

O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVISTO NO DIREITO BRASILEIRO

Sueli Sampaio Damin Custódio¹

Resumo: Examinarei neste trabalho a relação entre o positivismo jurídico e o modelo de controle de constitucionalidade previsto na Constituição de 1988, buscando mostrar o redimensionamento político do Judiciário depois da implantação da nova ordem constitucional e as dificuldades do mesmo em assumir o novo papel em função da tradição jurídica brasileira. Tal tradição será analisada a partir do patrimônio teórico predominante no Direito brasileiro, o Positivismo Jurídico e mais, especificamente, a partir das teorias de Hans Kelsen. Como ponto de partida, mostrarei de que maneira a teoria kelseniana influencia o Direito brasileiro e como define os limites de ação dos órgãos judicantes. Uma vez demonstrada a influência acentuada desse patrimônio teórico, apontarei as conexões entre o modelo de controle de constitucionalidade e o fortalecimento político do Judiciário na Carta Constitucional de 1988. Essas conexões serão estabelecidas a partir do estudo normativo sobre os modelos de controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Modelos Teóricos, Controle de Leis, Controle de Constitucionalidade, Modelo Brasileiro, Kelsen

INTRODUÇÃO

Examinarei neste trabalho a relação entre o positivismo jurídico e o modelo de controle de constitucionalidade previsto na Constituição de 1988, buscando mostrar o redimensionamento político do Judiciário depois da implantação da nova ordem constitucional e as dificuldades do mesmo em

¹ Pesquisadora Associada CIAGS - UFBA. Doutora em Ciências Sociais pela Unicamp. Professora de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais do Centro Universitário Jorge Amado.

assumir o novo papel em função da tradição jurídica brasileira. Tal tradição será analisada a partir do patrimônio teórico predominante no Direito brasileiro, o Positivismo Jurídico e mais, especificamente, a partir das teorias de Hans Kelsen (BOBBIO, 1995a). Como ponto de partida, mostrarei de que maneira a teoria kelseniana influencia o Direito brasileiro e como define os limites de ação dos órgãos judicantes. Uma vez demonstrada a influência acentuada desse patrimônio teórico, apontarei as conexões entre o modelo de controle de constitucionalidade e o fortalecimento político do Judiciário na Carta Constitucional de 1988.¹ Essas conexões serão estabelecidas a partir do estudo normativo sobre os modelos de controle de constitucionalidade.

A Teoria do Ordenamento Jurídico e a Teoria Pura do Direito de Kelsen (KELSEN, 2000, 2003) 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.² Tal mecanismo, por sua vez, é fundamental à escola juspositivista, pois é a partir dele que se faz a demarcação entre o que está no âmbito do Direito e pode ser considerado jurídico, e o que está fora deste âmbito e deve ser considerado extrajurídico.³

A escola positivista jurídica, ao sustentar o 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 o *status* de serem superiores às outras. Além disso, estas normas adquiriram a conotação de ditar as regras que limitam as normas infraconstitucionais (leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções etc.). Por “estar juridicamente subordinada” entenda-se 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 juntar a seus férreos princípios toda a atividade jurídica submetida ao seu sistema. (BASTOS, 1989, 45-46).

A partir das considerações de Bastos, 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 histórico-político 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 de 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. Neste trabalho, essa trajetória não será identificada como um mero acaso, mas sim fruto de uma intencionalidade política que, dentre outros fatores, acabou por enfraquecer o Poder Judiciário como instância de veto às ações de governos autoritários. Buscando demonstrar esse ponto de vista, o trabalho, inicialmente, exporá os modelos difuso incidental e concentrado direto de controle de constitucionalidade que influenciaram o modelo brasileiro porque, 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 prevêm, 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. (ARANTES, 1994; veja também: ARANTES, 1997).

Desse modo, 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 Democrático 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, especialmente porque as normas constitucionais acabam definindo qual Poder vai desempenhar o papel de instância de veto aos planos de ação dos outros poderes. Além disso: 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, 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 (IMMERGUT, 1996).

