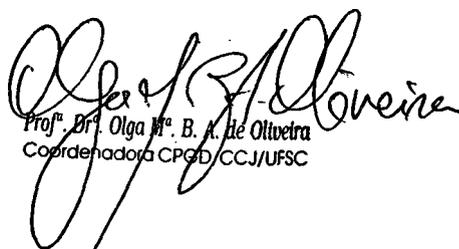


CLAUDIA MARIA BARBOSA

**OS NOVOS ORÁCULOS DA LEI: A EXPERIÊNCIA DO MODELO
MISTO CANADENSE E A PROPOSTA DA SÚMULA DE EFEITO
VINCULANTE NO BRASIL**

**Tese apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Doutor em
Direito, Curso de Pós-Graduação em
Direito, Centro de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal de Santa Catarina.**

**Orientador: Prof. Dr. Osvaldo Ferreira
de Melo**


Prof.ª Dr.ª Olga M. B. A. de Oliveira
Coordenadora CPQD/CCJ/UFSC

FLORIANÓPOLIS

2002

CLAUDIA MARIA BARBOSA

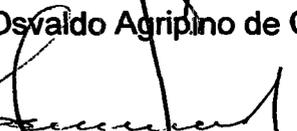
**OS NOVOS ORÁCULOS DA LEI: A EXPERIÊNCIA DO MODELO MISTO CANADENSE E A
PROPOSTA DA SÚMULA DE EFEITO VINCULANTE NO BRASIL**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Doutor em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para a comissão formada pelos seguintes professores:

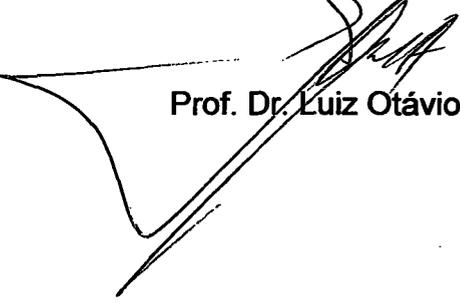
Orientador:


Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo


Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho


Prof. Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior


Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer


Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel

Florianópolis, 28 de março de 2002

PARA MARILZA BARBOSA

AGRADECIMENTOS

A docência impõe ao professor uma contínua convivência e um rico processo interlocutório que em certa medida condiciona suas atividades. A pesquisa é, de certa maneira e em muitos momentos, uma atividade solitária. Esta contradição é marcante neste trabalho, que mesclou momentos de muito diálogo e períodos bastante solitários.

Diferentes instituições contribuíram para o desenvolvimento e conclusão desta pesquisa. Agradeço:

à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela licença concedida;

à CAPES, pela bolsa atribuída;

à *Faculté de Droit da Université de Montréal*, pela acolhida e pelas excelentes condições de trabalho oferecidas;

ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, por sua importância no panorama jurídico acadêmico brasileiro.

Diversas pessoas estiveram presentes e auxiliaram de diferentes maneiras a conclusão dos trabalhos. Sou grata:

ao professor doutor Osvaldo Ferreira de Melo, pela orientação constante e pelas tranqüilas e sempre otimistas intervenções ao longo de sua realização;

ao professor doutor Jean Leclair, pela orientação recebida no Canadá e pelas longas explicações sobre o sistema jurídico canadense;

ao professor doutor Sanção José Loureiro, pelas sugestões oferecidas e pela excelente bibliografia disponibilizada;

à professora doutora Maria Ignez Marins, pela revisão de texto;

à Liliana Luisa Pizzolato, pela normalização;

à Sônia Maria Breda, pelas lúcidas e claras sugestões em torno da metodologia e do corpo do trabalho;

aos professores e funcionários do Curso de Direito da PUCPR pelo apoio constante.

Aos amigos que estiveram mais ou menos presentes e àqueles que, por diferentes meios, contribuíram para esta pesquisa e a incentivaram, um sincero muito obrigado.

À minha família, que muito me auxiliou nesta caminhada, pelo apoio e compreensão;

À Vera Karam e Alan Cannell, pela elaboração do *abstract*,

Ao Robert Sabourin, pelo *résumé* e pela responsabilidade da chegada a Montreal;

À Cecília, um especial agradecimento pela divisão dos momentos angustiantes, mas também pela hospitalidade constante.

Ao Celso, porque nada disso teria sido possível sem seu incentivo e presença constante e ininterrupta em todos os momentos.

SUMÁRIO

RESUMO.....	ix
ABSTRACT.....	x
RÉSUMÉ.....	xi
1 INTRODUÇÃO	1
2 FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO	7
2.1 ANTECEDENTES DA IDÉIA DE ESTADO	7
2.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS	10
2.2.1 O Renascimento.....	10
2.2.2 A Reforma.....	12
2.2.3 O Racionalismo	14
2.3 FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO.....	16
2.3.1 O Contratualismo.....	17
2.4 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO	23
2.4.1 <i>Gubernaculum e Jurisdictio</i>	24
2.5 CONSTITUCIONALISMO MODERNO	26
2.5.1 O Poder Limitado.....	26
2.5.2 A Separação de Poderes.....	30
2.5.3 O Controle de Constitucionalidade	33
3 DOIS GRANDES SISTEMAS DE COMMON LAW.....	37
3.1 COMMON LAW INGLÊS	37
3.1.1 Conceituação.....	37
3.1.2 A Separação de Poderes na Inglaterra.....	38
3.1.3 A Formação do Direito Inglês	44
3.1.4 A Estrutura do Direito Inglês.....	50
3.1.4.1 Cortes superiores e cortes inferiores	50
3.1.4.2 A doutrina do <i>stare decisis</i>	55
3.1.4.3 O direito judicial inglês.....	59
3.1.4.4 O parlamento na formação do direito inglês	61
3.2 COMMON LAW NORTE-AMERICANO	63
3.2.1 A Construção do Direito Norte-americano no Processo de Formação dos Estados Unidos	63
3.2.2 As Bases do Sistema Constitucional Norte-americano	68
3.2.2.1 A Federação.....	68
3.2.2.2 A superioridade da Constituição	69
3.2.2.3 A Constituição escrita.....	71
3.2.2.4 A especial posição do Poder Judiciário.....	75
3.2.3 A Estrutura do Direito Norte-americano.....	85

