcação entre o **mundo da política** e o **mundo jurídico**. Isso sem nos esquecermos da trajetória histórica de regimes políticos autoritários no Brasil que interferiram na composição e na regulamentação dos limites de ação do Poder Judiciário.

¹³¹ O artigo 6º. do Ato Institucional n. 2, de 27/10/1965 modificou o número de ministros do STF de 11 para 16.

¹³² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. (Vide capítulo II)

¹³³ A ausência de mecanismos efetivos de controle trouxe problemas sérios ao nosso ordenamento jurídico. Na constituição de 34 a única possibilidade da concessão de um efeito *erga omnes* às decisões judiciais passava, necessariamente, pelas mãos do Procurador-geral (que era subordinado à figura do presidente) e pelo Senado. Portanto, esse mecanismo tão importante a qualquer sistema jurídico (seja juspositivista ou anglo-saxônico) estava ligado

O controle direto contemplado na Constituição de 1946 restringiu-se aos casos de intervenção como no texto de 34, todavia há diferenças. Enquanto no texto de 34 o controle direto objetivava avaliar a constitucionalidade da lei que possibilitava o ato interventivo, no texto de 46 o próprio ato era submetido à apreciação pelo STF conforme a análise do artigo 8º:

Artigo 8º - “A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos incisos VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único. No caso do no. VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal e, se este a declarar, será decretada a intervenção.” (grifo nosso)

O interessante a ser observado é que o § único refere-se ao ato e não à lei como no texto de 34. Outra diferença a ser apontada é que há vários casos de intervenção previstos no artigo 7º, e o artigo 8º regulamenta a hipótese prevista no artigo 7º, VII. Lendo o artigo 9º percebe-se que a titularidade para requerer o controle direto ao STF, nos casos de intervenção, não se restringe somente à figura do Procurador-geral, pois tal artigo prescreve a possibilidade de vários agentes titulares invocarem esse controle, conforme o ato interventor. No entanto, o controle direto de inconstitucionalidade previsto em 46 restringiu-se apenas aos casos de intervenção. Mendes, ao estudar a Constituição de 1946, transcreve um trecho do voto do ministro Castro Mendes para demonstrar a existência dos dois modelos no ordenamento brasileiro:

“Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula e nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que [...] o Senado exercite a atribuição do artigo 64. Na declaração em tese (caso da representação interventiva), a suspensão redundaria na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão

muito mais às conveniências políticas do que propriamente à resolução do problema da antinomia ou da uniformização das decisões judiciais.

legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretrizes do prejudgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto, foi cessada por todos os efeitos.”¹³⁴

Analisando comparativamente a Constituição de 46 às outras é inegável que ela buscou conceder uma certa autonomia ao Judiciário¹³⁵, mas por outro lado consagrou os argumentos juspositivistas, restringindo o campo de ação do Judiciário às questões técnico-formais previstas no ordenamento. Tal texto proibiu a participação político-partidária dos juízes (art. 96,III) como os textos de 34 e 37; e consagrou duas formas diferentes de ingresso à carreira da magistratura: uma que poderíamos intitular de escolha política, já que necessita passar pelo Senado e pelo Presidente (são os casos dos tribunais superiores), e outra de escolha técnica em razão da necessidade de concurso de provas (são os casos dos juízes singulares, art. 124). Os constantes rearranjos políticos acabaram propiciando novas mudanças na composição do Judiciário e no controle de leis até então adotado no texto de 46. Podemos citar como exemplos o Ato Institucional n. 2 de 27/10/65 e a Emenda Constitucional n. 16, de 26/11/65. O primeiro recriou a Justiça Federal de 1ª instância; aumentou o número de ministros no STF de 11 para 16 e suspendeu em seu artigo 14 as garantias de vitaliceidade e de inamovibilidade da magistratura. O segundo introduziu com o artigo 2º., alínea k, uma mudança importante no controle direto:

Artigo 2º. -“ As alíneas c, f, i e k do artigo 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:
k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-geral da República.”

¹³⁴ Voto do ministro Castro Mendes *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹³⁵ Como exemplo poderíamos citar a reincorporação ao texto constitucional de certas garantias concedidas aos magistrados como inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, entre outras.

Podemos perceber que a alínea k refere-se à qualquer lei e a qualquer ato normativo. Portanto tal Emenda não restringiu a competência do STF às questões sobre intervenção. Dessa maneira, a competência do STF foi bastante alargada. Mas se por um lado houve a ampliação de competência, por outro a titularidade para requerer tal tutela continuou restrita à figura do Procurador-geral. Foi a partir da introdução dessa alínea que efetivamente consolidou-se o modelo híbrido no Brasil, o qual contava com a presença dos dois principais tipos de controle de constitucionalidade: o difuso incidental e o concentrado direto. Essa convivência criou problemas, os juízes de instâncias inferiores estavam acostumados ao controle difuso incidental, portanto tiveram uma certa resistência à introdução do controle concentrado direto. Resistiram principalmente à tentativa do STF, de inserir na Emenda n.16, uma espécie de advocatória, na qual esse órgão poderia trazer para si qualquer processo em que estivesse sendo discutido uma **prejudicial de inconstitucionalidade**,¹³⁶ independentemente do juízo. Esses juízes postulavam o argumento juspositivista de que o magistrado só deveria subordinar-se à lei, por isso não defendiam a subordinação a um órgão **burocraticamente superior** e expunham que as decisões do Supremo deveriam servir de referências, mas nunca exercer um efeito vinculante.

A constituição de 1967 continuou seguindo a tradição de solapamento do Judiciário pois consagrou o decreto-lei, concedendo ao Executivo um poder normativo imenso. A utilização desse mecanismo estendeu-se a todas as áreas e suprimiu vários direitos e garantias. Confirmou-se assim, a centralização de poder na esfera do Executivo¹³⁷, mantendo a organização judiciária prevista no

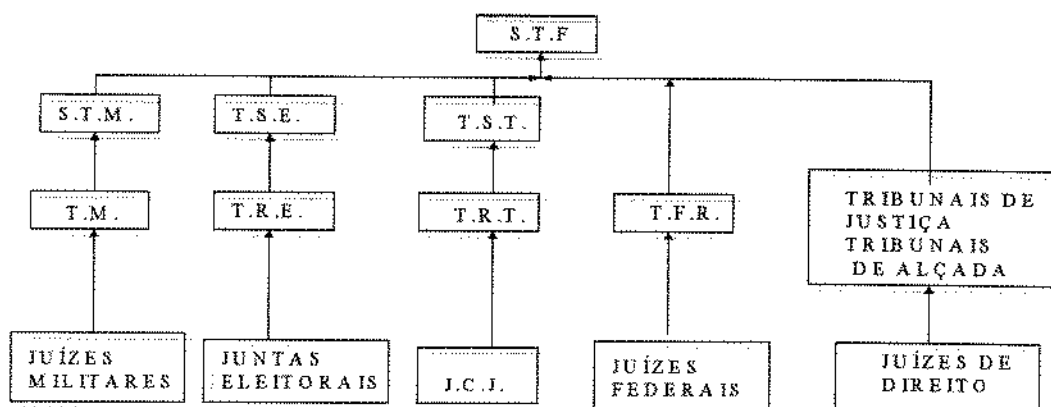
¹³⁶ A **prejudicial de inconstitucionalidade** possibilitaria que o STF chamasse para si a competência de sentenciar qualquer caso de inconstitucionalidade que estivesse em julgamento nos juízos inferiores.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. A constituição de 1824 *apud* BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

“Nenhuma Constituição em toda a nossa história republicana deu tantos poderes ao

Ato institucional n. 2 de 27/10/1965 e consagrando o modelo híbrido de controle de constitucionalidade previsto na Emenda n.16 de 26/11/1965.

Figura V - Composição do Judiciário de 1967



STF - Supremo Tribunal Federal
STM - Superior Tribunal Militar
TM - Tribunal Militar
TSE - Tribunal Superior Eleitoral

TRE - Tribunal Regional Eleitoral
TST - Tribunal Superior do Trabalho
TRT - Tribunal Regional do Trabalho
J.C.J. - Junta de Conciliação e Julgamento
TFR - Tribunal Federal de Recurso

Logo após a promulgação da Carta de 1967 o regime político instituído violou-a ao editar vários Atos Institucionais, dentre os quais, o n. 5 de 13/12/68 merece uma atenção especial por ter retratado a frágil autonomia que o Judiciário teve ao longo de sua trajetória nos períodos de regimes políticos autoritários. O artigo 11 do AI-5 mostra o esvaziamento da competência do Judiciário:

Artigo 11 - "Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos complementares, bem como os respectivos efeitos."

Presidente da República quanto a de 1967, seguida da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que lhe trouxe um reforço caudaloso." (p.81)

Artigos como 2º. e 6º. podem dar uma noção da precária separação de poderes instituída pelo regime de força que foi confirmada na Emenda de 69.

Artigo 2o. - “O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1o. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos municípios.”

Artigo 6º. - “Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como o exercício em funções por prazo certo.

§ 1o. - O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou por em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, demitir, transferir para a reserva ou reformar militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.”(destaque nosso)

Haviam outras situações que confirmavam a fragilidade do Judiciário e o desrespeito aos direitos e às garantias individuais:

“...o AI5 excluiu da apreciação judicial qualquer medida praticada com base nos dispositivos e suspendeu o instituto *habeas corpus*.

Menos de dois meses depois, o governo militar voltou a interferir no Judiciário. O Ato Institucional n.6 atingiu diretamente o STF. Reduziu o número de ministros de 16 para 11, como no período de 1931 a 1965. Tornou irrecuráveis as sentenças dos juizes singulares que tanto a constituição de 1967 como as anteriores previam como recoráveis. Aboliu o recurso ordinário das decisões

denegatórias de mandados de segurança por outros tribunais.”¹³⁸

A emenda de 1969 reafirmou a concentração de poder na esfera do Executivo mas contemplou formalmente algumas garantias constitucionais ao Judiciário (art. 113); acresceu o Conselho Nacional da Magistratura à composição da organização judiciária prevista no texto de 67. O texto confirmou os 11 ministros no STF (previsto no texto do AI-6/69) e manteve o modelo híbrido de controle de leis. Porém, a Emenda Constitucional n. 7 de 1977 introduziu uma inovação, a famosa advocatória do STF (art. 119, o), mudança que já havia sido solicitada pelo próprio STF na Emenda n. 16/65, mas que não havia sido acatada.

Artigo 119 - “Compete ao Supremo Tribunal Federal:

o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja advocação deferir, a pedido do Procurador-geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido ...”

Para entendermos o campo de ação do Judiciário nesse período é necessário analisarmos a relação entre STF e Procurador-geral, pois era na figura deste que se centralizava o controle de constitucionalidade direto e que se efetivava a possibilidade de interferência do Executivo. Essa possibilidade ocorria porque legalmente o STF só podia apreciar ação direta de constitucionalidade se o Procurador requeresse tal ação. Além da importância estratégica da figura do Procurador-geral há dois pontos a serem observados nesse movimento de centralização: 1) A história da composição do número de ministros no STF retrata bem o quadro de interferência direta do Executivo no

¹³⁸ SADEK, Maria Teresa. A organização do Poder Judiciário. In: SADEK, Maria Teresa (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo, Editora Sumaré, 1995. p.12.

Judiciário (os exemplos são as famosas aposentadorias sumárias de alguns magistrados “rebeldes”); 2) As limitações constitucionais de competência do Poder Judiciário.

“Ora, como o Procurador-geral representava legalmente o presidente da República e só ele tinha o direito de fazer as arguições de inconstitucionalidade, acabava por se transformar em pilar principal do Judiciário. Na interpretação de Ives Gandra da Silva Martins, ‘como é o governo quem faz os decretos-leis e como o Procurador-geral é o seu advogado principal; e por ser demissível *ad nutum* é evidente que o Poder Judiciário real está na figura do Procurador-geral da República, que nas questões de urgência, passa a decidi-las, tomando a função da sua dependência hierárquica, por melhor que seja, posições de defesa do Poder Executivo.’”¹³⁹

Veremos no quadro abaixo as oscilações presentes na composição dos membros do STF e as interferências do Executivo no Judiciário ao longo dos textos constitucionais.

¹³⁹ SADEK, Maria Teresa. A organização do poder judiciário. In: *Uma introdução ao estudo da justiça*. IDESP. Editora Sumaré, 1995.