Ressalta-se porém que a incorporação de algum tipo de controle de constitucionalidade das leis dentro do ordenamento não decorre necessariamente⁴ 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 (BITTENCOURT, 1968, 8) existem basicamente dois tipos de controle de constitucionalidade, como no quadro abaixo e como exposto a seguir.

Quadro I - Tipos de mecanismos de controle de leis

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

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 especial⁵ ou, às vezes, pode contemplar a possibilidade de coparticipação do Executivo.⁶ É importante ressaltar que não são todos os dispositivos normativos que estão sujeitos a esse tipo de controle.⁷

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, por exemplo, é bastante peculiar, pois se baseia 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.⁸

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 classificação, 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 do quadro 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.

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. Cabe ressaltar, ainda, outra classificação usada pelos juristas quanto à via de controle utilizada, como no quadro abaixo:

Quadro IV - Classificação quanto à 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, uma vez 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. Nessa medida, 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.⁹

A defesa do controle de leis¹⁰ norte-americano foi suscitada, primeiramente, dentro de um contexto muito mais político que jurídico se levarmos em conta a demarcação feita pelos juspositivistas. Bittencourt descreve que na época, Marshall,¹¹ que participara do governo do presidente Adams como Secretário de Estado, utilizou uma estratégia 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.

Com a consolidação do 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. Isso 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 juízes.

A defesa do controle de constitucionalidade recebeu 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 *impeachment* intentado contra o juiz Samuel Chase, cujo partidarismo 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 conseqüência, 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 (BITTENCOURT, 1968, 14-17).

Esses exemplos mostram que a introdução do controle de constitucionalidade foi polêmica e decorrente de interesse político, pois a partir de então a Suprema Corte adquiriu um poder político significativo, tornando-se verdadeira instância de veto aos planos de ação principalmente do Executivo¹². Esse período conhecido como governo dos juízes 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 final¹³ que ficava inteiramente livre de controle dos demais poderes.

Respondendo às críticas quanto a suposta supremacia da Suprema Corte o juiz Day, no caso *MUSKRAT v. UNITED STATES* (219, U. S. 361), 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 (BITTENCOURT, 1968, 23-24).

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. Alguns adeptos desta tese diziam de sua oposição 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 (BITTENCOURT, 1968, 24).

Os juristas filiados à tese de Marshall responderam a essas críticas. Alegaram que o que assegura uma democracia não é só a intervenção popular no processo elaborativo de leis, por meio de representantes devidamente eleitos, mas é também a segurança de que os direitos fundamentais da pessoa humana sejam respeitados, e 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 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 norteamericano 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.

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 (CAPPELLETTI, 1984, 98).

A idéia do controle de constitucionalidade rompeu, de certa forma, com o pilar de sustentação da tradição jurídica anglo-saxônica dominante nos EUA,¹⁴ 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 decorrentes de conflitos entre Estados-federados e 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 (ARANTES, 1994, 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 1937.¹⁵

A mudança no mecanismo de controle de leis começou na gestão do governo de Roosevelt.¹⁶ 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 o 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 juízes nos assuntos exclusivamente políticos. O período que se segue ao governo dos juízes, irá caracterizar-se pela substituição do ‘ativismo judicial’ por uma postura mais flexível em relação aos objetivos de governo, que perdura até os dias de hoje (ARANTES, 1994, 27-28; Vide também: FERREIRA FILHO, 1994, 21-42; QUEIROZ, 205-219).

Há críticas dirigidas ao modelo difuso incidental, no entanto, 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. Na verdade, para ocorrer esse efeito político geral seria necessário uma grande mobilização 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 e, nessa medida, só alcançará um efeito político geral no caso da observância de grande procura pelo Judiciário; e é bom lembrar que existem obstáculos econômicos (CAPPELLETTI, 1990) expressivos para acionar a tutela do Judiciário. Além disso, não se deve ignorar quando esse trabalho consegue atingir um efeito político expressivo de âmbito federal, pois, nesse caso, 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 Democrático de Direito.