3.2.3.1 O direito federal e o direito dos estados	85
3.2.3.2 A Constituição para o povo norte-americano	86
3.2.3.3 A doutrina do <i>stare decisis</i> nos Estados Unidos	87
4 SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO	91
4.1 FORMAÇÃO DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO	91
4.2 BASES DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO	95
4.2.1 A Soberania no Estado-nação	95
4.2.2 A Completude e Coerência do Sistema	98
4.2.3 A Posição dos Juizes	103
4.2.4 O Controle da Constitucionalidade das Leis	105
4.2.5 A Regra do <i>Stare Decisis</i>	107
5 SISTEMA JURÍDICO CANADENSE	109
5.1 FORMAÇÃO DO ESTADO CANADENSE	109
5.2 TRAÇOS DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA CANADENSE	114
5.3 CONTEXTO DA FORMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO MISTO	117
5.4 FONTES DO DIREITO CANADENSE	122
5.4.1 A Constituição	122
5.4.2 As Leis	123
5.4.3 As Decisões dos Tribunais	123
5.4.3.1 A autoridade da coisa julgada	124
5.4.3.2 A força do precedente	125
5.4.3.3 A autoridade do <i>judge-made-law</i>	125
5.4.3.4 A regra do <i>stare decisis</i>	126
5.5 SISTEMA JURÍDICO CANADENSE	129
5.5.1 A Independência do Poder Judiciário	129
5.5.2 A Organização Judiciária	130
5.5.3 A Organização Judiciária do Quebec	136
5.5.4 O Controle Judicial da Constitucionalidade	139
6 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	145
6.1 PROCESSO DE FOMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	145
6.1.1 O Poder Judiciário no Brasil-colônia	145
6.1.2 O Período Pós-independência	150
6.1.3 O Poder Judiciário na República	155
6.1.4 O Poder Judiciário da Constituição de 1988	163
6.2 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DE <i>CIVIL LAW</i>	165
6.3 PROPOSTA DA SÚMULA DE EFEITO VINCULANTE	169
7 SISTEMA JURISDICIONAL MISTO BRASILEIRO	171
7.1 ORIGEM E FORMAÇÃO	171
7.2 LEI PRECEDENTE	175
7.3 CONSTITUIÇÃO ESCRITA E PODER JUDICIÁRIO	182

7.4 HIBRIDEZ CANADENSE.....	185
7.5 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	189
7.6 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL	193
7.6.1 Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal	194
8 CONCLUSÃO	208
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	218
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	222
ANEXO.....	226

RESUMO

Crítica da proposta de Súmula de efeito Vinculante no Brasil (PEC n. 96-D) a partir da experiência do modelo decisório misto canadense, com foco na posição do juiz. Estudo bibliográfico, apresenta análise histórico-comparativa dos modelos *common law*, *civil law* e descrição do sistema jurídico misto canadense, contemplando os aspectos formação, posição do Poder Judiciário na organização dos poderes de Estado, função do Poder Judiciário, papel do juiz no processo decisório, vinculação da decisão judiciária, papel da lei e do precedente, supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade. Expõe bases do sistema jurídico brasileiro, priorizando o papel dos juízes no processo de formação do país, e o método de construção das decisões por meio da análise da lei e dos conceitos de coerência e completude inerentes ao modelo romano-germânico. Discorre a respeito da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 96-D, sobre a reforma do Poder Judiciário, especialmente os artigos concernentes à autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Busca demonstrar que os processos de tomada de decisão típicos de cada um dos modelos jurídicos, privilegiam princípios e métodos diferentes relativos à força da lei e dos precedentes, à função do juiz como intérprete e aplicador da lei, ou como arquiteto do direito. Argumenta que as sugestões da PEC, se aprovadas, levarão o Brasil à adoção artificial de um sistema misto de direito, ao mesclar no processo decisório, princípios da tradição romano-germânica com elementos próprios do *common law*. Conclui que o modelo híbrido aventado, ao contrário do corrente no Canadá, está definido vertical e não geograficamente. As instâncias inferiores continuarão a praticar um método decisório com base na lei escrita, buscando como intérpretes a completude e coerência do sistema, enquanto o Supremo Tribunal Federal passará a atuar sobre bases e princípios distintos, detendo poderes ilimitados de construção do direito, distanciando-se da norma. Neste cenário, os Ministros do Supremo operarão como novos oráculos da lei.

ABSTRACT

A criticism of the binding effects of precedents in Brazil, as proposed by the Constitutional Amendment nº 96-D (PEC nº 96-D), from the experience of the mixed decisional Canadian model. The focus of this analysis is on the positions laid out by judges. The Bibliographic survey presents an historical and comparative analysis of the *common law* and *civil law* models, as well as a description of the mixed Canadian juridical system. The focus is on the following aspects: the foundation of the juridical system; the role of the Judicial Power within the organization of the State, the role of precedent; the supremacy of the Constitution and constitutionality control. The study presents the basis of the Brazilian juridical system, emphasizing the judge's role in the formation of the nation, the method of construction of sentences through the analysis of the role of the Law, and the inherent thoroughness and coherency of the Romain-Germanic model. There is a discussion on the Constitutional Amendment Project to reform the Judicial Power, specifically those articles related to Supreme Federal Court decisions. It is hopefully demonstrated that the typical decision making processes of each model are based on different principles and methods regarding the Law and the force of precedent as well as the function of the judges as interpreters of the Law or architects of the legal precedent. Evidence is given that the proposed Constitutional Reform, if approved, will lead to Brazil adopting artificially a mixed juridical system, with the decision principles of Romain-Germanic tradition plus elements of common-law systems. The conclusion is that the proposed mixed juridical system, differently from the Canadian system, will be defined vertically and not geographically. The lower courts will continue to practice a decisional method based on the written law, trying to assert the fullness and coherence of the juridical system, while the Federal Supreme Court will act based on a different set of principles, detaining unlimited power in the construction of the body of Law, set apart from legal texts. In this scenario, Supreme Court Judges will act as the new oracles of the Law.

RÉSUMÉ

Critique de la proposition de la Súmula de Efeito Vinculante (décision d'effet obligatoire) au Brésil, comme prévue dans le Projet d'Amendement Constitutionnel n° 96-D, à partir de l'expérience du modèle de décision mixte Canadien, avec l'emphase sur la position du juge. Une étude bibliographique, présente une analyse comparative des modèles de *common law* et *civil law*, et une description du système légal mixte Canadien, avec emphase sur la formation, la position du système judiciaire dans l'organisation de l'Etat, la place du juge dans le processus de décision judiciaire, les mécanismes du processus judiciaire, le rôle de la loi et de la jurisprudence, la suprématie de la Constitution et le contrôle constitutionnel. Cette étude présente les bases du système légal Brésilien, la priorisation de la décision du juge dans le processus de formation du pays, et la méthode de construction des décisions à l'aide de l'analyse de la loi et les concepts de cohérence et de complétude, par rapport au modèle romain-germanique. Une discussion sur le Projet d'Amendement Constitutionnel a propos de la réforme du Pouvoir Judiciaire, spécialement des articles concernant l'autorité des décisions de la Cour Suprême. Il est démontré que les processus d'une prise de décision typique de chaque modèle juridique privilégient des principes et des méthodes différentes pour ce qui est de la force de la loi et du précédent et de la fonction du juge comme interprète et responsable de l'application de la loi ou comme l'architecte du droit. Il est argumenté que les propositions du PEC, si elles sont approuvées, conduiront le Brésil à adopter artificiellement un système mixte de droit, en intégrant dans le processus de décision les principes de la tradition romain-germanique avec les éléments propres à la *common law*. Il est conclu que le modèle hybride proposé, contrairement au système en vigueur au Canada, est défini verticalement et non géographiquement. Les instances inférieures continueront de pratiquer une méthode de décision basée sur la loi écrite, cherchant à l'interpréter en fonction de la complétude et de la cohérence du système, tandis que la Cour Suprême va commencer à jeter les bases de principes distincts, sans limites de construction de droit, et se distanciant de la norme. Dans ce scénario, les Ministres de la Cour Suprême agiront comme de nouveaux oracles de la loi.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade ocidental vive desde a última metade do século passado um paradoxo. Seu modelo de organização e as novas demandas da sociedade têm causado uma explosão de litigiosidade que impulsiona uma atuação mais forte do Poder Judiciário e, paradoxalmente, é uma das razões da crise que se instaurou neste mesmo poder.