“A autonomia e a independência do Judiciário eram também tolhidas pela ausência de autonomia financeira. Esta situação era ainda mais grave nos tribunais estaduais, colocados na dependência direta do Poder Executivo dos estados, estes, por sua vez, limitado pelo Executivo federal. A centralização da arrecadação nas mãos da União, somada à competência exclusiva do Executivo para iniciar leis que criassem cargos, funções e empregos públicos, ou aumentassem vencimentos ou a despesa pública, limitavam a presumível autonomia dos tribunais, já que estes não podiam criar ou extinguir cargos, nem fixar seus respectivos vencimentos.” (p.13) Ver também MARTINS, Ives Gandra da Silva. A constituição de 1967. In: PORTO, W.C. (Org.) *Constituições do Brasil*. Brasília: Instituto Tancredo Neves e Fund. F. Naumann. 1987. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. Emenda Constitucional no. 1 de 17 de dezembro de 1969. São Paulo: Saraiva, 1974.

Quadro XI - Comparativo Constitucional 1

Constituições Federais	Composição inicial do STF	Alterações	Limitações Constitucionais do Judiciário
1891	15 ministros	Florianô Peixoto tenta nomear várias pessoas sem formação jurídica.	Competência do controle difuso atribuída somente à Justiça Federal e a nomeação desses juizes era feita pelo presidente.
1934	11 ministros	Decreto 19.656/31 reduziu o número de 15 para 11 e o Decreto 19.711/31 aposentou 6 ministros.	Proibição de apreciar questões 'exclusivamente políticas' (art. 68); subordinação do Procurador-geral ao Executivo (art. 95, § 1o.) e a competência exclusiva do Senado em atribuir efeito vinculante às decisões da Corte Suprema (art. 91, IV) nos casos de controle difuso.
1937	11 ministros	Não teve alteração	Proibição de apreciar questões 'exclusivamente políticas' (art. 94) e a possibilidade do Executivo descumprir decisões judiciais (art. 96, § 1o.).
1946	Inicia-se com 11 ministros e aumenta para 16	O Ato Institucional n. 2/65 aumenta para 16.	Competência exclusiva do Senado em atribuir efeito obrigatório e vinculante às decisões inconstitucionais no modelo difuso (art. 64) e a subordinação do Procurador-geral ao Executivo (art. 126)
1967	Começa com 16 e diminui para 11	Em janeiro de 1969 ocorre a aposentadoria compulsória de 3 ministros e o Ato Institucional n. 6/69 reduz para 11.	Atos Institucionais em geral mas principalmente a exclusão prevista no artigo 11 do AI n. 5/68
1988	11 ministros	Não teve alteração	Houve ampliação de competência

2 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A elaboração da Carta Constitucional de 1988 retratou bem o espírito daqueles que participaram do processo de abertura política na década de 80. A convivência de tantos anos com mecanismos autoritários fez com que se elaborasse uma Constituição longa na qual a **constitucionalização** dos direitos foi a regra. Constitucionalizou-se institutos que visaram assegurar os direitos e garantias individuais, bem como coibir o abuso de poder, a restrição ilegal de liberdade, a dilapidação do patrimônio público, a improbidade administrativa, o desvio da finalidade da função pública, com a previsão do mandado de segurança, do *habeas corpus* e da ação civil pública (art. 5º, LXXIII). Mas se por um lado o processo de **constitucionalização** serviu para corroborar princípios importantes para a consolidação de um regime democrático, por outro, o uso indiscriminado desse processo acabou propiciando um engessamento brutal de algumas regulamentações (como exemplo poderíamos citar o sistema tributário, a previdência social, entre outros).

O formalismo decorrente desse processo acabou ocasionando problemas sérios de governabilidade, que foram detectados com maior vigor no momento em que o governo tentou implementar uma política econômica contrária ao que foi assegurado no texto constitucional de 1988. Em razão do confronto entre governo federal/sociedade civil (movimentos sindicais, movimentos sociais, organismos civis, entidades civis) o Poder Judiciário acabou tornando-se, na prática, o mediador desse conflito, só que um mediador despreparado para exercer tal função: primeiro por causa do confronto entre a “flexibilização” (que deve ser entendido aqui como a defesa do descumprimento do ordenamento jurídico em alguns casos) postulada pelo governo federal e a tradição jurídica positivista que postula a aplicação fiel do ordenamento jurídico vigente; segundo por causa do descompasso entre a ampliação de direitos e de mecanismos de acesso no texto de 88 e a maneira como os

operadores do direito continuam encarando os conflitos jurídicos como sendo apolíticos.

No quadro a seguir mostraremos as mudanças que modelo brasileiro de controle de constitucionalidade sofreu nos textos constitucionais até chegar ao modelo híbrido atual, que reúne o controle difuso incidental e concentrado direto e amplia o número de agentes titulares para ação direta de inconstitucionalidade. Iremos perceber que a composição do Poder Judiciário alterou-se em todas as constituições e que nas constituições anteriores a 1988 havia a possibilidade de “ingerência” do Executivo no Judiciário, seja a partir da nomeação e das “aposentadorias” dos ministros do STF, seja a partir da subordinação do Procurador-geral à figura do presidente que acabou controlando o mecanismo direto de controle de constitucionalidade. Não podemos esquecer também das previsões constitucionais que limitavam expressamente a competência do Judiciário, proibindo-o de julgar questões **exclusivamente políticas** (Constituições de 34 e 37) e os atos institucionais emanados pelo regime militar (AI-5/68). Assim, perceberemos que o texto de 1988 não só ampliou a competência do Judiciário mas também suprimiu as restrições constitucionais anteriores.

Quadro XII - Comparativo Constitucional 2

Constituições	Composição do Poder Judiciário	Controle difuso incidental	Controle concentrado direto	Órgão(s) Competente(s)	Agente(s) Titular(es) da ação direta
1891	- STF; - Juízes e Tribunais Federais; - Juízes e Tribunais do Estado	Adotado Artigos: 59, 2 60	Ausente	Juízes Federais e o STF	
1934	- Corte Suprema; - Juízes e Tribunais Federais; - Juízes e Tribunais Militares; - Juízes Estaduais e Corte de Apelação	Adotado Artigos: 76, III 78, § ú	Adotado de forma restritiva O artigo 12, §2º previa tal controle só para os casos de interpretação da lei que regulava a intervenção nos Estados-membros.	<u>Difuso:</u> - Justiça Estadual; - Justiça Federal; - STF. <u>Concentrado:</u> - Corte Suprema	Somente o Procurador-geral (art. 95)
1937	- STF; - Juízes e Tribunais Militares; - Juízes e Tribunais do Estado	Adotado Artigo 101, III	Ausente	- Justiça Estadual; - STF	
1946	- STF; - Tribunal Federal de Recursos - TFR; - Juízes e Tribunais Militares; - Juízes e Tribunais Eleitorais; - Juízes e Tribunais do Trabalho	Adotado Artigo 101, III	Inicialmente o art. 8º, § ú restringia tal controle aos casos de intervenção. Depois a Emenda 16/65 no art. 2º ampliou a competência com alteração do art. 101, I, k	<u>Difuso:</u> Todos os órgãos; <u>Concentrado:</u> - STF	Somente o Procurador-geral (art. 126)
1967	- STF; - TFR; - Juízes e Tribunais Militares; - Juízes e Tribunais Eleitorais; - Juízes Federais; - Juízes e Tribunais do Estado.	Adotado Artigo 114, III	Adotado Artigo 114 inciso I, alínea I	<u>Difuso:</u> Todos os órgãos. <u>Concentrado:</u> - STF	Somente o Procurador-geral da República
1988	- STF; - Superior Tribunal de Justiça; - Juízes Federais e Tribunais Federais; - Juízes e Tribunais do Trabalho; - Juízes e Tribunais Eleitorais; - Juízes e Tribunais Militares; - Juízes e Tribunais do Estado.	Adotado Artigo 102, III	Adotado Artigo 102, I	<u>Difuso:</u> Todos os órgãos <u>Concentrado:</u> - STF	Ampliação de agentes titulares conforme artigo 103

O Judiciário no texto de 1988 constituiu-se numa verdadeira instância de veto aos planos de ação do Executivo em razão do alargamento de competência e da ampliação de acesso formal ao controle de constitucionalidade. Arantes¹⁴⁰, partindo de um estudo de caso sobre a repercussão político-jurídica de algumas medidas provisórias editadas pelo Executivo após a CF/88, mostrou a importância do modelo de controle de constitucionalidade no jogo político:

“O eixo do plano Collor I foi sem dúvida a medida provisória 168, de 15 de março de 1990, que instituiu a nova moeda - e dispôs sobre a liquidez do mercado e deu outras providências complementares para reforma monetária.

[...] as inconstitucionalidades da medida provisória 168 eram notórias. Em termos políticos, entretanto, não houve grande resistência do Congresso que acabou aprovando a MP na íntegra. Em termos econômicos, a hipótese de voltar atrás no bloqueio dos cruzados deixava sem dormir os principais economistas no país: a MP havia retido 80% dos ativos financeiros, cerca de 115 bilhões de dólares, e sua liberação conduziria instantaneamente à hiperinflação.

Diante desse quadro, a batalha final do governo contra os descontentes e os prejudicados com as novas medidas dar-se-ia em outro terreno: na esfera judicial.

[...] o governo teria que enfrentar, na verdade, uma dupla batalha. Como as ações interpostas na justiça contra os atos do Presidente seriam baseadas na arguição de inconstitucionalidade de suas medidas, o sistema híbrido de controle constitucional das leis propiciava essa interposição em dois níveis: pela via incidental junto à justiça federal de primeira instância e pela via direta, junto ao próprio Supremo Tribunal Federal.”¹⁴¹

¹⁴⁰ Rogério Arantes, em sua dissertação de mestrado (op. cit., p. 139-186), mostrou com base num estudo de caso sobre as medidas provisórias (168 que bloqueava os cruzados novos e a 173 que proibia a concessão de liminares contra o plano do governo federal), a importância política do STF e do controle de leis após a promulgação do texto de 1988. Tal estudo demonstrou que o Judiciário (Justiça Federal e STF) foi acionado inúmeras vezes para julgar a constitucionalidade dessas medidas provisórias e em muitos julgamentos as decisões foram contrárias ao Executivo.

¹⁴¹ ARANTES, Rogério. Op. cit. p 146-147.

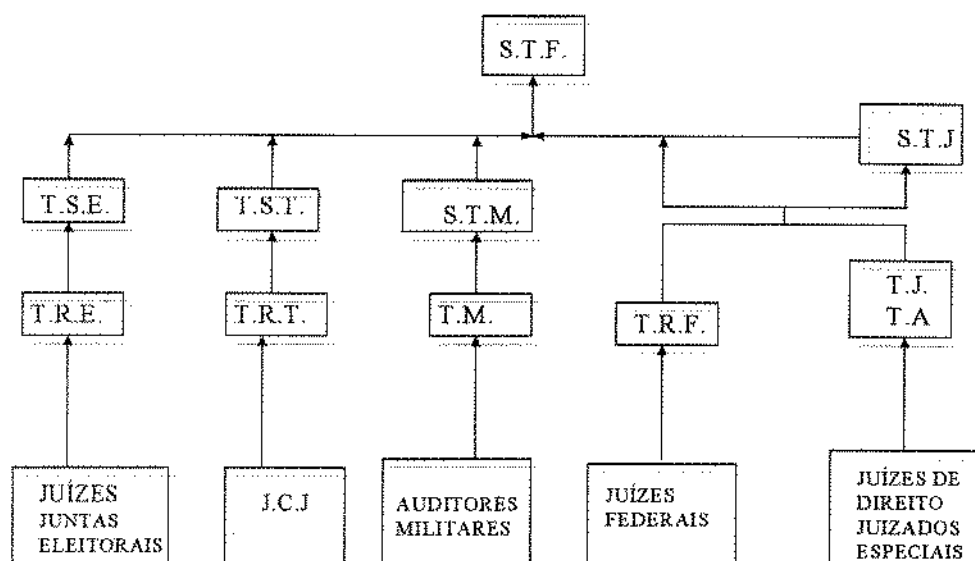
Se nos textos constitucionais anteriores tínhamos o modelo difuso incidental como predominante, no texto de 88 o modelo concentrado direto ganha uma importância fora do comum. Há toda uma redefinição nas relações entre Executivo/Legislativo e Executivo/Sociedade civil. A Constituição inovou ainda, na prescrição de inúmeros mecanismos formais de acesso à tutela de controle de leis:

- 1) Controle indireto via modelo difuso incidental;
- 2) Controle concentrado direto:
 - 2.1) via declaração de inconstitucionalidade por ação (art. 103);
 - 2.2) via declaração de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
 - 2.3) via declaração de constitucionalidade (art. 103, § 4º).