Quadro VI - Principais comentários ao modelo difuso

PRINCIPAIS CRÍTICAS AO MODELO DIFUSO INCIDENTAL	CARACTERÍSTICAS E DEFESA DO MODELO DIFUSO INCIDENTAL
<p>- em questões de caráter político emergencial o mecanismo é moroso e cheio de recursos processuais;</p> <p>- a forma incidental pode ocasionar uma heterogeneidade de decisões quanto à mesma questão;</p> <p>- o mecanismo coloca no mesmo plano interesses particulares e públicos.</p>	<p>- é conhecido também como via de defesa ou exceção;</p> <p>- só é exercitável à vista de um caso concreto;</p> <p>- qualquer juízo pode apreciar o argumento da inconstitucionalidade;</p> <p>- a declaração de inconstitucionalidade não é objeto principal da ação, mas ela aparece incidentalmente;</p> <p>- a norma considerada inconstitucional não é expulsa do mundo jurídico;</p> <p>- a declaração só atinge as partes envolvidas no processo.</p> <p>- 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.</p>

O MODELO CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Se o modelo norte-americano parece ser bem estruturado, simples, eficiente e duradouro (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 sério:¹⁷

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 conseqüência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juizes, 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 (CAPPELLETTI, 1990, 77).

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 incorporou algumas idéias de John Austin, 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 controle.¹⁸

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 Constituição acrescentou dois novos agentes¹⁹ 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.²⁰ 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 (CAPPELLETTI, 1990, 108).

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.

Quadro VII - Críticas ao modelo concentrado

Principais críticas ao modelo concentrado/direto
<ul style="list-style-type: none"> - 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.

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.²¹ Há também a questão disciplinar: no modelo brasileiro não existe uma regulamentação tipificadora de crimes de responsabilidade cometidos pelos magistrados brasileiros²² (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 VIII - Diferenças entre os modelos

MODELO NORTE-AMERICANO	MODELO BRASILEIRO
<ul style="list-style-type: none"> - 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. 	<ul style="list-style-type: none"> - pode ser acionado pela via de exceção ou de defesa, mas existe a via direta (art. 103); - qualquer juízo é competente para apreciar o argumento da inconstitucionalidade para o controle direto a com exclusividade do STF (art. 103); - regra geral, o efeito da declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes, excetuando os casos de controle direto e de concessão de efeito suspensivo pelo Senado Federal; - não há a adoção do princípio da força vinculante da jurisprudência, excetuando o caso da ação de inconstitucionalidade (art. 103); - modelo que adota a tradição juspositivista; - a norma jurídica considerada inconstitucional é expulsa do ordenamento jurídico pelo mecanismo de controle

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 primeiro, baseado na concepção positivista, postula a independência do Judiciário em relação aos outros poderes e do patrimônio teórico em relação às outras ciências (FERRAZ Jr, 1977; FERRAZ Jr, 1994; FERREIRA FILHO, 1994). Este discurso sustenta que a independência 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 social (FARIA, 1989; FARIA, 1988). 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 policiados 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 governabilidade (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.

Além das particularidades eminentemente jurídicas apresentadas 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” (WEBER, 1994, 35) 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 Direito,²³ 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 (FAORO, 1985, 34).

Desse modo, 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:

A legitimidade não se dilui na legalidade: este é o ponto de Arquimedes do Estado de Direito qualificado, autenticamente democrático. Além disso, como bem expôs Weber, se a legitimidade estivesse contida totalmente na legalidade, desapareceria a participação ativa, com resistência possível às leis que negassem fundamentos da democracia (FAORO, 1985, 32).

CONCLUSÃO

Neste trabalho examinei a lógica argumentativa do patrimônio teórico predominante no Direito brasileiro, dando uma especial atenção à maneira como esse patrimônio demarca o conceito de Direito e os limites de atuação dos operadores do direito. Expus 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 avaliativo 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. Assim, a idéia do manejo de um instrumental altamente racional e impessoal, no qual as distorções sociais e políticas 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.