O Estado Liberal, assentado na teoria da separação de poderes, tem-se desenvolvido de forma não linear, privilegiando a atuação de um ou outro poder em cada momento histórico, tendo-se formado sobre forte impacto do Poder Legislativo, evoluído no sentido de demandar uma maior atuação do Poder Executivo, para finalmente privilegiar o Poder Judiciário, a quem se atribuiu em muitos países, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a função de garantidor não apenas dos direitos individuais clássicos do liberalismo, mas também aqueles de segunda e terceira gerações que ilustram estas últimas décadas.

Nas sociedades liberais ocidentais o Poder Judiciário está quase que totalmente estruturado sobre dois modelos distintos: o *common law* e o *civil law*. Esses dois modelos apresentam sinais de crise, mas as causas diagnosticadas e soluções indicadas não são as mesmas. Os problemas apontados estão em geral relacionados à infra-estrutura, aos procedimentos judiciais adotados, ao tipo de resposta que a sociedade espera, à legitimidade da instituição e de seus membros, à função que este poder exerce ou deveria exercer naquelas sociedades.

A primeira parte do título desta pesquisa consagra esta última abordagem. Foi inspirada no livro *The Oracles of the Law*, de autoria de John P. Dawson, professor de direito em Harvard no final dos anos 60, o qual, por sua vez, retirou-a de uma conhecida passagem constante do *Commentaries*¹, de Blackstone.

¹ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*, 1 69.

Referindo-se aos juizes de diversas cortes de justiça, ele os descreve como "*the depositaries of the law, the living oracle*"², expressão que, como se verá, traduz com propriedade a pretendida nova função dos juizes do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

O estudo tem um enfoque diferente: objetiva explicar o tipo de resposta que o Poder Judiciário fornece a partir do contexto histórico-político em que foi se desenvolvendo, privilegiando a construção da decisão e a função que o juiz exerce por seu meio na Inglaterra, Estados Unidos e França, países onde se desenvolveram as matrizes dos modelos de sistemas jurídicos³ já referidos.

Essa análise subsidia a crítica ao projeto de reforma do Poder Judiciário Brasileiro constante da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 96-D, especialmente aos itens relacionados ao efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, bem como das súmulas editadas por aquele órgão.

Localizam-se histórica e politicamente os fundamentos da tradição romano-germânica do direito brasileiro. Explicita-se a posição dos juizes, mormente dos tribunais superiores, na organização política do Brasil. Busca-se demonstrar que a atribuição do caráter vinculante à essas decisões e súmulas levarão o Brasil à adoção artificial de um sistema misto de direito que mistura os princípios da tradição romano-germânica sobre o qual está erigido, a um sistema decisório próprio do modelo da *common law*.

Para tanto, além do estudo relativo ao Poder Judiciário nos países já

² Os depositários do direito, os oráculos vivos.

³ Utiliza-se no termo na acepção CASTRO JR. (2001, p. 17), advertindo que "Não se deve confundir sistema judicial com sistema jurídico, pois o primeiro inclui o conjunto de instituições e servidores públicos que compõem a administração da justiça (...) . O sistema jurídico é o conjunto de normas, regras, procedimentos, inclusive cultura, que opera no sistema judicial".

referidos, analisa-se também o modelo híbrido canadense, o qual por razões históricas assentes na própria formação do Canadá, mistura o modelo da *civil law* adotado na província de Quebec para todas as questões de direito privado, além de influenciar fortemente as de direito público, com o modelo da *common law*, adotado nas outras nove províncias daquele Estado.

Utiliza-se o método comparativo⁴, ferramenta indispensável nesse tipo de abordagem. Parte-se de um estudo descritivo da formação do Poder Judiciário sob diversas matrizes, para proceder-se a uma análise explicativa da função do juiz e do processo decisório nas mesmas. Compara-se com o modelo do Poder Judiciário brasileiro, criticando a proposta da súmula de efeito vinculante como um caminho para a solução da crise desse poder no país. Esse método no entanto, não esgota os procedimentos adotados, em que se privilegia a análise histórica, para que se possa comparar adequadamente alguns aspectos do funcionamento dos sistemas jurídicos estudados.

Também por essa razão, o estudo é essencialmente bibliográfico, embora várias decisões jurídicas sejam analisadas para melhor exemplificar e/ou explicar as afirmações da pesquisa.

Ainda como consequência do estudo comparativo, há inúmeras obras e citações em inglês, francês e espanhol. Buscando guardar maior fidelidade ao pensamento dos autores citados, mantém-se o texto original no corpo do trabalho, e, com exceção dos casos onde utiliza-se o idioma espanhol, faz-se uma tradução livre da autora nas notas de rodapé.

Parte-se do pressuposto de que há fundamentos comuns que justificam a formação e construção dos sistemas *civil law* e *common law* na Inglaterra, Estados Unidos e França. Estes fundamentos são explicitados na seção 2 do trabalho e se constituem em seu marco teórico. Renascimento, Reforma, Racionalismo e

⁴ Conferir a respeito MARCONI; LAKATOS, 2000, p. 90 e seq.

Liberalismo foram, todavia, recepcionados de formas diferentes naqueles Estados, caracterizando de maneira diversa a separação de poderes que se assume como sendo uma teoria central no processo de formação do no delineamento do constitucionalismo (seção 2).

Segue-se um estudo do processo de formação do *common law* na Inglaterra, vinculando-o à sua história política para que se possa compreender a função do juiz, especialmente o das cortes superiores, na construção do direito inglês, centrado no princípio da soberania do Parlamento e assentado na rigidez da doutrina do *stare decisis*. Analisa-se também, a construção do direito norte-americano no processo de formação dos Estados Unidos, buscando identificar as bases do sistema constitucional desse país, quais sejam: o federalismo; a concepção, forma escrita e posição de superioridade da Constituição no ordenamento jurídico norte-americano, e, finalmente a especial posição que o Poder Judiciário atingiu na construção do direito, a partir da mesma base *common law* inglesa, mesclada às características centrais da formação dos Estados Unidos.

Por contraste à *common law*, analisa-se a formação do sistema *civil law* e suas fontes históricas principais: direito civil, canônico e comercial, bem como fundamentos filosóficos, mormente o racionalismo e o positivismo que lhes são subjacentes. Busca-se esclarecer a função da lei e dos códigos na construção daquele sistema, relacionando-os aos conceitos de completude e coerência dos sistemas jurídicos que seguem esta tradição. Procede-se, em seguida, à análise do sistema em sua matriz ocidental, França, para mais uma vez poder-se localizar historicamente a posição dos juízes e do Poder Judiciário na construção do direito (seção 3).

Fixadas as bases filosóficas, históricas e fáticas que delinearão o *common law* e o *civil law*, passa-se ao estudo do direito canadense, tomando-o especialmente como um sistema híbrido historicamente fundamentado, o qual mescla elementos dos dois modelos já analisados. A importância deste estudo explica-se porque no

Canadá, a depender do tipo de questão analisada e da província onde determinada matéria está sendo questionada, esperam-se coisas diferentes dos juízes: uma posição ativista próxima à metáfora de arquiteto do direito quando a resposta vier da estrutura canadense ligada ao *common law*, ou uma posição constricta de intérprete e aplicadores das leis quando a causa em questão exigir uma solução própria da *civil law* (seção 4).