O texto de 88 realçou o papel do STF como guardião da Constituição Federal e diminuiu a maioria das atribuições em que o STF funcionava como cúpula da organização judiciária federal (atribuições nas quais exercia o papel de uniformizador de jurisprudência). Na verdade, essa redistribuição de competência ocorrera desde a implantação do Tribunal Federal de Recursos no texto de 1946. Porém, o texto de 1988 quase atribuiu ao STF a condição de uma **Corte Especial**, que só não ocorreu porque o texto não restringiu a competência do STF às questões que versassem somente sobre a Constituição (art. 102) e também não contemplou a possibilidade do efeito vinculante nas ações de controle difuso .

O artigo 92 da CF/88 descreve os órgãos judicantes que compõem o Judiciário Brasileiro. O texto confirmou a organização judiciária do regime anterior, ressaltando pequenas alterações como a introdução do Superior Tribunal de Justiça e a extinção do Tribunal Federal de Recursos.

Figura VI - Composição do Judiciário de 1988



STF - Supremo Tribunal Federal
TSE - Tribunal Superior Eleitoral
TRE - Tribunal Regional Eleitoral
TST - Tribunal Superior do Trabalho
TRT - Tribunal Regional do Trabalho
JCJ - Junta de Conciliação e Julgamento

STM - Superior Tribunal Militar
TM - Tribunal Militar
TRF - Tribunal Regional Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TJ - Tribunal de Justiça
TA - Tribunal de Alçada

A maior inovação do texto de 1988 foi quanto à tutela direta de controle de leis, que ampliou o número de agentes para proporem a ação direta de inconstitucionalidade, conforme podemos perceber com o artigo 103:

Artigo 103-“Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I - O Presidente da República;
- II - A Mesa do Senado;
- III - A Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - A Mesa da Assembléia Legislativa;
- V - O Governador de Estado;
- VI - O Procurador-geral da República;
- VII - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - Partido político de representação no Congresso Nacional;

IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma geral ou ato normativo, citará previamente o Advogado-geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-geral da República.”

A ampliação de competência e de agentes titulares proporcionou o fortalecimento do Judiciário¹⁴² enquanto **instância de poder**. Essa ampliação propiciou que novos agentes titulares adquirissem a possibilidade de estabelecer inúmeras estratégias políticas para obstruir as ações do governo e do Congresso¹⁴³; e que o acesso pudesse ser também usado como instrumento definidor do poder discricionário do Executivo. Essas duas possibilidades estão presentes na Carta de 88. Até porque a titularidade da utilização do mecanismo direto não se restringe mais à figura do Procurador-geral, além do que o próprio Ministério Público (com autonomia administrativa e funcional) foi redefinido no texto de 1988, ele saiu da esfera de subordinação do Executivo e tem agora a possibilidade de assumir o papel de defensor da sociedade. Assim, o

¹⁴² Podemos citar o caso da privatização da Vale do Rio Doce e o impedimento provisório da privatização em decorrência das liminares judiciais concedidas com base em possíveis inconstitucionalidades por diferentes órgãos judicantes. Esse fato acaba demonstrando que o Judiciário depois de 1988 configurou-se de fato numa arena importante na disputa pelo poder político.

¹⁴³ O fato de não termos um sistema partidário consolidado acaba contribuindo para que esse mecanismo seja utilizado como instrumento político de peso. Partidos de menor força política dentro do Congresso acabam utilizando-se desse mecanismo e com isso, conseguem, pelo menos, protelar determinadas votações e ganhar espaço na imprensa.

Executivo que detinha antes um certo controle sobre o Poder Judiciário (via Procurador-geral) passa a ser alvo de ações judiciais por parte dele¹⁴⁴, e com uma diferença, não dispõe mais do poder centralizador que tinha antes. O ex-presidente do STF, ministro Sepúlveda Pertence, reconhece o redimensionamento do papel do Poder Judiciário no texto de 88 e aponta alguns problemas:

“A Constituição Federal de 1988 apostou mais do que qualquer outra Constituição brasileira - e creio que mais que qualquer outra Constituição contemporânea do mundo - na solução jurisdicional do conflito, não apenas de conflitos clássicos, dos interesses individuais desavindos ou não da repressão penal, mas também abrindo amplas vias de acesso à jurisdição, dos conflitos próprios da sociedade de massa, fascinante e intrigante deste fim de século que estamos a viver.

Mas é óbvio e era previsível a frustração da esperança despertada por essa abertura da jurisdição à sociedade, uma abertura formal, com amplas avenidas que tinham por destino uma máquina cansada, pobre, viciada, envelhecida. A frustração era inevitável e a estamos vivendo hoje, com essa inédita confluência de crises, de críticas, que sofre o Judiciário - **seja a crítica, que me impressiona, da sociedade que reclama mais justiça, seja a crítica dos detentores do poder político, que reclamam que há justiça demais, como se não fosse do regime o papel de controlador das regras do jogo que a Constituição entrega ao Judiciário.**

Mas de tudo resulta esse descompasso entre uma demanda crescente de jurisdição, o que a sociedade reclama, na medida mesmo em que se acelera o processo de democratização do País, e a incapacidade da máquina judiciária para dar resposta ao menos satisfatória a essa demanda crescente.

Essa crise de funcionalidade leva a uma crise de

¹⁴⁴ SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Discurso em audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania no dia 02/04/1997. Senado federal - Secretaria Geral da Mesa/Subsecretaria de taquigrafia. (destaque nosso) Proposta de emenda à Constituição n. 54, de 1995, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB/Paraíba) sobre a questão da ‘súmula vinculante’.

“Dir-se-á: o Poder Público é o grande freguês. É verdade. A estatística que fiz levantar mostra que a União, O INSS e o Estado de São Paulo respondem por 60% do movimento do Supremo Tribunal...” (p.17)

credibilidade na Justiça - maior, mais aguda, talvez, do que a crise geral nas instituições estatais de hoje. E essa crise de credibilidade ameaça constantemente afetar o coeficiente necessário de legitimidade do Judiciário, o que é uma legitimidade específica, que não tem, como os Poderes políticos, a catarse periódica da renovação dos mandatos e que por isso, há de viver da sua credibilidade, que é função da sua capacidade de responder à demanda da justiça de uma sociedade ansiosa.¹⁴⁵

Com base nos argumentos acima, Pertence acaba sustentando o projeto do Senador Ronaldo Cunha Lima¹⁴⁶ (que tenta introduzir o princípio da força vinculante no ordenamento) por achar ser a solução possível aos problemas de decisões antagônicas dentro do ordenamento e que a aprovação de tal projeto diminuiria o número de processos no STF, nos casos de controle difuso incidental, ao obrigar os juízes e os tribunais inferiores a acatarem as decisões do STF:

“Os números aterradores da estatística de processos recebidos e julgados pelo Supremo Tribunal, nessa quadra, justificariam por si só a proposição. Nos últimos dois anos, os números são notórios; 1995, o pico da acelerada multiplicação de causas no Supremo Tribunal resultou nesses números que têm assustado, nos encontros internacionais de que tenho participado com Presidentes de Cortes similares, a todos. Recebemos 30.706 feitos e emitimos 35.214 decisões.

Neste mesmo ano, a Suprema Corte americana recebia cerca de 4.000 propostas de processos, aceitava julgar cerca de 300 e emitia 180 julgamentos. O Tribunal Constitucional Alemão era procurado por cerca de cinco a sete mil queixas constitucionais, mas só 2% delas passavam pelo crivo da

¹⁴⁵ Ibidem. p. 2-3.

¹⁴⁶ Proposta de emenda à Constituição n. 54, de 1995 de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB/Paraíba) que versa sobre a questão da ‘súmula vinculante’.

Dá nova redação ao § 2º do artigo 102 da Constituição Federal:

“Art. 102 -

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, após sumuladas, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

comissão encarregada de discricionariamente escolher as queixas a julgar.

O ano de 1996 não há muito a comemorar. Os 30.706 processos entrados no ano anterior se reduzem a 28.084. E as 35.000 decisões de 1995 se reduzem a 29.000 decisões.

Mas, mais grave do que esses números aterradores dos anos de pico que estamos vivendo é o perfil do crescimento.

Em 1940 o STF era também a segunda instância do que hoje chamamos Justiça Federal, toda ela. Era mais ou menos algo equivalente ao que na estrutura judiciária de hoje são o STF, o STJ, os cinco Tribunais Regionais Federais. Pois bem! Receberam-se, naquele ano de 1940, 2.419 processos. E já havia gritos dramáticos de que o Supremo poderia afogar-se ante o número absurdo de processos que alcançava.

Cai o Estado Novo, democratiza-se o país, aumenta a complexidade do país e, em 1950, dez anos após, são 3.091 feitos recebidos. Segue-se a década de 1950, o seu desenvolvimentismo, o início da urbanização violenta, eis que o Supremo cresce de 1950 a 1960, duas vezes o número de processos recebidos, que chegam de 3091 em 1950 a 6.504 em 1960.

Em 1970, por causa do auge do autoritarismo apresenta-se um dado inesperado: decresce a procura da Justiça que se reflete no número do STF. O que era, em 1960 6504 processos recebidos desce dez anos mais tarde a 6.367 feitos.

Em 1980, início da distensão política, são 9.555 feitos e começa então, paralelo ao processo de democratização, um salto dos números. Em 1990, dez anos após ter recebido 9.500 processos, o Tribunal recebia 16.388 feitos...”

Os dados estatísticos enunciados pelo ministro Pertence demonstram que houve uma avalanche de ações depois da promulgação da Constituição de 1988, mas daí a achar que o princípio da força vinculante vai resolver os problemas que o Poder Judiciário vem enfrentando é pretensão em demasia, pois esses problemas não decorrem simplesmente de equívocos instrumentais adotados no ordenamento. Até porque, a tradição jurídica brasileira não consegue mais acompanhar a dinâmica da vida social (que é multifacetada e conflituosa) e o estudo sobre a metodologia kelseniana mostrou-nos como ela restringe os limites de ação dos órgãos judicantes à esfera técnico-formal, desconectando o

Poder Judiciário da realidade social brasileira. Assim, os argumentos juspositivistas acabaram atribuindo **sustentação teórica** a mecanismos formais nos quais os privilégios e os interesses clientelistas eram reafirmados e repostos dia a dia. Por outro lado, os regimes políticos autoritários no Brasil utilizaram-se várias vezes do **legalismo**, principalmente das Constituições Federais, para aumentar e centralizar o poder político na esfera do Executivo.

Mas diante desse movimento de usurpação de poder pelo Executivo, qual foi a reação do Judiciário? Lima Lopes¹⁴⁷, por exemplo, acusa o Judiciário de uma postura inercial e expõe que em alguns momentos esse aparato burocrático, que detém o monopólio de aplicação do Direito brasileiro, esteve “comprometido” com esses regimes porque, de certa forma, eles propiciaram algumas vantagens aos magistrados que compõem esse aparato. Apesar do processo de democratização ainda pode ser detectada a defesa de interesses clientelistas no Judiciário Brasileiro, como a permanência de nepotismo nos tribunais¹⁴⁸ e de defesas de “caixinhas”, como a que a Associação dos juízes estaduais paulistas recebe em razão do artigo 1º. da Lei 3.724, de 14 de março de 1983:

Artigo 1º. - “Em todos os atos extrajudiciais, excetuados os previstos no § 1º. da Lei Federal no. 6015/73, será

¹⁴⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo. A função política do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e justiça; a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989.

¹⁴⁸ Os casos de nepotismo nos tribunais brasileiros estão cada vez mais sendo denunciados pela mídia. Ver, por exemplo, o artigo de BARBOSA, Adelson. Tribunal paga três vezes mais por um imóvel. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. 1-14, nov. 23. 1995. Esse artigo expôs que o juiz-presidente, Paulo Montenegro Pires, do Tribunal Regional do Trabalho na Paraíba foi acusado de nepotismo tendo nomeado 48 parentes sem concurso público. Na listagem apareceram os nomes de 30 sobrinhos, quatro filhos, a mulher, dois genros, uma nora, a mãe de um genro, primos, cunhados e concunhados. Pires ocupou a presidência interinamente no lugar de Severino Marcondes Meira, que segundo o artigo também foi acusado de nomear 25 parentes sem concurso público. Um outro artigo publicado pela Folha de São Paulo, São Paulo, p. 1-9, 14 ago. 1995 apontou casos de nepotismo no Tribunal de Justiça de Porto Alegre (aproximadamente 54 funcionários não-concursados do tribunal são parentes de desembargadores).

cobrada uma contribuição à Associação Paulista dos Magistrados, cujo valor será igual a 1% (um por cento) dos emolumentos devidos ao escrivão.