Após a exposição dos princípios e argumentos do juspositivismo, o trabalho expôs a relevância do controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico, bem como apontou a particularidade do modelo brasileiro que introduziu dois modelos diferentes convivendo dentro do nosso ordenamento. Expôs 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 conseqüência, as decisões judiciais emitidas por juízos 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.

Mostrei, ainda, que o controle difuso incidental inserido no Direito brasileiro tem uma configuração diferente da norte-americana; 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.

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 de 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.

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 Estado/cidadão/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 composição de conflitos, 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 decorrentes de uma Constituição que consagra o princípio do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, concede eficácia jurídica às normas princípios.

REFERÊNCIA

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.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré, 1997.

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

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

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995(a).

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995(b).

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

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

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

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

FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte, a legitimidade recuperada**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

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

FARIA, José Eduardo (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.

FERRERA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988; Judicialização da Política ou politização da justiça, **Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, n. 1, 1994.

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

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

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.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 1934.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. 1943.

QUEIROZ, Cristina. Judicialização da política ou politização da Justiça. in: **Actos Políticos no Estado de Direito**.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Editora RT, 1989.

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

(Endnotes)

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 como fontes qualificadoras do Direito, e quais serão os hábitos jurídicos que devam ser observados e que serão demarcados conforme a concepção adotada: jusnaturalista, juspositivista, etc.

2 No Brasil, Bastos (1938-) expressa essa posição juspositivista: “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” (BASTOS, 1989, 44).

3 Assim como Bastos, Temer (1940-) também sustenta o argumento de validação, e conseqüentemente, a demarcação do mundo jurídico nos moldes juspositivistas kelsenianos: “...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 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 politicólogo, 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” (TEMER, 1989, 20).

4 Existe uma certa divergência quanto a este assunto, autores como NUNES, 1943, e MELO, 1934, entendem que o controle jurisdicional de constitucionalidade decorreu das constituições rígidas, no entanto BITTENCOURT entende que não: “O controle jurisdicional da validade das 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 ...” (BITTENCOURT, 1968, 9).

5 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 Assembléia Nacional e três nomeados pelo Presidente do Senado. CAPPELLETTI, 1984, 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. O modelo se restringi ao processo elaborativo das normas, não podendo apreciar nenhuma norma após a sua promulgação.

6 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 (MORAES, 2004).

7 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.

8 “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 juízes 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 juízes” (CAPPELLETTI, 1984, 95-97). Foram omitidas as citações bibliográficas indicadas pelo autor.

9 “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, não 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” (BITTECOURT, 1968, 13-14).

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

11 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, 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. (BITTENCOURT, 1968, 17).

12 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.

13 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 conseqüência, 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 juízes 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.

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

15 “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 entram 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” (ARANTES, 1994, 26-27). Ver ainda: BALEEIRO, 1968, 44-53 e CORREA, 1987.

16 “...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 à 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 juízes e da sistemática de seus trabalhos. Frente à pressão, a Suprema Corte americana recuou e passou a votar favoravelmente às medidas do governo” (ARANTES, 1994, 27).

17 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 do 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.

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

19 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.

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

21 No sistema jurídico norte-americano não há uma carreira judiciária, a maioria dos juízes provém da advocacia. Mas, uma vez ingressado no quadro da magistratura, as decisões dos juízes vinculam-se às decisões proferidas por tribunais superiores (FARNSWORTH, 1963).

22 A magistratura norte-americana, via de regra, não é vitalícia como no Brasil e por isso o controle que se exerce sobre os juízes norte-americanos é a não reeleição. No Brasil, regra geral, os juízes 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 juízes; apesar disso, essas normas nunca foram regulamentadas; “... mais de 2/3 dos Estados Americanos os juízes 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 juízes federais. Estes são indicados pelo Presidente da República e devem ser aprovados pelo Senado, e no caso dos juízes estaduais desses Estados é o governador quem faz a indicação, sujeita à aprovação pelo Legislativo” (DALLARI, 1996, 20-21).

23 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” (WEBER, 1994, 21).