Não é apenas a função do juiz que é diferente, mas a da lei e, principalmente, a função do Poder Judiciário em um Estado ligado à matriz inglesa, norte-americana ou francesa. Os conflitos decorrentes da hibridiz do sistema canadense são inevitáveis e permitem sugerir o que poderá acontecer no Brasil se a súmula vinculante vier a ser adotada para as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Na seqüência analisam-se, sob os mesmos pressupostos, a construção do Poder Judiciário brasileiro, localizando-o histórica e politicamente desde o Brasil-Colônia. Optou-se por não descrever a estrutura e o modelo jurisdicional brasileiro por haver inúmeros trabalhos sobre o assunto e pelo fato de que a compreensão das hipóteses deste trabalho, bem como de suas conclusões, prescindem de análise aprofundada do mesmo. Por outro lado, não se pôde abrir mão da descrição de algumas das competências do Supremo Tribunal Federal, bem como de alterações propostas na PEC 96-D, que tem por objeto a reforma do Poder Judiciário. O texto proposto como § 2º e 4º o inciso III do Art. 102 da Constituição Federal, bem como o acréscimo do Art. 103-A e parágrafos, operam uma substancial mudança das funções do Poder Judiciário como um todo, e do Supremo Tribunal Federal especificamente, no Estado brasileiro (seção 5).

A última seção retoma as principais características dos sistemas jurídicos do *common law* e da *civil law*, ressaltando as funções da lei escrita, da doutrina do *stare decisis* e das decisões judiciais nestes modelos, enfocando a expectativa de cada um em relação à atuação do Poder Judiciário como mediador e pacificador de conflitos. Examinam-se as razões da formação do sistema híbrido no Canadá,

compara-se-o à construção do Estado brasileiro, para se concluir que não há padrões comuns que justifiquem a "importação" do modelo canadense. Em seguida analisa-se a fragilidade das regras do direito do Quebec, nas situações em que é necessário um recurso à Suprema Corte canadense, porque nestes casos acabam por prevalecer princípios, métodos e raciocínios próprios do *common law*, desvirtuando, agredindo e colocando em risco a própria sobrevivência da *civil law* no Canadá e, de resto, o próprio reconhecimento do Quebec como sociedade distinta no seio da federação canadense. Argumenta-se que a adoção do efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, bem como às súmulas do STF, criará um sistema híbrido de direito no Brasil, sem que estejam presentes no país as bases histórico-políticas que levaram a tal situação extrema no Canadá. Além disso, a hibridez do sistema não estaria definida espacialmente, mas verticalmente, em razão do sistema jurisdicional concentrado já existente no país. As instâncias inferiores continuariam a praticar um método decisório com base na lei escrita, buscando enquanto intérpretes a completude e coerência ao sistema, enquanto o Supremo Tribunal Federal passará a operar sobre bases e princípios distintos, detendo poderes ilimitados de arquiteto e construtor do direito, podendo, inclusive, impor suas decisões às jurisdições inferiores.

Na conclusão retomam-se os argumentos já expostos, sumarizando-os. Afirma-se que a aprovação da súmula de efeito vinculante poderá transformar os Ministros de Supremo Tribunal Federal, e de resto o próprio Poder Judiciário, nos Novos Oráculos da Lei.

2 FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO

2.1 ANTECEDENTES DA IDÉIA DE ESTADO

O homem é, por excelência, um ser social e, enquanto tal, não vive naturalmente isolado, estando imerso em relações sociais. Esta vivência em grupo era bastante mais intensa na época medieval quando, no plano social, o indivíduo isolado não era considerado. Sua existência contava apenas enquanto membro de uma comunidade, de uma família, grupo, ordem religiosa e outros.

Inexistia naquela época um poder centralizado e, em decorrência, o poder, bem como o direito, encontrava-se fragmentado. Homens e mulheres, no entanto, agrupavam-se por questões de segurança, sobretudo, e cada grupo vivia de forma mais ou menos autônoma, sem que uma autoridade superior lhes impusesse sua vontade. Existiam, portanto, organizações sociais, as quais tradicionalmente têm sido consideradas “formas políticas pré-estatais” (BADIA, 1996, p. 45). Estas organizações traziam em seu bojo elementos que mais tarde seriam definidores do Estado Moderno.

São exemplos daquelas sociedades, a dita “sociedade acéfala” dos índios americanos e dos esquimós, as “cidade-Estado”, como Roma e Atenas, nos cinco séculos anteriores à era cristã; os “impérios burocráticos” Inca e Azteca, o Império Chinês do séc. I a.C. ao séc. XX d.C e o Romano desde o século I a.C., até o VI

d.C, entre outros, e a sociedade feudal⁵.

Às formas pré-estatais mencionadas, correspondem formas específicas de direito, pouco registradas, às quais GILISSEN (1995, p. 33 e seq.) prefere denominar

⁵ A classificação proposta por BADIA é apenas uma entre outras possíveis. As caracterizações feitas, no entanto, procuram ressaltar os elementos importantes para a compreensão das mesmas como “sociedades pré-estatais”, bem como a maneira pela qual sociedade se distingue de outra. A leitura completa desse “esquema” encontra-se no Capítulo 1 da obra *Manual de Ciência Política*, coordenada por ele. Esquemáticamente, pode-se afirmar que a sociedade acéfala é uma sociedade não sedentária, que vive especialmente de caça e pesca. Não há muita distinção de papel, a não ser por questões de sexo e idade. Pode-se identificar o papel de chefe, mas esse tem um poder escasso, transitório e *ad hoc* para certas situações. Os meios predominantes de controle social são a linhagem e o costume, de forma que a manutenção da coesão social se deve principalmente à existência de um consenso sobre valores comuns e ao problema da sobrevivência em um meio hostil. O poder político, como consequência, quase não existe como tal poder diferenciado. A sociedade segmentada é agrícola, sedentária e, portanto, com interesses estáveis sobre a terra e o ganho. Nela existe uma estratificação complexa, com várias classes ou castas e uma aristocracia hereditária. Seu maior nível de desenvolvimento econômico permite uma certa acumulação de excedente e a aparição de uma elite política diferenciada. Por conseguinte, nessas sociedades existe uma certa diferenciação política, com a aparição de papéis de liderança estáveis e hereditários, assim como aparatos burocráticos especializados. O poder político é estável e permanente; a cidade-Estado surge como consequência do desenvolvimento de uma economia baseada no escravismo, na agricultura e no comércio, que em um momento determinado produz uma alta concentração urbana que estará acompanhada de uma grande diferenciação social entre o campo e a cidade, com a emergência de novas ocupações no comércio, no artesanato, na religião e na educação. Como consequência, surgiu uma nova forma de organização política, com um centro relativamente diferenciado desde o ponto de vista estrutural, baseado nos princípios da cidadania e igualdade legal e política, e nos mecanismos de participação em assembléia de todos os cidadãos e de votação das magistraturas. É a forma de organização política que antecede o Estado Moderno na última época do feudalismo; o império burocrático caracteriza-se por ser uma forma política claramente diferenciada, constituída por uma burocracia desenvolvida presidida por um governante de origem divina, que governa um povo heterogêneo, integrado por súditos. Neste tipo de sociedade, altamente heterogênea, a esfera política converteu-se no principal fator de coesão. Os laços de linhagem já não eram suficientes para manter a coesão social. Finalmente, o feudalismo, um sistema baseado em economia agrícola e com uma grande autonomia local, cujo foco principal de poder era a aristocracia nobiliária, relacionada por vínculos de vassalagem com o rei, tinha como dever principal consiste na prestação de apoio militar ao mesmo. O poder, embora centralizado no rei, estava de fato nas mãos dos senhores feudais. O direito e a administração da justiça também eram descentralizados, na forma de costume e jurisdição senhorial. O regime político era difuso, poliárquico, e a estratificação social derivava principalmente da estrutura do poder político. É o tipo de sociedade que vai anteceder o Estado Moderno.