Parágrafo único - A contribuição de que trata este artigo será destinada a finalidades assistenciais da Associação Paulista da Magistratura, sob o sistema de fiscalização previsto na Constituição do Estado (Título II, Capítulo III, Seção IV).”¹⁴⁹

Mas juízes, como Urbano Ruiz, adeptos do movimento de juízes para a democracia, estão contestando essas “caixinhas” e postulando uma reavaliação na estrutura do Poder Judiciário e na metodologia jurídica empregada argumentando que, caso contrário, o Judiciário tornar-se-á uma instituição meramente “tecnocratizada”.¹⁵⁰

Há, portanto, necessidade de que a sociedade civil, os legisladores juntamente com os magistrados percebam e identifiquem que o Judiciário Brasileiro, na Constituição de 1988, consolidou-se como uma **instância de poder** importante. Em decorrência, devem reavaliar a forma como o Judiciário faz uso do monopólio de aplicação do Direito vigente, bem como redefinir os limites de ação dos órgãos judicantes, levando em consideração a trajetória histórica de abusos cometidos pelo Executivo. A maior dificuldade de concretizar tais idéias decorre do fato de que a maioria dos juízes brasileiros não conseguem superar a **pretendida neutralidade e despolitização** juspositivista. Outra dificuldade que emerge é: como suprimir do Judiciário atual o nepotismo, autoritarismo e os privilégios que foram quase que cristalizados nos regimes políticos anteriores? Diante disso, devemos nos perguntar qual metodologia utilizar para diagnosticar as deficiências do aparato burocrático, as distorções que juspositivismo proporciona, o problema de formação dos operadores do Direito e, por fim, como minimizar a proliferação excessiva de

¹⁴⁹ A Lei 3.74, de 14 de março de 1983, concede à associação Paulista dos Magistrados um percentual dos emolumentos que se destinam a fins ‘assistenciais’.

normas jurídicas fixadas pelo Estado Brasileiro. Podemos detectar incongruências e distorções convivendo no Poder Judiciário atual, as quais se originaram e se consolidaram ao longo de uma trajetória histórica de regimes autoritários baseada numa cultura política que repunha o **mandonismo**, a **subserviência** e confirmava, através de **legalismos**, privilégios para poucos. Buscando entender estas distorções poderíamos pensar os problemas desse Poder não mais pela ótica do juspositivismo kelseniano, mas pensar as deficiências pela ótica do patrimônio teórico Sociologia dos Tribunais que está sendo usado por pesquisadores internacionais.

¹⁵⁰ Ver trabalho de LOTTO, Tânia Henriqueta. *Da burocracia à tecnocracia à luz de Max Weber*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito, USP, 1986.

CAPÍTULO IV

DIREITO E LEGALIDADE: UM ELO PERDIDO?

“A questão de entender e propor os caminhos para a democracia no Brasil - questão sempre atormentada pelo desencontro entre as reivindicações da ação coletiva e o realismo da política, tendo como pano de fundo os amargos pesadelos das ditaduras, dos populismos, dos privilégios, das impunidades, das desigualdades - parece ter mudado de qualidade nestes anos 80. Trata-se de uma mudança em sua formulação: interroga-se menos a arte de governar e suas condições institucionais do que a constituição de uma sociabilidade político-democrática na experiência histórica, coletiva, da sociedade brasileira. Em uma palavra, a interrogação parece se deslocar, cada vez mais, para os problemas e as dificuldades da constituição de um domínio público nesta sociedade, entendido também cada vez mais como condição essencial e fundante das possibilidades democráticas.”¹⁵¹

1 - SOCIOLOGIA DOS TRIBUNAIS, PATRIMÔNIO TEÓRICO ALTERNATIVO PARA ESTUDAR O DIREITO

No cenário mundial o tema Direito começou a ser repensado com maior vigor após a Segunda Guerra Mundial quando passou a ser objeto de interesse da Sociologia não mais pela via da negatividade (que analisava o Direito só como instrumento de dominação utilizado pelas classes dominantes) mas pela via teórica que percebia no Direito um instrumento assegurador de conquistas

¹⁵¹ PAOLI, Maria Célia. Trabalhadores e cidadania; experiência do mundo público na história do Brasil moderno. *Estudos Avançados*, 3(7), 1989.

sociais. Foi no contexto histórico do pós-guerra que se consolidou o patrimônio teórico, Sociologia dos Tribunais. Estudos sobre os 'sistemas jurídicos de origem positivista'¹⁵² mostravam a discrepância entre a legalidade formalmente vigente e o Direito socialmente almejado, e críticos como Cappelletti começaram a postular que os sistemas jurídicos deveriam abandonar a metodologia positivista kelseniana. Em razão disso, pesquisadores começaram a introduzir, em seus estudos, metodologias de outras áreas de conhecimento como Sociologia, Política e Antropologia. Algumas condições teóricas e sociais foram fundamentais para a criação da Sociologia dos Tribunais¹⁵³, tais como a incorporação de três grandes instrumentais teóricos: 1) a Sociologia das Organizações de inspiração weberiana; 2) os estudos, dentro da Ciência Política, sobre o poder político dos tribunais e 3) a antropologia do Direito moderno. A Sociologia dos Tribunais está sendo usada por pesquisadores da área de Direito, dentre os quais destaca-se Cappelletti:

“Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação a muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores, ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica - a luta pelo acesso à justiça.”¹⁵⁴

¹⁵² Ver estudos comparativos em CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988. Livro que é referência básica à realização de pesquisas nessa área.

¹⁵³ O termo Sociologia do Tribunais foi utilizado, na concepção que adotamos, por SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça*. In: *Pela mão de Alice; o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988. p.7-8.

O patrimônio conceitual de Weber permitiu a elaboração teórica da Sociologia das Organizações, e conseqüentemente da Sociologia dos Tribunais ao chamar a atenção para o fato que:

“...somente a burocracia estabelece as bases da administração de um direito racional conceitualmente sistematizado, tendo como fundamento as leis que o período final do Império Romano criou com grande perfeição técnica. Durante a Idade Média, esse direito foi recebido, juntamente com a burocratização da administração legal, ou seja, com afastamento dos velhos processos de julgamento que estavam ligados à tradição ou pressupostos irracionais, pelo perito racionalmente treinado e especializado.”¹⁵⁵

Sousa Santos, analisando o conceito de Direito em Weber, destacou:

“...o que caracteriza o Direito nas sociedades capitalistas e o distingue das sociedades anteriores é a construção de um monopólio estatal administrado por funcionários especializados segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstratas aplicadas a casos concretos por via de processos controláveis; uma administração em tudo integrável no tipo ideal de burocracia idealizado por Weber...”¹⁵⁶

Por isso, em razão do desenvolvimento teórico da Sociologia das Organizações foi possível deslocar o eixo de análise da **norma** como enunciado abstrato e dirigi-lo a uma nova visão sociológica centrada em dimensões processuais, institucionais e organizacionais do aparato burocrático. Com essa metodologia pode-se perceber como andam a administração e a estrutura organizacional do Judiciário e como funciona o recrutamento dos magistrados.

¹⁵⁵ WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971. p. 251

¹⁵⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Op. cit. p.163

No Brasil os estudos ainda são incipientes e isto decorre de fatores que estão enraizados, há muito tempo, na cultura jurídico-política brasileira, que além de seguir a metodologia kelseniana traz ainda resquícios de uma tradição de cultura política da dádiva¹⁵⁷ em que o mandonismo e a subserviência transbordam a esfera do privado e manifestam-se no Poder Judiciário. Em razão dessa cultura jurídico-política há muita resistência, principalmente por parte dos juízes, de desenvolver estudos sobre os problemas do Judiciário, pois essa cultura está internalizada de tal forma na tradição jurídica que os próprios operadores do Direito não a percebem. Ver, por exemplo, depoimentos de pesquisadores, como o que segue abaixo, que aplicaram os questionários da pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, Idesp, sobre Poder Judiciário:

Relato 6

"Muitos juízes recusaram-se inicialmente a responder ao questionário. Alguns manifestaram medo de que isto os prejudicasse em sua carreira, caso o conteúdo de suas repostas chegasse até a Corregedoria. Esclarecidos da finalidade da pesquisa, da forma como seriam tratados os dados e lendo o cabeçalho do questionário, muitos passaram a responder às perguntas. Outros, assim mesmo, mostravam-se reticentes[...] não tive contato direto com todos os juízes pesquisados. Em vários casos a dificuldade de chegar até o juiz não pôde ser superada..."¹⁵⁸

¹⁵⁷ SALES, Teresa. Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 25, 1994.

"Quando, na passagem do século, aboliu-se a escravidão e implantou-se a República em nosso país, o domínio do liberalismo enquanto doutrina em pouco ou nada contribuiu para a instauração dos direitos elementares da cidadania. O liberalismo dos senhores de terra neste país, como muito bem afirma Weffort (1985), sempre foi, em essência, um privatismo conservador, cujas raízes podem ser encontradas nas velhas oligarquias da Primeira República"[...] A vinculação, pobreza-submissão, mais que uma marca da cultura política herdada do monopólio do mando pelo domínio territorial é uma marca desse estado de compromisso herdado da nossa República Velha." (p.32-34)

¹⁵⁸ SADEK, Maria Teresa (Org.). Observações sobre a pesquisa In: *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Editora Sumaré, Série Justiça, 1995. (p. 24-28)

Em decorrência, os estudos sobre a organização dos tribunais estão engatinhando se comparados com os estudos de países como Itália e Estados Unidos, mas existem alguns trabalhos, como os desenvolvidos pelo Idesp, que avaliaram o perfil dos juízes, a “pesada estrutura” e a morosidade das decisões judiciais do Judiciário Brasileiro.¹⁵⁹

Dentre outras condições teóricas que contribuíram para a criação da Sociologia dos Tribunais, os trabalhos em Ciência Política com enfoque nos tribunais como instância de decisão e de poder político¹⁶⁰ possibilitaram perceber que a cultura normativista, pautada na imparcialidade e neutralidade, estava superada. Esses estudos, além de analisarem a existência de motivações políticas nas sentenças judiciais, mostraram que ideologias políticas poderiam ser detectadas nos vários setores do aparato burocrático. Desses trabalhos destacam-se os de SCHUBERT¹⁶¹, nos EUA, que demonstraram a presença de influências sociais, religiosas e familiares nas sentenças proferidas pelos magistrados norte-americanos. Schubert demonstrou a presença de ideologias nos relatórios e nas declarações de voto das sentenças dos magistrados que compunham o quadro da Suprema Corte de Justiça. Na Itália também foram

¹⁵⁹ Ver trabalho desenvolvido por SADEK, Maria Teresa. A crise do judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*, Dossiê Judiciário, n. 21, 1994.

¹⁶⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça In: *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

“...Por um lado, colocou os juízes no centro do campo analítico, os seus comportamentos, as decisões por eles proferidas e as motivações delas constantes, passaram a ser uma variável dependente cuja aplicação se procurou nas correlações com variáveis independentes fossem elas a origem de classe, a formação profissional, a idade ou sobretudo a ideologia política e social dos juízes. A segunda consequência consistiu em desmentir por completo a idéia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes.” (p. 172)

¹⁶¹ SCHUBERT, G. *The judicial mind; the attitudes and ideologies of Suprem Court Jusitices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965.

feitos estudos interessantes, como os de Renato Treves, que revelaram tendências ideológicas no solo da magistratura italiana.¹⁶²

Os estudos sobre o Poder Judiciário que utilizaram instrumentais teóricos da Ciência Política propiciaram-nos uma reflexão sobre a formação do profissional na área¹⁶³, seja advogado, promotor ou magistrado, e a necessidade de dotá-los de conhecimentos sociológicos e políticos para que se conscientizem do significado político do corpo profissional a que pertencem, possibilitando assim, uma eterna vigilância de seus próprios posicionamentos e de suas decisões frente a uma sociedade complexa e conflitiva. No Brasil ver pesquisa publicada de Koerner na *Revista USP*, que analisou a importância do controle de cargos dos ministros do STF e da política de nomeação de juízes seccionais para as oligarquias estaduais na Política dos Governadores durante a Primeira República. Esse autor estudou também as decisões de *habeas corpus* do STF nos conflitos entre oligarquias estaduais no período de 1908-1911:

“Na República, os governadores estaduais passaram a ser eleitos diretamente e, assim, as oligarquias estaduais estabeleceram aliança com coronéis, que lhes davam apoio eleitoral em troca do controle dos municípios [...] O controle dos cargos de ministro do STF e de juiz seccional era importante para as oligarquias estaduais na Política dos Governadores. Devido às suas atribuições constitucionais, os juízes tinham o poder de julgar os conflitos entre União e Estados e os crimes políticos, entre outros [...] Além

¹⁶² SOUSA SANTOS, Boaventura. Op. cit. p.173-174. Esses estudos apresentaram três tendências na magistratura italiana:

"1) estrutural/funcionalista, no qual foram agrupados os conservadores e os moderados que davam ênfase a ordem, certeza do Direito, a divisão de poderes, adeptos das soluções tradicionais; 2) conflitivismo pluralista, em que prevaleciam idéias de mudança social e reformismo com a finalidade ao aprofundamento da democracia dentro do marco jurídico-constitucional do Estado de Direito. 3) conflitivismo dicotômico de tipo marxista - mais radicais; que agrupa os juízes apostados no uso alternativo do Direito, numa função mais criadora da magistratura enquanto contribuição do Direito para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária."

¹⁶³ No Brasil, ver trabalho FARIA, J. Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1987.

disso, a nomeação de um ministro para o STF poderia ser a retribuição do presidente da República a um auxiliar por serviços prestados, ou parte de uma aliança entre facções...¹⁶⁴

O instrumental teórico desenvolvido pela antropologia do Direito¹⁶⁵ desempenhou um papel importante no desenvolvimento da Sociologia dos Tribunais, ao dar atenção aos litígios (conflitos jurídicos) e não às normas gerais e abstratas. Em decorrência, acabou mostrando a relevância do elemento cultural na composição dos litígios, bem como introduziu uma nova perspectiva de como encarar o Direito. Indo um pouco além, podemos dizer que o papel do aparato burocrático passou a ter uma nova leitura, pois a antropologia do direito possibilitou o conhecimento de formas de Direito e padrões de vida jurídica totalmente diversos entre si em uma mesma sociedade; uma pluralidade de Direitos convivendo e interagindo de diferentes formas¹⁶⁶. Com isso, o Estado que em Weber é o detentor da violência legítima passou, depois desses estudos, a ser questionado pelo monopólio de produção e distribuição do Direito legal. No Brasil, Falcão utiliza esse instrumental teórico para sustentar a defesa dos Direitos emergentes legítimos e das novas formas de resolução de conflitos que estão aparecendo, com base em argumentos de que tais direitos são direitos humanos:

¹⁶⁴ KOERNER, Andrei. O poder judiciário no sistema político da primeira República. *Revista USP*, Dossiê Judiciário, n. 21, 1994.

¹⁶⁵ No Brasil, ver ensaios de: RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, estado e legitimação e de FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais, os dois ensaios encontram-se no livro FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989. Ver ainda: HERKENHOFF, João Baptista. A função judiciária no interior In: SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim Arruda (Org.). *Sociologia, direito*. São Paulo: Pioneira, 1980. FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social, justiça legal: os conflitos de propriedade no Recife In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.) *Conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹⁶⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Justiça popular, dualidade de poderes e estratégia socialista. In: *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989. Desenvolveu um trabalho sobre um 'direito de asfalto', analisando o caso da associação de moradores de uma grande favela do Rio de Janeiro (denominada 'Pasárgada'),

“...constatamos que a defesa dos direitos humanos e o combate às discriminações sociais quase nunca se limitaram ao campo estritamente legal. Ao contrário, exigiu, paralelamente, o desenvolvimento de pressões políticas variadas, o uso intensivo dos meios de comunicação, a defesa no âmbito administrativo local, o apoio à organização dos interesses comunitários, e até mesmo de atuações de médio prazo na educação legal dos cidadãos[...] na verdade, os serviços extralegais justificam-se por dois motivos. Primeiro, porque, aplicar a lei estatal pode ser a via mais rápida e eficaz para violar direitos humanos e praticar a discriminação. Segundo, [...] porque o que caracteriza o Poder Judiciário na maioria dos países da América Latina não é uma atitude criativa, autônoma e adaptadora da lei estatal. Ao contrário, o que caracteriza é sua inteira submissão. Ou quase inteira. Quase sempre, prevalece a mecânica implementação da lei estatal. Da lei de qualquer Estado. Mesmo do Estado autoritário e ditatorial...”¹⁶⁷

A criação e o desenvolvimento da Sociologia dos Tribunais foram oriundos também de fatores sociais que devem ser explicitados. As lutas sociais protagonizadas por vários segmentos sociais (mulheres, negros, estudantes) tentavam resgatar ou até mesmo reelaborar o conteúdo democrático dos regimes políticos saídos do pós-2a.guerra. E diante do surgimento de movimentos múltiplos (sociais, sindicais) foi ocorrendo, ao longo do tempo, a incorporação de novos direitos sociais e a **igualdade dos cidadãos perante a lei** passou a ser **confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos**. Desde então, este tema passou a ser um campo investigativo de análise sociológica, e uma das questões que ainda hoje se discute é o acesso diferencial ao Direito

que exercia o papel de um ‘fórum judicial’ no qual se tinha uma interação jurídica complexa e marginal com relação ao ‘sistema jurídico estatal’.

¹⁶⁷ FALCÃO, Joaquim Arruda. Democratização e serviços legais. In: FARIA, J. E.(Org.). *Direito e justiça; a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p.149. Ver ainda publicações do ‘movimento dos juizes que postulam o direito alternativo’. A primeira obra publicada foi ARRUDA JR. Edmundo Lima (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. Essa editora publicou vários livros sobre esse movimento, existe inclusive, uma revista sobre a temática, a *Revista de direito alternativo* (com início em 1992).

positivado e à Justiça por parte de diferentes classes e estratos sociais¹⁶⁸. Aliado às redefinições dos conceitos de cidadania e de direitos humanos, a transformação e o desenvolvimento do modo de produção capitalista ocasionou conflitos e mudanças sociais, que afetaram diretamente o modo de elaboração dos ordenamentos jurídicos, como a integração da mulher no mercado de trabalho, a incorporação de novos direitos trabalhistas decorrentes de uma melhor mobilização e organização dos movimentos sindicais. Tudo isso resultou numa explosão de litigiosidade em que o aparato burocrático, responsável pela administração da justiça, não conseguiu dar respostas imediatas e satisfatórias. Sousa Santos, por exemplo, no texto *Sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça*¹⁶⁹, aponta que além da transformação social não se pode esquecer a crescente incapacidade do Estado em cumprir os compromissos sociais e providenciais para com as classes populares, bem como a incapacidade deste mesmo Estado em expandir os serviços de administração de Justiça, propiciando um dos exercícios da cidadania, que é o acesso ao Judiciário.

Lima Lopes¹⁷⁰, em seu ensaio *Direito, justiça e utopia*, descreve que o próprio conceito de direitos humanos modificou-se no Brasil:

"Junto com a repressão e marginalização das lideranças e organizações populares (que se formavam durante os anos do populismo) e ao lado da pauperização incontrolável das massas de migrantes, camponeses e setores trabalhadores urbanos começou a vingar uma rede de resistência ao Estado. De início esta rede teve caráter explicitamente político: defesa dos presos políticos torturados e desaparecidos. O auge desta luta no Brasil vai até a morte

¹⁶⁸ No Brasil, ver trabalho de LIMA LOPES, J. Reinaldo de. A função política do poder judiciário. In: *Direito e justiça; a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989, p. 123-144, mais especificamente a pesquisa de Piquet Carneiro, *A justiça do pobre*.

¹⁶⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura. Op. cit.

¹⁷⁰ LIMA LOPES, J. Reinaldo de. Direito, justiça e utopia. In: FARIA, J. E. (Org.) *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora UNB, 1988.

de Wladimir Herzog (1975). O movimento de direitos humanos não teve caráter nitidamente classista, porque foi conduzido pelas classes médias e sobretudo dirigido a proteger seus filhos (profissionais liberais, universitários, eventualmente líderes populares). De 1975 para cá houve mudanças: direitos humanos tornou-se sinônimo de defesa de interesses populares (moradia, terra, sindicalização, resistência à violência policial cotidiana, etc.) e as vítimas das violações de direitos humanos são procedentes das classes populares e marginais, quer como indivíduos, quer como organizações."

A indagação que se faz hoje é: como elaborar uma nova política social e judiciária que esteja comprometida com o processo de democratização do Direito? Existem propostas de encaminhamento desse problema. A primeira delas postula modificações e alterações procedimentais no ordenamento e simplificações dos atos processuais para que as sentenças sejam mais rápidas e sem tantos atos protelatórios, simplesmente burocratizantes, que têm um custo social e econômico grande. Os magistrados brasileiros estão postulando mais este caminho. Existem alguns avanços nesta linha, como a reformulação de vários artigos do Código de Processo Civil em 1994. As discussões em Congressos Jurídicos continuam centralizando-se na necessidade de novas reformulações procedimentais na legislação vigente. A segunda proposta, uma continuação da primeira, diz respeito mais ao processo de democratização de acesso e postula a eliminação de obstáculos econômicos¹⁷¹ de acesso ao Judiciário¹⁷². No Brasil a opção foi pela criação dos Juizados de Pequenas

¹⁷¹ A Constituição de 1988 contemplou no artigo 98, I a possibilidade de criar Juizados Especiais, buscou-se com isso, uma maior rapidez e uma simplificação dos atos processuais, pois em regra geral, não há necessidade da presença de advogado, sendo gratuito todo o processo.

¹⁷² Estudos, como os de Cappelletti (op. cit.), revelaram que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, todavia é proporcionalmente mais cara às classes populares. Existem obstáculos, principalmente para as pessoas economicamente desfavorecidas, pois na maioria das vezes desconhecem os seus direitos, e portanto têm mais dificuldades em reconhecerem um problema como sendo jurídico. Às vezes, mesmo conhecendo seus direitos, não têm acesso a nenhum advogado, e o que é pior, a Assistência Judiciária Gratuita oferecida a esta população é insatisfatória, pois foi concebida para a prestação de um serviço direcionado a

Causas. No entanto, parece que esses juizados foram criados mais para desafogar a sobrecarga de trabalho nos juízos estaduais do que propriamente respeitar o processo de democratização. A revista *VEJA* divulgou uma estimativa de que 6 milhões de processos estavam em tramitação nos órgãos judicantes brasileiros em 1996 e que a tendência era aumentar. Além disso, a revista publicou que para cada processo estima-se uma média de 3 recursos judiciais.¹⁷³

Existem outras propostas, mais radicais e não muito aceitas pelos operadores do direito, como a sustentada por Jobim. O ministro do STF, Nelson Jobim, quando deputado federal e relator da Revisão Constitucional elaborou um parecer favorável a proposta de Emenda à Constituição n. 112/95 de autoria do deputado federal José Genoíno do PT/SP, que tentava introduzir um **Controle Externo ao Judiciário**. Sua fundamentação era a seguinte:

"... O Estado Democrático de Direito não contempla poder sem controle.[...] Em nenhum outro Poder a necessidade de controle é tão pronunciada quanto no Judiciário. O processo de seleção de seus membros (mediante concurso público) assegura a isonomia no acesso aos cargos públicos e a excelência tecno-jurídica de seus membros, inviabilizando, entretanto, modalidade de legitimação democrática semelhante a dos demais poderes. Argumentar-se-ia, então, não caracterizar o juiz como representante político do soberano. Tal fato, aliado ao caráter marcadamente técnico da atividade jurisdicional, reserva ao Judiciário legitimidade em todo peculiar. Cumulativamente, a inexistência de mandatos (incompatível com a garantia da vitaliciedade) singulariza a legitimidade daqueles que integram a vontade dos órgãos jurisdicionais.

indivíduos, por conseguinte, exclui reivindicações coletivas (como o caso dos sem-teto, do movimento dos cortiços).

¹⁷³ Vide artigos CAPRIGLIONE, Laura, SANTA CRUZ, Angélica. Sem lei nem ordem; nunca os brasileiros procuraram tanto os tribunais, mas os juizes dizem que não conseguem fazer justiça. (p. 58-63) e MEZAROBBA, Glenda, FURTADO, Thaís. Dando um jeito; as saídas já testadas para fazer o processo andar mais depressa.(p. 64-65) ambos divulgados pela *Revista Veja*, São Paulo, 11 dez. 1996.