'direito dos povos sem escrita', cujas características centrais por ele apontadas são: direitos por definição não-escritos, pois trata-se dos povos sem escrita; direitos numerosos, uma vez que cada comunidade tem seus próprios costumes e vive de certa forma isolada; direitos relativamente diversificados, havendo diferenças muitas vezes importantes de um costume a outro; direitos fortemente impregnado de religião, característica mantida durante muito tempo e, em alguns casos, ainda hoje, em diferentes sistemas de direito; direitos em nascimento, porque distingue-se mal o que é ou não jurídico.

Estes direitos estiveram mais ou menos presentes na evolução da construção dos sistemas jurídicos que passaram a constituir-se com a escrita.

O período escrito do direito não se desenvolveu linearmente, tendo variado de uma sociedade a outra. No período feudal, que compreende os séculos V a XI também identificado como Alta Idade Média, o pensamento em geral e o pensamento político em particular eram fortemente marcados pela idéia de Deus, que ocupava um lugar central em todas as coisas. Esse pensamento dualista clássico, baseado na distinção entre Deus e o Mundo, não será negado, mas desenvolvido no pensamento cristão, através do conceito de criação. Pela criação, a Igreja afirma a realidade e a distinção entre o mundo e Deus, mas Deus é tido como criador e regedor do mundo, de forma que o mundo não pode ter explicação a não ser em um Deus que transcende o próprio mundo (PADOVANI, 1981, p. 255). O mundo era então concebido como projeção da vontade divina, e a Igreja representava a única força realmente organizada.

A partir do século XI inicia-se o período da Baixa Idade Média, que estará marcado pelo desenvolvimento de um pré-capitalismo e a transformação do feudalismo, possibilitados pela expansão européia, a reintegração do Ocidente e do Oriente através das cruzadas, o aumento de um mercado interno consumidor e a necessidade de incremento da produção, ante as insuficiências da produção existente no sistema feudal. Tais transformações impulsionarão o fortalecimento de pequenas cidades (burgos), e o incipiente despontar de uma sociedade urbana que

terá forte influência no sistema de produção capitalista que irá se desenvolver.

Em conseqüência, inicia-se um processo de deslocamento do centro de poder, mediante o qual o poder estatal adquire cada vez mais força, em detrimento dos poderes supraestatais (Igreja universal), e os poderes infraestatais (domínios senhoriais), os monastérios e as cidades. À medida que se foi intensificando o comércio de produtos manufaturados, muitas vezes com o apoio do rei que pretendia com isso contrapor-se ao poderio feudal, as cidades foram se fortalecendo e, na mesma medida, foi declinando o poder feudal.

Em 1453 ocorre a queda de Constantinopla, que marcou o fim da Idade Média. Inicia a chamada Idade Moderna.

O Estado dualista predominante nos séculos XV e XVI que refletia o co-governo entre a monarquia e os corpos estamentais da Igreja, e as cidades, como estrutura superadora da fragmentação feudal e formadora de um mercado nacional sem travas nem obstáculos interiores, cederá aos poucos espaço a uma organização política mais conforme à economia mercantilista que se fortalecia. Essa economia será posteriormente a base material sobre a qual se consolidarão as monarquias absolutistas, durante os séculos XVII e XVIII, quando o soberano se converte na mais alta autoridade do Estado, aquela a quem se outorga todos os poderes (BADIA, 1996, p. 50-52; p. 374-376).

2.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

2.2.1 O Renascimento

A Idade Moderna é marcada pelo Renascimento⁶, um movimento que, de maneira simplista, costuma ser visto como um retorno aos gostos e cânones

⁶ O Renascimento, embora seja tido muitas vezes como um movimento europeu, iniciou-se na Itália e ali desenvolveu quase todas as suas bases. Apenas mais tarde, com a "migração dos humanistas" (SKINNER, 1996, p. 214), estendeu suas fronteiras ao norte, quer dizer, França, Inglaterra e Alemanha.

clássicos, com o conseqüente abandono do estilo e modos medievais, mas que, na verdade, conforme ressalta CORDON e MARTINEZ (1983, p. 21), "em muitos aspectos representa não uma ruptura com a Idade Média, mas a continuação de um processo que fora iniciado nesta."⁷

De fato, muitos dos fenômenos e acontecimentos com os quais se costuma caracterizar o período renascentista têm origem na última fase da Idade Média. O individualismo e o crescimento da burguesia, por exemplo, têm início no século XIV; a criação dos Estados nacionais surge como resultado da desintegração do Império Romano, ocorrida no final da Idade Média.

Inquestionável, no entanto, que uma das marcas do Renascimento é a "retomada" dos clássicos, iniciada após a redescoberta das obras dos filósofos gregos, especialmente as de Platão. Os pensadores renascentistas, entretanto, realizam essa releitura partindo de outros pressupostos, contestando a concepção radicalmente religiosa do mundo, procurando explicá-la de um ponto de vista antropocêntrico e naturalista, que serve de base a uma nova corrente do pensamento, denominada Humanismo⁸. Propugnavam, enfim, por uma releitura do mundo bastante diversa da que havia realizado Santo Agostinho ou São Tomás de

⁷ SKINNER, KRISTELLER, citados por Skinner, 1996, p. 123-124; RUSSELL, 1997, p. 113-121 foram alguns dos autores que afirmam o renascimento como "continuação direta da Idade Média"; BARON, citado por Skinner, 1996, p. 123; PADOVANI, 1981, p. 255, são adeptos da tese da "ruptura".

⁸ O termo "Humanismo" pode ser empregado para identificar uma variedade de crenças, métodos e filosofias que enfatizam o homem como centro do Universo (The New Encyclopaedia Britannica, v. 20, p. 666). Há autores, como Skinner, que sustentam ter havido um movimento humanista anterior ao próprio Renascimento, como início no anos Trezentos. Neste caso, para distingui-lo do movimento humanista "mais amplo", ele utiliza o termo "humanismo cívico", emprestado de Hans Baron (SKINNER, 1996, p. 105). Em um sentido mais estrito, como o utilizado no texto, significou o movimento característico do Renascimento, que esteve aliado ao estudo renovado das literaturas grega e romana: uma redescoberta da unidade dos seres humanos e da natureza, e uma celebração renovada dos prazeres da vida, dados como perdidos no mundo medieval. (Dicionário Oxford de Filosofia, 1997, p. 187). Pode-se distinguir ainda contemporaneamente o "humanismo jurídico" que indica a posição doutrinária que prioriza os direitos e as necessidades dos cidadãos frente aos interesses do Estado (Osvaldo Ferreira de MELO, 2000, p. 48).