Ademais, a ausência de mecanismos de democracia direta, como aqueles consubstanciados na participação popular prevista nos incisos I, II e III do artigo 14 da CF/88, parece contribuir para o alheamento da cidadania no que concerne aos atos do Poder Judiciário.”¹⁷⁴

No Brasil, o direito codificado começou a ser de fato questionado após o processo de abertura política na década de 80. Estudos¹⁷⁵ mostraram que na maioria das vezes a ausência da efetivação de alguns direitos (como os de moradia, os de educação) contribuíram para aumentar o **pluralismo jurídico** no Brasil, mas apesar da Constituição de 1988 ter ampliado direitos considerados pela ONU como ‘direitos humanos’ o ordenamento brasileiro acabou recepcionando a legislação ordinária que, embora não claramente incompatível com a Constituição Brasileira (como o nosso Código Civil de 1916 e o nosso Código Comercial de 1850), não regulamenta esses **novos direitos**, pelo contrário, às vezes até os impede de serem aplicados.¹⁷⁶ Por isso, pesquisadores como Cappelletti e Sousa Santos introduzem a Sociologia dos Tribunais para estudar os sistemas jurídicos modernos, por entenderem que esses sistemas são complexos e que para compreendê-los não se pode estudar separadamente a esfera do jurídico da esfera do político, da esfera do econômico e da esfera cultural, e que essas novas referências metodológicas visam policiar os sistemas jurídicos atuais e assegurar um efetivo exercício de cidadania.

¹⁷⁴ JOBIM, Nélson. Todo poder tem controle. *Jornal do Conselho Federal da OAB*, n. 40, 1995.

¹⁷⁵ Como os de Joaquim Arruda Falcão em Recife, como os de João Piquet em São Paulo e Rio de Janeiro e como as de Boaventura Sousa e Santos no Rio de Janeiro. Essas obras já foram apontadas em notas anteriores.

¹⁷⁶ Exemplo é o artigo 502 do Código Civil que habilita o possuidor de um imóvel a usar de sua própria força para manter a posse, todavia tal artigo não especifica a proibição de armas de fogo e a contratação de jagunços para estes atos de defesa.

Artigo 502 - “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

Parágrafo único. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

"São imensos os desafios que hoje se colocam para a cidadania na sociedade brasileira. Nos tempos que correm, problemas de longa data combinam-se com dilemas postos pelas mudanças em curso no mundo contemporâneo. Nesta década que já prenuncia um novo século, vive-se o paradoxo de uma sociedade que tem esperanças em seu horizonte, mas também pesadelos, sem ter ainda realizado as promessas que inauguram os 'tempos modernos'. Neste momento de encruzilhada, em que os destinos do país são decididos, estão em jogo as possibilidades de construção de um projeto de futuro em que a modernidade seja conjugada com igualdade e justiça." ¹⁷⁷

2 - CRÍTICAS AO DIREITO BRASILEIRO

Apontaremos agora os debates a respeito do argumento juspositivista da segurança jurídica, do monopólio de distribuição de justiça nas mãos do Judiciário, da utilização do instituto da legalidade para consolidar privilégios no país e do excesso de codificação existente no Brasil. Discursos, como os do **movimento de juízes para a democracia**¹⁷⁸ abordam o problema do excesso de codificação e de procedimentos formais no nosso ordenamento jurídico e acabam respaldando-se nos discursos de cientistas sociais como o de Paoli¹⁷⁹ para explicitar que esse excesso acabou engessando o ordenamento de tal maneira que o mesmo parece um "monstro lerdo, cego, desgastado e sem forças." Já os discursos filiados à teoria pluralista do Direito¹⁸⁰, como os de

¹⁷⁷ TELLES, Vera. Sociedade civil, Direitos e espaços públicos. *Revista Pólis*, n. 14, 1994.

¹⁷⁸ Podemos citar como exemplo os vários artigos publicados em São Paulo pelo próprio movimento. Ver publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia. *Revista Justiça e Democracia; revista semestral de informações e debates*, n. 1, primeiro semestre de 1996. É importante ressaltar que autores como José Eduardo Faria e Dalmo de Abreu exercem influência sobre esse movimento, tendo publicado artigos por essa Associação.

¹⁷⁹ PAOLI, Maria Célia. Op. cit.

¹⁸⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Notas sobre a história juridico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

"Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um

Wolkmer, tentam mostrar certas mudanças na concepção de ação política que buscam cada vez mais uma participação e envolvimento da sociedade e acabam reivindicando a presença de novas formas de juridicidade não estatais. Partindo desta perspectiva, o Direito não deve ser interpretado como sinônimo de Direito positivado vigente:

“...admite-se portanto que o ‘novo Direito’ (juridicidade alternativa), por estar inserido nas práticas sociais e delas ser produto, transcende aos órgãos estatais, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa e adquirindo um caráter múltiplo e heterônomo. As formas de pluralismo jurídico, que não se sujeitam ao formalismo a-histórico das fontes tradicionais (lei, costume e jurisprudência), estão embasadas no espaço de legitimidade gerado pela mobilização e participação dos movimentos sociais. O ‘novo Direito’ não pode ser assimilado a instituições e órgãos representativos do monopólio estatal, pois compete incorporar outras fontes alternativas de produção normativa, tanto na esfera supra-estatal (organizações internacionais) como no âmbito infra-estatal (grupos microsociais emergentes).”¹⁸¹

Existem polêmicas quanto a este tipo de discurso. De um lado estão os positivistas jurídicos em geral, que colocam Direito como sinônimo de norma jurídica estabelecida pelo Estado, do outro estão movimentos, como os dos juízes que postulam a aplicação do direito alternativo, que tentam ampliar o conceito de Direito a partir da defesa da legitimidade gerada pela mobilização e participação dos movimentos sociais. Os discursos dos juízes alternativos respaldam-se, à maioria das vezes, na redefinição do conceito de cidadania propiciada pelo processo de democratização e prevista no texto constitucional de 1988. Em razão disso, analisaremos o conceito de cidadania presente no texto de 1988, no que se refere ao controle de constitucionalidade.

período de transformação revolucionária, ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada (uma favela do Rio de Janeiro), da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social, neste caso, a habitação” (p.42)

¹⁸¹ WOLKMER, A. Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA, Edmundo L. (Org.). *Lições de Direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

3 - INCOMPATIBILIDADE ENTRE JUSPOSITIVISMO BRASILEIRO E MODELO DE CONSTITUCIONALIDADE

A incompatibilidade entre o juspositivismo brasileiro e o modelo de constitucionalidade deu-se em grande medida pelo alargamento e pela redefinição do conceito de cidadania no texto constitucional de 1988, pois o mecanismo de constitucionalidade acabou possibilitando que movimentos múltiplos (sociais, sindicais) contestassem a legitimidade da legislação em vigor e buscassem uma reinterpretação do Direito vigente que possibilitasse o exercício da cidadania. Mas para mostrarmos essa redefinição do conceito de cidadania no texto de 88 abordaremos, inicialmente, os conceitos de cidadania desenvolvidos por Santos e Sales¹⁸².

Estudos, como o de Santos e Sales, trazem-nos certas reflexões sobre as raízes de exclusão que estiveram presentes na história brasileira e nos possibilitam ainda fazer uma leitura do Judiciário e do Direito Brasileiro tanto sob a ótica estatal quanto sob a ótica de cultura e política. Buscaremos com tais estudos perceber um pouco a trajetória das incorporações dos direitos sociais contemplados no ordenamento brasileiro e a natureza do vínculo estabelecido na criação desses direitos. Santos, por exemplo, descreve um **mascamamento** da desigualdade social existente na década de 30 quando se legalizou vários direitos sociais. Tal argumento respalda-se no entendimento de que a implementação e a delimitação da ação política era baseada num conceito de **cidadania regulada**¹⁸³, conceito no qual, Santos parte de um pressuposto de

¹⁸² SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Do laissez-faire repressivo à cidadania em recesso. In: *Cidadania e justiça; a política social na ordem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987. SALES, Teresa. Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 25, 1994

¹⁸³ Ibidem.

vínculo ocupacional em que os direitos dos cidadãos eram instituídos juntamente com as exclusões dos pré-cidadãos, pois o exercício da cidadania era decorrente do pertencimento corporativo de cada pessoa, ou seja, era decorrente dos direitos das profissões e as profissões eram definidas via regulamentação estatal. Sob a ótica desse autor, o exercício da cidadania acabou ficando atrelado à ocupação da pessoa no processo produtivo e, ao estabelecer a associação “cidadania vinculada à ocupação no processo produtivo”, acaba concluindo que a mesma já trazia em seu bojo

“...um mundo de exclusões e marginalidade (os desempregados, os subempregados, os empregados instáveis e todos aqueles que não tinham suas ocupações regulamentadas).”

Por outro lado, Weffort¹⁸⁴, em seu livro *Por que democracia?* acaba apontando-nos uma concepção **autoritária de democracia**, na qual, “a idéia de democracia como instrumento tem sido uma pedra de toque de hegemonia conservadora na história política deste país desde a República Velha.”¹⁸⁵ Ao expor tal concepção Weffort acabou estabelecendo uma relação entre Direito/lei/privilegio sendo que a lei acabou servindo de instrumento de manipulação para um particularismo bastante peculiar, a defesa de privilégios oligárquicos. Sob a ótica desse autor isto aconteceu porque não dispúnhamos de

“...Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei.” (p.68)

¹⁸⁴ Sales adota em suas análises o conceito de democracia sustentado por Weffort.

¹⁸⁵ WEFFORT, Francisco C. *Por que democracia?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1986. “Que era o Estado no Brasil antes de 1930 senão uma espécie de apêndice das grandes plantations e dos latifúndios senhoriais? Que noção de ‘coisa pública’ poderiam ter grandes proprietários que se orgulhavam de que a lei do Estado jamais entrasse pelas porteiras de suas fazendas? Que sentido da sociedade poderiam ter oligarcas para os quais ‘a questão social’ definia-se como ‘questão de polícia’.” (p. 35)

um Estado democrático¹⁸⁶ consolidado. Assim, o privilégio apresentou-se através de um dispositivo legal, sendo que o mecanismo legal nas mãos do Estado serviu como pretexto para implantar atos arbitrários que buscavam "fórmulas adrede preparadas para o exercício ilegítimo da força".

Mas como podemos pensar que essa "manipulação" do Direito positivado conseguiu sobrepor-se à sociedade civil uma vez que esta manipulação carregava toda uma gama de desigualdades sociais? Ou, em outros termos, como diz Paoli,

"...como foi possível que os temas e as lutas em torno da desigualdade, da injustiça, da participação popular, da legitimidade e da representação tenham estado no próprio âmago da história moderna do país e, mesmo assim, a esfera pública enquanto espaço democrático de reconhecimento, representação e negociação tenha sido tão difícil de se tentar visualizar?"¹⁸⁷

¹⁸⁶ Ibidem.

"É, portanto, particularismo dos privilégios oligárquicos que enquadra na tradição, a abordagem política das questões referentes ao Direito. Depois de 1964, o regime militar tem usado em tal escala da manipulação da lei que acabou criando uma designação de caráter geral para os seus artefatos pretensamente legais. [...] Não é alegre a história das relações entre Direito e política neste país. A constituição de 1946 foi desrespeitada várias vezes antes de vir a ser definitivamente abolida pelo regime militar. [...] O decreto-Lei 9.070 que regulou o Direito de greve (1946-65) foi denunciado desde a sua promulgação como inconstitucional pelo movimento operário. Era tão vaga e conferia uma capacidade discricionária tão ampla aos governos, que lhes permitia decidir, segundo os seus próprios interesses, quais greves seriam legais ou ilegais." (p.42-44)

¹⁸⁷ PAOLI, Maria Célia. Op. cit. p.43-44. Para esta autora a ausência de direitos de reconhecimento do trabalhador e de um espaço público decorre de:

"...uma homogeneização do trabalhador (fabril e urbano) como pobre e a violência em seu tratamento. A primeira vê a população como um espaço plano onde pobres genéricos transitam: humildes, eles são merecedores de caridade, assistência e favor, mas jamais direitos. A figura de trabalhadores como 'pés rapados' que aceitavam o quanto o patrão quisesse pagar e que não deveriam reclamar nem das tarefas atribuídas nem dos frequentes aumentos de horas trabalhadas fundava simultaneamente uma noção de trabalho sem face, posto no mundo apenas para garantir a sobrevivência de pessoas sem atributos que não necessitam de certeza alguma." (p. 48)

Poderíamos esclarecer alguns pontos destas questões se pensarmos em outro conceito de cidadania que foi elaborado sob a perspectiva de cultura e política, como **cidadania concedida**, por Teresa Sales, que tenta explicar *As raízes da desigualdade na cultura política brasileira*¹⁸⁸. Sales explicita, neste texto, a continuidade de uma **cultura política da dádiva** que reproduz desigualdades, repõe mandonismo e subserviência. Assim, acaba elaborando o conceito de **cidadania concedida**, em que a trilogia **proteção, favor e patronagem** vêm ocupar o lugar de direitos civis inexistentes. Partindo dessa análise os intitulados direitos positivados originaram-se da relação mando/subserviência, e conseqüentemente daquilo que o patrão quisesse “conceder”.

Podemos perceber que o Direito brasileiro, analisado sob ótica esboçada pelos autores acima, acaba sendo caricaturado como anti-direito, pois para esses autores a legalidade acabou servindo para assegurar interesses e expressar exclusões cada vez maiores das classes mais populares e, por conseguinte, mais carente. Mas será que após o processo de elaboração da nova Constituição Federal podemos acatar as análises feitas acima para estudar os problemas do Poder Judiciário atual? Será que podemos resgatar e aplicar os conceitos de **cidadania regulada** e **cidadania concedida** nos tempos atuais? Existem controvérsias sobre esta temática, no entanto, adotamos o entendimento esboçado por Telles¹⁸⁹ de que houve mudanças significativas e importantes no cenário brasileiro que alteraram o quadro relatado pelos autores acima.

Antes da abertura do processo democrático no Brasil era totalmente impraticável pensarmos em um lugar de reconhecimento da cidadania, pois

¹⁸⁸ SALES, Teresa. Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 25, 1994.

¹⁸⁹ Ver TELLES, Vera. Sociedade civil, direitos e espaços públicos. *Revista Pólis*, n.14, 1994.

estávamos sob a égide de um regime militar e sob a influência de uma tradição autoritária, oligárquica e excludente. Mas o horizonte vislumbrado por Weffort em 1984 modificou-se, e muito¹⁹⁰. Hoje faz-se críticas contundentes aos problemas de segregação e existe uma maior abertura para que as desigualdades sociais sejam expostas pelos próprios sujeitos discriminados, exemplo disso, é o caso dos sem-terra que conseguiram obter espaço na imprensa não mais pela negatividade, ou melhor, não estão sendo vistos como “desordeiros” mas como representantes legítimos de um problema social grave. A indignação demonstrada por vários setores da sociedade civil quanto à chacina de Corumbiara e quanto à prisão da Deolinda (uma das líderes dos sem-terra) expressa bem a mudança de deslocamento de abordagem sobre o exercício de cidadania. Estes **novos sujeitos políticos** estão conseguindo a legitimação de seus atos através de espaços públicos, onde expõem suas versões sobre os fatos e reivindicam o direito de uso social da terra como um direito humano. Esse processo político acaba impulsionando que esses atores batam às portas do Judiciário como propositores de ação, pois o texto de 1988 possibilitou esse acesso. Por outro lado, a ampliação desse acesso ocasiona um confronto dentro do Poder Judiciário, dado o despreparo dos juízes brasileiros para resolver tais conflitos face a metodologia kelseniana empregada.

Mas apesar de vivenciarmos um *apartheid social* e de convivermos com exclusões, discriminações e preconceitos, existe uma nova perspectiva de avanços sociais impulsionando o Poder Judiciário a reformular-se, a desvincilhar-se da **cultura política da dádiva** e a buscar referências em uma **cultura pública igualitária** que se expressa "pelo reconhecimento do outro como sujeito de interesses válidos, de aspirações pertinentes e de direitos

¹⁹⁰ Ver por exemplo, as discussões, ocorridas na Unicamp, que estão organizadas no livro OLIVEIRA, Eliézer Rizzo (Org.). *A revisão da República: Seminários "A Unicamp e a revisão constitucional"*. Campinas: Editora Unicamp, 1994.

legítimos.”¹⁹¹ A Constituição de 1988 contempla vários direitos civis, políticos e sociais que embora alguns não sejam auto-aplicáveis, visto dependerem ainda de regulamentação, representam avanços incontestáveis tanto na esfera do institucional como na esfera do simbólico. Na esfera institucional, a Constituição contemplou mecanismos e práticas de exercício de cidadania que visaram uma maior participação da sociedade civil na gestão da coisa pública, como o caso da ação popular que regulamenta a possibilidade de anulação de ato lesivo ao patrimônio público (art. 5º., LXXIII). Na esfera do simbólico, a Constituição refletiu o processo de conscientização de uma cultura política democrática ao viabilizar formas diferentes de participação e de reconhecimento do direito a ter direitos. Esse reconhecimento não está vinculado diretamente à Constituição Federal mas ao processo político (em seu sentido mais amplo), porém o texto constitucional prescreveu ao lado de vários direitos civis uma gama de direitos coletivos que acabam contestando a matriz liberal altamente individualizante e excludente até então hegemônica no Direito brasileiro.

Se pensarmos que a representatividade e a construção deste imaginário simbólico trouxe-nos algo reelaborado e reconstruído, então é necessário repensarmos e analisarmos o Direito brasileiro face a esta concepção de ação política de luta pela cidadania. Sob este enfoque, o modelo de controle de constitucionalidade adotado em 1988 possibilitou um maior exercício da cidadania, ao ampliar o acesso formal àquelas pessoas que não estão necessariamente vinculadas a esfera estatal. Percebe-se com isso, que o texto constitucional de 1988 “ampliou” o conceito de cidadania e não restringiu tal conceito à unidade de valor mercadoria¹⁹², no qual é mais cidadão aquele que

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Não sejamos tolos ao ponto de achar que houve uma reversão no quadro da desigualdade social, não podemos esquecer que a discrepância socioeconômica está mais viva do que nunca no Brasil. Otávio Ianni, por exemplo, entende que o conceito de cidadania nos dias de hoje está ainda atrelado à capacidade de consumo;

dispõe de mais relações de troca. Com isso, a Ética de certa maneira foi resgatada (não exatamente como defendiam os jusnaturalistas), e o exercício de cidadania que busca novas referências do “justo” para incorporar os discriminados, acabou confrontando-se com a metodologia kelseniana empregada pelos tribunais brasileiros, que vêem sempre os problemas jurídicos como sendo **apolíticos**, eximindo-se assim, de suas responsabilidades políticas de manter o Estado de Direito e não o Estado legal.

No entanto, devemos ter em mente que a constituição de sujeitos deve perpassar pela esfera da alteridade e da possibilidade do diálogo e como enuncia Vera Telles ao analisar alguns textos de Hannah Arendt :

“...O pensamento depende sobretudo da compreensão, esta capacidade especificamente humana de se reconciliar com o mundo, encontrando um sentido para aquilo que acontece, sem que isto queira dizer uma aceitação passiva, nem tampouco uma tentativa de domesticação do acontecimento, reduzindo-o ao já familiar e desde sempre conhecido. Ao contrário, compreender um acontecimento equivale a ‘examinar e suportar conscientemente a carga que o nosso século colocou sobre nós e não negar sua existência, nem se submeter mansamente a seu peso’.”

Porém, não podemos esquecer da importância da prática diária, ou seja, a capacidade inovadora de movimentos sociais, sindicais, de organizações, enfim, da sociedade civil em criar e experimentar formas diferentes de relações cotidianas, nas quais busca-se cada vez mais uma **contra cultura** que venha substituir a cultura política autoritária e excludente que prevaleceu na história brasileira. É na prática diária que vão constituindo-se sujeitos políticos ativos, sujeitos transformadores de sua própria história, em que a dimensão ética e a alteridade devem estar sempre presentes. Sujeitos que se percebem diferentes

“Os Direitos decorrentes da cidadania estão vinculados diretamente ao quanto se pode consumir, ou até a ilusão de ter ou possuir uma capacidade de consumo - ter a sensação de poder consumir.”

mas não podem aceitar a diferença como justificativa para a prática de racismo e do *apartheid social*. Para que essa dimensão política tenha lugar no Poder Judiciário é necessário que os operadores do Direito brasileiro tomem consciência do redimensionamento do conceito de espaço público (que não se restringe somente à esfera estatal), espaço no qual sujeitos discriminados persigam a existência de uma **linguagem de Direitos** que contemple reivindicações sociais. Assim, a reivindicação por direitos civis e individuais sob a ótica da concepção de cidadania sustentada por Telles é de natureza distinta àquela matriz liberal de definição de direitos e deveres individuais. Aqui o direito privado não tem mais o caráter privilegiado, passando a ter a mesma equivalência que os direitos políticos e sociais. O que muda é a forma de encarar o litígio, visto que o mesmo está inserido em relações sociais e não pode ser interpretado somente pela ótica da metodologia kelseniana que percebe os conflitos enquanto “individualidades”, desprezando as relações sociais que os norteiam.

Mas qual deveria ser os limites de ação do Poder Judiciário diante das transformações decorrentes desses **exercícios contínuos de cidadania**? Sabemos que o Direito brasileiro foi estruturado de uma maneira bastante peculiar face a adaptação da escola positivista do Direito à cultura autoritária e excludente que prevaleceu desde o tempo do Império no Brasil. No entanto, os operadores do Direito brasileiro não podem cerrar os olhos às relações jurídicas que emergem de uma economia capitalista, principalmente àquelas que lesionam certas conquistas sociais como a ausência de políticas públicas direcionadas à população mais carente, sob pena de serem acusados de tecnocratas e omissos. Até porque, como salienta, Ianni:

“O capitalismo não é nem estável, nem homogêneo, mas essencialmente desigual e contraditório; uma forma ‘antagônica de desenvolvimento’ das forças produtivas e das relações de produção. É verdade que o capitalismo é um sistema de mercantilização universal das relações, gentes e coisas. Mas isto não significa que ele equalize ou homogeneíze tudo e todos. Ao contrário, o mesmo

processo de mercantilização universal cria e desenvolve desigualdades, desequilíbrios e antagonismos.”¹⁹³

Mas como expõe Dagnino:

“...supor que o reconhecimento formal dos Direitos pelo Estado encerra a luta pela cidadania é um equívoco que subestima tanto o espaço da sociedade civil como arena política, como o enraizamento do autoritarismo social.”¹⁹⁴

Diante dos apontamentos acima afirmar que não houve mudança na concepção de ação política no Brasil é desprezar uma multiplicidade de movimentos que emergiram e continuam emergindo de vários pontos do espaço social. Movimentos, que, batendo às portas do Judiciário, contestam a legitimidade da legislação e buscam uma redefinição do ordenamento jurídico vigente. A consolidação da democracia no Brasil está intimamente ligada à reformulação do conceito de cidadania que, por sua vez, acaba interferindo na reelaboração do Direito brasileiro, pois não se trata mais de ratificar uma cultura da dádiva mas de reconhecer as lutas e conquistas alcançadas por esses “novos cidadãos” que não aceitam mais o rótulo de carecedores de favor. Espera-se que os operadores do Direito brasileiro consigam perceber as mudanças que estão ocorrendo no “mundo moderno” e que comecem a pensar sobre os limites que a metodologia jurídica kelseniana traz. Identificar estas novas perspectivas exige avaliar o passado e reconhecer os principais desafios do presente, sabendo que, sem dúvida, existem outros desafios além da reorganização do aparato burocrático, como a necessidade de alterar o modo de encarar a função judiciária e o próprio Direito no Estado Brasileiro.

¹⁹³ IANNI, Otávio. *Dialética e capitalismo*. 2. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1985. (p. 30-31).

¹⁹⁴ DAGNINO, Evelina (Org.). *Os anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. (p. 91-102).

CONCLUSÃO

Neste trabalho examinamos a lógica argumentativa do patrimônio teórico predominante no Direito brasileiro, dando uma especial atenção a maneira como esse patrimônio demarca o conceito de Direito e os limites de atuação dos operadores do direito. Vimos que os princípios da autoridade da lei (que postula que a norma jurídica estabelecida pelo Estado é a única fonte de qualificação jurídica), da certeza do direito (que sustenta que as normas jurídicas devam ser necessariamente escritas), da segurança jurídica (que apregoa que os juízes devam submeter-se às leis e não questioná-las) juntamente com argumentos como o fator avalorativo do Direito (que sustenta que as normas jurídicas não precisam necessariamente expressar valores éticos, e que o mundo jurídico está separado do mundo da ética), e o da unidade formal do ordenamento (que expõe que o critério de validade de uma norma está vinculado à legalidade, ou seja, ao procedimento formal preestabelecido pela função legislativa) servem de base de sustentação ao nosso Direito. Com base nesta argumentação, os fatos sociais são enquadrados e reduzidos a um sistema de normas pretensamente apolítico e neutro. Assim, a idéia do manejo de um instrumental altamente racional e impessoal, no qual as distorções sociais são vistas como distorções jurídicas e portanto podendo ser sanadas pela própria lógica do sistema jurídico, acaba interferindo na formação dos profissionais, que, despreparados, acreditam que os conflitos jurídicos possam ser resolvidos a partir da metodologia hipotético-dedutiva kelseniana. Além disso, as faculdades de Direito do país continuam seguindo a técnica de ensino da Escola da Exegese francesa, que postula como tratamento científico somente o ensinamento da matéria legislada, reduzindo tal tratamento a comentários de artigo por artigo. Deste modo, os cursos jurídicos acabam condenando os estudantes a uma formação eminentemente legalista e subserviente,

impossibilitando a introdução de discussões teóricas sobre o papel político do Judiciário no Estado democrático.