Aquino (CORDON; MARTINEZ, 1983, p. 7).

A visão antropocêntrica glorifica o homem e o quer livre da mediocridade. Por isso, insiste na educação, na primazia concedida aos valores estéticos e no individualismo, refutando a explicação teocêntrica do indivíduo e do mundo. Na mesma direção, a visão naturalista procura entender e explicar o homem por seus aspectos naturais, menosprezando as explicações sobrenaturais e, por via de consequência, glorificando a razão (CORDON; MARTINEZ, 1983, p. 29).

A exaltação do homem e o questionamento da "figura" de Deus para explicar o mundo são as idéias que fazem do pensamento moderno um momento de ruptura com os cânones da Idade Média. O pensamento dualista-transcendente que a caracteriza é substituído, conforme ressalta PADOVANI (1981, p. 255), por uma concepção "monista-imanentista" do mundo e da vida: "não somente Deus e o mundo são a mesma coisa, mas Deus é resolvido num mundo natural e humano."

Esses pressupostos contrariavam de tal forma a doutrina da Igreja que, impulsionado pelo Humanismo, outro movimento que acaba por desenhar o pensamento moderno é o da Reforma.

2.2.2 A Reforma

A origem da crise da Igreja não está no Humanismo. Já na Baixa Idade Média há sinais evidenciando-a, em razão principalmente do modo de vida de seus máximos representantes, grandes senhores com preocupações principalmente terrenas, como são os casos de Alexandre VI (1492-1503) e Júlio II (1503-1513)⁹. A Reforma propriamente dita, no entanto, começa sob o pontificado de Leão X (1515 - 1521) e, conforme ressalta Bertrand RUSSELL (1997, p. 116), "era la consecuencia natural de la política pagana de los papas del Renacimiento."

⁹ Relato interessante e esclarecedor sobre os precursores do luteranismo e a revolta dos leigos contra a Igreja pode ser encontrado em SKINNER, 1997, cap. 11, p. 302 et seq.).

É certo, porém, que essa crise acentua-se no Renascimento, quando alguns dogmas católicos tornam-se inaceitáveis frente à nova visão antropocêntrica e racional do mundo. Martinho Lutero é o primeiro na Alemanha, seguido por João Calvino, na Suíça, e Henrique VIII na Inglaterra, a se oporem à Igreja Católica.

Lutero era contrário, sobretudo, à idéia da mediação existente entre o representante da Igreja e o fiel. Para ele, somente Deus (e não o Papa ou seus representantes) pode perdoar, e apenas a Sagrada Escritura (sem a interpretação da Igreja) pode "dizer" sobre o conteúdo dessa fé. Lutero nega, portanto, a idéia canônica de Igreja como autoridade religiosa medianeira entre o indivíduo fiel e Deus. Além disso, sua doutrina de justificação *sola-fide*, ("pela fé somente") repudia a idéia de salvação pelas obras realizadas e a conseqüente venda de indulgências, porque afirma que apenas a fé conta e determina a salvação ou a condenação do Homem (SKINNER, 1997, p. 292-293).

A Reforma nega também princípios presentes na moral católica de então, que vê o pobre como virtuoso e o rico como pecador. Os luteranos justificam a riqueza material não mais como um valor de salvação, mas como uma resposta à graça de Deus. O rico, em suma, deixa de ser visto como um pecador para tornar-se um benfeitor social, um produtor de riquezas, uma visão muito mais favorável à conformação social que vinha se impondo na Europa.

A doutrina de Lutero acaba servindo em um primeiro momento à justificação do absolutismo. Negando a autoridade política da Igreja, Lutero reafirma sua tese de que todo poder (inclusive o político) emana de Deus, de forma que o governante deve agir em conformidade com a vontade divina, expressa pelas leis naturais. Mas se todos os poderes emanam de Deus, questionar o soberano é uma atitude anti-cristã, que não se pode admitir, o que acaba por impor uma cega obediência às ordens do soberano, que serviram para justificar o absolutismo da época. Essa posição de não resistência é, no entanto, modificada por Lutero depois de 1530, avalizando então a tese de que o poder do soberano é limitado, enquanto atue em conformidade com a

lei natural. Agindo de forma contrária a ela, deixa de obrigar os súditos, liberando-os do dever de obediência (SKINNER, 1997, p. 298-299).

Com os Reformistas, quebram-se as bases das relações contratuais sancionadas divinamente, e em seu lugar é estabelecido um novo tipo de acordo, que possibilita a convivência e a paz no seio da sociedade: o contrato social.

Humanistas e Reformistas, frise-se, partilham de uma visão antropocentrista do mundo, mas entendem diversamente o que diz respeito à natureza humana. Os Humanistas têm uma visão otimista do Homem, vêem no ser humano uma criatura fundamentalmente boa, capaz de, pela razão, caminhar para o bem. Os Reformistas, ao contrário, possuem uma visão negativa, acreditam que, se livre para agir, o homem caminha para o pecado. Ambas as teses, da bondade e da maldade natural do homem, estão presentes na Idade Moderna, relacionadas ao tema da origem da sociedade, como se verá nas teses de Hobbes, Rousseau e Locke, respectivamente (CORDON; MARTINEZ, 1983, p. 31).

2.2.3 O Racionalismo

A glorificação do homem, a debilitada autoridade da Igreja, a dificuldade em aceitar-se as explicações sagradas até então dominantes, deslocam o conhecimento: a explicação do mundo não será mais dada por Deus, mas pela razão, pela ciência. Procura-se agora entender o mundo como um todo ordenado e racional, cujas partes são ligadas por uma lógica necessária e compreensível. (The New Encyclopaedia Britannica, v. 25, p. 641). Esse é o panorama que vai fornecer as bases do pensamento racional e do Racionalismo¹⁰, um movimento filosófico que

¹⁰ Racionalismo, neste caso, está sendo tomado como um movimento filosófico que, opondo-se às explicações divinas e transcendentais do mundo, propõe a razão como mola propulsora do conhecimento. É uma concepção instrumental da razão, vista como *instrument de connaissance certaine*.

tornou a razão a noção chave de todo o pensamento ocidental¹¹ e elemento fundante das descobertas científicas, da filosofia e da política do século XVII e também dos séculos posteriores.

O Racionalismo proclama a autonomia da razão “que implica, negativamente, que o seu exercício não seja coarctado ou regulado por nenhuma instância exterior e estranha à própria Razão, seja ela a tradição, a autoridade, ou a fé religiosa” (CORDON; MARTINEZ, 1983, p. 83).

Essa postura frente ao conhecimento, que alterou a visão de mundo, vai refletir-se muito especialmente na justificação do poder. A vontade de Deus já não subsiste, porque não é justificável à luz da razão. Assim, o poder deve encontrar maneiras racionais, lógicas, de se justificar, e um dos caminhos possíveis é a construção em torno da idéia de um contrato social.

São esses os elementos essenciais do Iluminismo, movimento filosófico que ilustra o século XVIII, denominado “século das luzes” (do alemão *aufklärung*) e que tem absoluta crença na ciência e na razão para explicar o mundo. Caracteriza o Iluminismo também a insuficiência das explicações religiosas, a recusa à autoridade e às tradições, por isso uma razão crítica (CORDON; MARTINEZ, 1983, p. 140) e uma crença na natureza. Esta, neste contexto, significando “tudo aquilo que não é sobrenatural e, mais especificamente, a essência do homem, isto é, a razão” (BOBBIO, 1986, p. 606, col. 2).