Após a exposição dos princípios e argumentos do juspositivismo mostramos a relevância do controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico, bem como apontamos a particularidade do modelo brasileiro que introduziu dois modelos diferentes convivendo dentro do nosso ordenamento. Apontamos também que a introdução de tais modelos não se deu em sua plenitude, especialmente o modelo difuso incidental, que deixou de introduzir dois princípios fundamentais: o *stare decisis* (que obriga que o tribunal mantenha a mesma linha de interpretação para casos semelhantes) e o da força vinculante (que obriga os juízes e tribunais inferiores a seguirem as decisões firmadas em instâncias superiores). Sem esses dois instrumentais, o trabalho do Judiciário de conferir uniformidade às decisões jurídicas, principalmente, às decisões sobre questões de âmbito federal acaba ficando comprometido. Em consequência, as decisões judiciais emitidas por juízes inferiores ocasionam um efeito político menor, pois o ordenamento permite a possibilidade de vários recursos processuais, que por sua vez, acabam protelando, por um longo período, os efeitos de tais decisões. Esse problema de ausência de uniformização está presente também no texto de 1988, tanto, que existem propostas, como a do Senador Ronaldo Cunha Lima PMDB/Paraíba, que postulam a introdução do princípio da força vinculante nas decisões do STF (o que ocasionaria um poder político considerável a esse órgão julgante).

No decorrer do Capítulo III, mostramos que o controle difuso incidental inserido no Direito brasileiro tem uma configuração diferente da do modelo dos EUA; enquanto o Direito norte-americano baseia-se numa tradição jurídica anglo-saxônica o brasileiro baseia-se numa tradição romanística/legalista, em decorrência dessa diferenciação os efeitos políticos de tais modelos são completamente distintos, pois as decisões da Suprema Corte americana são

vinculantes e devem ser acatadas por todos os outros órgãos judicantes, ao passo que no Brasil, as decisões do STF servem apenas de referências aos juízes e tribunais inferiores. Assim, o acesso incidental, nos moldes como foi implantado no Brasil, pode propiciar que questões de caráter político emergencial sejam julgadas com morosidade tendo em vista a possibilidade dos vários recursos processuais previstos pelo próprio ordenamento brasileiro; além disso a forma incidental pode ocasionar uma heterogeneidade de decisões quanto à mesma questão e isto ocorre em razão do juspositivismo adotado, que postula a subordinação dos juízes somente às leis e não a tribunais superiores.

O modelo concentrado direto, diferentemente do modelo difuso, sofreu várias alterações ao longo dos textos constitucionais. O início de sua implantação em 1934 causou polêmica, pois a previsão constitucional impunha restrições em razão da matéria (tal controle só poderia ser invocado nos casos sobre intervenção nos Estados-membros), bem como restringia a titularidade da ação direta à figura do Procurador-geral (agente que era subordinado direto do presidente da República). Essas restrições diminuíam consideravelmente o campo de atuação do Judiciário e aumentavam, por outro lado, a possibilidade de ingerência do Executivo no Judiciário.

Visando mostrar o poder de ingerência que o Executivo dispunha naquela época analisamos a relação entre STF e Procurador-geral, já que era na figura deste que se centralizava o controle de constitucionalidade direto. Essa possibilidade existia porque, legalmente, o STF só poderia apreciar ações diretas de inconstitucionalidade se o Procurador-geral requeresse. E não podemos esquecer que esse agente representava legalmente o presidente da República, e com ele tinha uma relação de dependência hierárquica, o que proporcionava um paradoxo pois ao mesmo tempo tal agente deveria exercer uma dupla função: o de defender os interesses da União e o de propor ações

diretas de inconstitucionalidade contra a União. O controle direto, apesar de não ter sido implantado nos moldes kelsenianos, configurou-se num instrumental mais potente que o difuso, pois trouxe consigo o efeito vinculante, ou seja, os órgãos judicantes e os Poderes Legislativo e Executivo sempre foram obrigados a acatar as decisões do STF. Assim, era a partir do Procurador-geral que se viabilizava o poder de ingerência do Executivo no Judiciário, pois tal agente era o único titular deste tipo de ação e podia ser demitido a qualquer momento pelo presidente da República.

Um outro fator a ser considerado nesse processo, que diminuía o campo de atuação do Judiciário, eram as interferências constantes na composição do quadro de ministros no STF e as limitações constitucionais, como as previstas nos textos de 1934 e 1937 (arts. 68 e 94) que proibiam o Judiciário de julgar questões **exclusivamente políticas**. Existiam também os aumentos de poder do Executivo, concedidos a partir da vigência dos decretos-lei e da possibilidade deste Poder descumprir decisões judiciais (como a prevista no art. 96, § 1º da CF/34). Aliado a essas restrições expressas ao Judiciário e aos aumentos de poder consideráveis do Executivo pelas Constituições federais, havia ainda o patrimônio juspositivista que demarcava o conceito de Direito como sinônimo de norma jurídica estabelecida pelo Estado, independentemente do questionamento se tal Estado adotava ou não um regime político democrático. Assim, os dois fatores, limitações de acesso ao controle de constitucionalidade e positivismo jurídico, não se incompatibilizavam diretamente, pelo contrário, ambos “permitiam” que questões políticas pudessem ser resolvidas pelo Poder Executivo sem fortes interferências do Judiciário. Não se quer dizer, entretanto, que antes da Carta Constitucional de 1988 não ocorresse confrontos entre tradição jurídica positivista e o mecanismo de controle de constitucionalidade, todavia tais confrontos restringiam-se a questões de natureza técnico-procedimental. Até porque, o patrimônio teórico positivista, criado para demarcar o conceito de Direito e delimitar a metodologia e o campo de ação da

ciência jurídica, não questionava se os modelos de controle de constitucionalidade adotados enfraqueciam ou não o Judiciário enquanto **instância de poder**.

No entanto, o quadro político alterou-se no texto de 1988, que além de ampliar consideravelmente direitos individuais e coletivos ampliou a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário. Fatores como: redefinição e alargamento de competência do Judiciário (como o poder normativo recebido a partir do mandado de injunção arrolado no art. 5º, inciso LXXI da CF/88), ampliação de mecanismos formais de acesso ao controle direto de constitucionalidade (art.102 da CF/88) e de agentes titulares (art.103 da CF/88), reformulação do papel do Ministério Público, que antes era subordinado diretamente ao Executivo e que no texto de 88 recebe uma autonomia bastante acentuada (art. 127 da CF/88), apontam um redimensionamento do papel político do Poder Judiciário no texto constitucional de 1988. Tal redimensionamento concedeu ao Judiciário a possibilidade efetiva de mediação dos embates políticos entre Executivo/Legislativo e Executivo/Sociedade Civil (movimentos sindicais, entidades de classes).

A reivindicação por novos direitos com o processo de democratização no país possibilitou a reintrodução da defesa de novos canais de consenso social, que não precisassem passar necessariamente pela esfera do Poder Judiciário. Desde então, tal Poder tem um dilema a superar: ou continua resguardando o positivismo jurídico tradicionalmente adotado, sustentando a separação do mundo jurídico do mundo político ou reformula suas referências teóricas e políticas para poder lidar com as novas situações protagonizadas por grupos sociais que estão tendo acesso a arguição direta de inconstitucionalidade.

Os novos conflitos jurídicos, principalmente os que versam sobre direitos coletivos, que estão batendo às portas do Judiciário, acabam confrontando-se com o velho modelo legalista desenhado por Kelsen, até porque, a multiplicação de leis, que está ocorrendo, desmantela argumentos kelsenianos como o da completitude do ordenamento (que percebe o sistema normativo como completo e fechado) e o da necessidade de coerência das normas jurídicas, pois acaba introduzindo leis oriundas de mobilizações diversas e que, às vezes, são conflitantes. Acompanhar esta frenética proliferação legislativa é complicado. O Judiciário tem pela frente novos desafios, como o de perceber a reformulação do conceito de cidadania na Carta de 1988 e a sua incompatibilidade com a metodologia kelseniana, que percebe os conflitos jurídicos desvinculados das relações sociais que os norteiam.

BIBLIOGRAFIA

Constituição da República Federativa do Brasil: Quadro Comparativo. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 1991.

Atos Complementares; 1 a 45. Brasília: Senado Federal, 1969.

Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARANTES, Rogério Bastos. *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: a construção de um sistema híbrido*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, 1994.

ARRUDA JR. Edmundo Lima (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence*. 5. ed. R. Campbell: Londres, 1885.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Adelson. Tribunal paga três vezes mais por um imóvel. *Folha de São Paulo*, São Paulo, nov. 23, 1995. p. 1-14

BASTOS, Aurélio Wander Chaves. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Tijuca, 1975.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BITTENCOURT, L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1980.

_____. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. et MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília: Ed. UNB, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAMPANHOLE, Adriano et CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Compilação e atualização dos textos, notas, revisões e índices das Constituições do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. RePro, n. 61, 1990.

_____. et GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CORREA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DAGNINO, Evelina (Org.). *Os anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.) *Conflito de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FALCETA JR, Walter. *Juventude não crê na justiça*, *Estado de São Paulo*, São Paulo, 25 ago. 1992.

FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte, a legitimidade recuperada*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

FARIA, J. Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1987.

_____. (Org.) *Direito e justiça; a função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989.

_____. (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora UNB, 1988.

FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio Janeiro: Forense, 1963.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, Dossiê Judiciário, n. 21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, n. 1, 1994.

IANNI, Otávio. *Dialética e capitalismo*. 2. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1985.

IMMERGUT, Ellen M. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, fev. 1996.

JOBIM, Nélon. Todo poder tem controle. *Jornal do Conselho Federal da OAB*, n. 40, 1995.

KATO, Shelma Lombardi de. O advogado e o compromisso político da libertação. *Revista dos Tribunais*, 589, nov. 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1969.

KOERNER, Andrei. *O poder judiciário na Constituição da República*. Dissertação de Mestrado defendida no Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, 1992.

LIMA, Ronaldo Cunha. Proposta de emenda à Constituição n. 54, de 1995. Brasília: Senado federal, Secretaria Geral da Mesa/ Subsecretaria de taquigrafia.

LOTTO, Tânia Henriqueta. *Da burocracia à tecnocracia à luz de Max Weber*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MONTESQUIEU, C. L. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Ferreira. Col. Os Pensadores, 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

NEQUETE, Lenine. *O Poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Livraria Sulina Ed., 1973.

_____. *O Poder judiciário no Brasil: crônica dos tempos coloniais*. Porto Alegre: AJURIS, 1975.

OLIVEIRA, Eliézer Rizzo (Org.). *A revisão da República: Seminários "A Unicamp e a revisão constitucional"*. Campinas, SP: Editora Unicamp, 1994.

OLIVEIRA, Juarez (Org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAOLI, Maria Célia. Trabalhadores e cidadania: experiência do mundo público na história do Brasil Moderno. *Estudos Avançados*, 3 (7), 1989.

QUEIROZ, Cristina. *Actos Políticos no Estado de Direito, o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

REVISTA VEJA, São Paulo, 11. dez., 1996.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SADEK, Maria Teresa (Org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Editora Sumaré, Série Justiça, 1995.

SALES, Teresa. Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 25, 1994.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça; a política social na ordem brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SCHUBERT, G. *The judicial mind; the attitudes and ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*. Evanston: Northwestern University Press, 1965.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Discurso em audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania no dia 02/04/1997. Brasília: Senado federal - Secretaria Geral da Mesa/ Subsecretaria de taquigrafia.

SOUSA JR., José Geraldo (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice; o social e o político na pós- modernidade*. São Paulo: Cortez Editora, 1995.

SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim Arruda (Org.). *Sociologia, direito*. São Paulo: Pioneira, 1980.

TELLES, Vera. Sociedade civil, Direitos e espaços públicos. *Revista Pólis*, n. 14, 1994.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1989.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. ed. Brasília: Editora de Brasília, 1994.

_____. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

WEFFORT, Francisco C. *Por que democracia?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.