A crença no homem, o fortalecimento das cidades, o enfraquecimento da nobreza e do clero, muitas vezes com o apoio do rei, o incremento do comércio e da

¹¹ Racionalismo, neste sentido, deve ser analisado conjuntamente ao Empirismo. Ambos foram movimentos paralelos e opostos que se desenvolveram no correr dos séculos XVII e XVIII. Embora em alguns aspectos opostos, vislumbravam em comum o conhecimento como um processo individual e centravam suas preocupações em problemas gnoseológicos, especialmente na forma como o conhecimento é produzido e apreendido. Descartes (1596-1650), Leibniz (1646-1716), Spinoza (1632-1677) e Malebranche (1638-1715) foram alguns dos filósofos racionalistas (CORDON, 1983, p. 86); já Locke (1632-1704), Hume (1711-1776) e Berkeley (1685-1753) foram alguns dos expoentes do empirismo do século XVII e XVIII (CORDON, 1983, p. 113).

atividade manufaturada, a diminuição da autoridade da Igreja são elementos que acabam por contribuir para o fim do Feudalismo e, ao mesmo tempo, para a consolidação e fortalecimento do Absolutismo. Entra-se em uma nova fase da evolução histórica, na qual a sociedade capitalista e o absolutismo aparecem como a primeira forma do Estado Moderno (BADIA, 1996, p. 50).

2.3 FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

A transição para o Estado Moderno, desde os sistemas políticos prévios, implica um processo de diferenciação estrutural e especialização funcional, e significa a ruptura da ordem política tradicional, baseada na legitimação dos dirigentes por referência a poderes alheios às suas próprias sociedades, tais como a vinculação com os deuses e o destino. Impõe também um câmbio social que provoca o desmanche da tradição, a desagregação dos antigos grupos de *status* e sua substituição por outros novos, derivados da estrutura de classes emergentes, além da concepção de mudança como um valor positivo. Em consequência, há uma secularização cultural, a transformação do sistema de valores e o fortalecimento do individualismo.

A formação deste Estado, cujas bases político-filosóficas já foram indicadas, é um processo, que se desenvolve com maior intensidade no decorrer dos séculos XVI, XVII e XVIII, na Europa. Nesse período predominam na Europa duas distintas formas de governo e de Estado: a monarquia absolutista, vigente na Espanha, Rússia e França, e a monarquia constitucional, própria da Inglaterra e, com algumas diferenças, da Holanda.

De fato, inicialmente o absolutismo não significa o fim do domínio aristocrático, mas uma manifestação do mesmo mediante uma forma política distinta. O Estado Moderno inaugura uma nova forma de poder político, de caráter territorial, evolui até vir a tornar-se um Estado Representativo, de forma que o poder do Estado reside no povo, do qual emana toda a representação. Esse Estado

representativo, independentemente da forma política e de governo que adote, fundamenta seu poder soberano na sociedade e não na divindade, buscando monopolizar o poder de coerção e regulação mediante sua institucionalização como poder soberano, por meio de um ordenamento jurídico unitário e igualitário. A religião já não é essencial. O Estado nasce da vontade das pessoas e está a serviço das mesmas para a proteção de seus bens e a segurança de suas vidas. Essa é a base fática sob as quais vão se constituir as teorias de Hobbes, Locke e Rousseau em torno do contrato social.

2.3.1 O Contratualismo

Hobbes (1588-1679) é o primeiro a teorizar sobre o contrato social, "o qual aparece claramente proposto, como sistematização doutrinária (...) sobretudo no 'Leviatã', publicado em 1651" (HOBBS¹², apud DALLARI, 2000, p. 12) . Sua obra deve ser analisada dentro do contexto histórico-geográfico e político da época. A Inglaterra, país de origem de Hobbes, está imersa em uma guerra civil que teve início alguns anos antes e cujas causas estão assentadas nas questões sobre a titularidade e o exercício do poder. Hobbes formula sua teoria sobre o Estado procurando responder para quê e como ele se forma. O Estado hobbesiano (*Leviathan*) passa a existir quando seus membros, individualmente, abandonam o estado de natureza em que vivem (uma situação de guerra de todos contra todos, no qual um homem ameaça outro homem) e renunciam a seus poderes de agir livremente, de acordo com sua vontade, depositando-o nas mãos de um soberano que, por ter poder absoluto, é capaz de garantir a paz e controlar ferreamente a

¹² HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

esfera pública¹³. O elemento justificador do Estado é a necessidade de segurança, e o fator legitimidade está baseado na idéia de consenso. Conforme RUSSELL (1997, p. 169) o "convênio" de que fala Hobbes "no es, como posteriormente en Locke y Rousseau, entre los ciudadanos y el Poder gobernante; es un convenio hecho por los ciudadanos entre sí para obedecer al Poder gobernante que la mayoría debe elegir." O soberano não é parte do "convênio" e a ele não se submete, pois a soberania, em Hobbes, é ilimitada e indivisível; dito de outro modo, ou é soberano e neste sentido não lhes são impostos limites, ou não é soberano.

Para John Locke (1632-1704), diferentemente de Hobbes, o estado de natureza em que vivem os homens é anterior à existência de qualquer governo humano, e consiste em um "estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente". (LOCKE, 1973, p. 41). No estado de natureza os homens são regidos por uma lei natural que consiste em mandatos divinos e não é imposta por nenhum legislador humano (RUSSELL, 1997, p. 240). Sua existência, no entanto, garante que, "seja este [o estado de natureza] um estado de liberdade, não o é de licenciosidade (...)" já que não tem o homem "direito de destruir-se a si mesmo ou a qualquer criatura que esteja em sua posse, senão quando uso mais nobre do que a simples conservação o exija" (LOCKE, 1973, p. 42). Mesmo assim, como no estado de natureza cada homem é o juiz de sua própria causa, torna-se necessária a existência de um governo civil, resultado de um contrato, encarregado da proteção dos direitos inalienáveis das pessoas (direito de propriedade que, no caso de Locke, integra o direito à vida, a liberdade e aos bens).

A sociedade política surge, então, para salvaguardar o desfrute pacífico

¹³ Para compreender essa afirmação, importante esclarecimento é feito por BOBBIO (1985, p. 108): "Hobbes nega essa distinção entre esfera pública e a privada; uma vez instituído o Estado, a esfera privada, que em Hobbes coincide com o estado na natureza, se dissolve inteiramente na esfera pública, isto é, nas relações de domínio que ligam o soberano ao súdito".

dos direitos naturais. Nessa circunstância, o governo em Locke é um remédio, um instrumento, para os inconvenientes que surgem, no estado de natureza, do fato de que, em tal estado, cada homem é o juiz de sua própria causa. Diferentemente de Hobbes, no entanto, a passagem do estado de natureza para a sociedade política não exige a transferência completa de poder dos súditos ao soberano. O soberano, em Locke, é parte do contrato, devendo também a ele submeter-se.

O fato de Locke admitir a existência de uma lei natural a que todos, inclusive o soberano, se submetem, importa na limitação do poder do soberano. Mas ele admite que o exercício desse poder pode dar-se em desrespeito aos limites impostos. Por isso, propugna uma divisão de poderes, que é tida como a precursora da teoria de Montesquieu e inspiradora do movimento que originou o Constitucionalismo. A finalidade da divisão de poderes entre Executivo e Legislativo deve-se ao próprio contrato que funda a sociedade política lockeana. Ao ingressar em uma sociedade civil, tornando-se membro de uma comunidade, seus integrantes abandonam "o poder de castigar ofensas contra a lei de natureza no exercício do seu próprio julgamento particular" (LOCKE, 1973, p. 73). Este poder cabe à própria comunidade que, através dos poderes Legislativo e Executivo, "deve julgar por meio de leis estabelecidas até que ponto se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade (...)" (LOCKE, 1973, p. 73).

A divisão de poderes opõe Locke aos absolutistas. Ele afirma textualmente que "é evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo no mundo, é, de fato, incompatível com a sociedade civil" (LOCKE, 1973, p. 74), pois nesta o pressuposto é de que todo o poder está concentrado nas mãos de um soberano, o que inviabiliza a existência de um juiz a quem se possa apelar "para que decida imparcial e indiferentemente e com autoridade, e de cuja decisão possa esperar-se remédio e reparação para qualquer dano ou transtorno, causado pelo príncipe ou por sua ordem" (LOCKE, 1973, p. 74).

O Poder Legislativo em Locke é "o que tem direito de estabelecer como se

deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e de seus membros" (LOCKE, 1973, p. 97). E o faz através da lei, que é legítima porque tem origem na sociedade que se uniu em torno do Estado. O Poder Executivo, neste sistema, justifica-se, porque "como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor" (LOCKE, 1973, p. 97). O Poder Executivo em Locke apresentava ainda uma outra vertente, voltada à defesa do Estado e à sua participação no que hoje se considera "relações internacionais, nomeada Poder Federativo, o qual é distinto do Executivo, mas "difícilmente podem separar-se e colocar-se ao mesmo tempo em mãos de pessoas distintas" (LOCKE, 1973, p. 98).

Em sua tipologia, Locke não prevê um Poder Judiciário independente, tendo-o vinculado ao Poder Executivo, cuja titularidade pertencia ao monarca. A divisão tripartite vem mais tarde, através de Montesquieu. RUSSELL (1997, p. 247-248) critica esta postura lockeana, porque considera que, por esse mecanismo, não há remédio contra o soberano que aja em desacordo com as leis da sociedade e a própria lei da natureza. "(...) donde el monarca es una parte de la disputa, no hay ningún remedio, puesto que el monarca es, a la vez, juez y parte. Estas consideraciones inclinan al criterio de que ios gobiernos no deben ser absolutos y que el Poder Judicial debe ser independiente del Ejecutivo".

O terceiro teórico do "contrato social" é Jean Jacques Rousseau (1712-1778). O genebrino escreve a obra que o projeta para o mundo, intitulada *O Contrato Social*, em 1762. Sua concepção de contrato social em princípio parece análoga a de Locke, mas um estudo mais profundo a situa mais próxima à concepção hobbesiana.

O pacto proposto por Rousseau está assim expresso em sua obra: "(..) cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado

sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem" (ROUSSEAU, 1973, p. 39).

Verifica-se que, em Rousseau, o soberano não é o monarca ou o governo, mas a comunidade em sua capacidade coletiva e legislativa (RUSSELL, 1997, p. 315). Pelo pacto, a vontade particular submete-se à vontade geral, que não é idêntica à vontade da maioria, nem à vontade de todos os cidadãos, mas parece ser, na observação de RUSSELL (1997, p. 316), "a vontade pertencente ao corpo político como tal."

As teses do contrato social buscam justificar, a partir do "estado de natureza", o surgimento do Estado. O Estado é a organização política que possibilita a convivência social, ou ainda, que torna possível a sobrevivência do indivíduo no seio da sociedade. Para tanto, deve possuir o monopólio da coerção, de forma a que todo indivíduo que integre o corpo social deva a ele sujeitar-se. O Direito se torna em última instância, o instrumento que viabiliza a atuação do Estado, que passa a ser visto como uma entidade sujeita ao Direito (com esta tese discorda o absolutista Hobbes), que age por seu intermédio.

É importante observar que as mesmas influências: Humanismo, Racionalismo, Individualismo, que definiram a teoria política, dirigirão também o Direito. De fato, o direito natural nasce da filosofia que nega o sobrenatural, o divino, e substitui a ordem imanente da natureza à vontade pessoal de Deus. John Locke pode ser considerado um dos mais célebres defensores dessa concepção racional do direito natural. Ao defender que não há conhecimento inato, que todo conhecimento depende dos sentidos e da experiência, Locke assume uma posição de favorecimento da razão que, para ele, consiste em um instrumento que torna possível o conhecimento das regras do direito natural, verdades evidentes e eternas que fundam os direitos inalienáveis do indivíduo.

O Iluminismo, por sua vez, confere ao homem a prioridade na ordem

política. Cada ser humano tem o direito de decidir sobre o seu destino, e apenas a totalidade dos membros da organização social pode limitar essa liberdade individual. Esse consentimento individual em abrir mão de parte de sua liberdade é o que deu origem à idéia de contrato social e que, ao final, é o pressuposto da idéia de representação.

O pensamento iluminista traz duas conseqüências importantes para o Direito e para o Constitucionalismo. A primeira diz respeito a consagração da tese de que o poder estatal tem sua origem no acordo das vontades individuais. Os indivíduos constituem um pacto social, que funda a organização política e jurídica da sociedade, a qual estará expressa na Constituição; por meio deste consentimento, o povo, por representantes, definirá as regras que deverão reger essa sociedade; a Lei, como expressão da vontade geral, resultante da soma das vontades individuais, é a única norma suscetível de assegurar a coesão social, limitando a esfera de liberdade de cada um. A organização estatal é então percebida como uma ordem hierárquica racional e coerente na qual indivíduos possuem direitos inalienáveis, a Constituição deve garantir tais direitos, e a lei, em seguida, limita seu alcance. Toda essa construção tem por base a razão. Nessa esteira, o Direito aparece como uma construção lógica, baseada em regras justas às quais a razão permite aceder.

A segunda relaciona-se ao poder punitivo do Estado, que decorre do monopólio da coerção que lhe é atribuído pelo povo, titular da soberania. O próprio Estado, no entanto, está sujeito às normas do direito, devendo agir em conformidade com e por meio dele.

Essas duas conseqüências importarão a necessidade de controlar a atividade do Estado. De fato, justamente para limitar seu poder, consagra-se o princípio da separação dos poderes e, mais tarde, a institucionalização da proteção dos direitos e liberdades individuais, dois pilares do Constitucionalismo.

2.4 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO

As idéias de Constituição e Constitucionalismo remontam ao mundo antigo, certamente a Aristóteles. Não obstante, é preciso ter-se em conta que os conceitos de *polis* e *nomoi* aristotélicos são utilizados pelo Constitucionalismo moderno para traduzir conceitos que não existiam originariamente em Aristóteles. A *politeia grega* significa, conforme registro do Professor Charles Howard McILWAIN (1991, p. 45),

"sobre todo el estado como es en la realidad. Es un término que comprende todas las innumerables características que determinan la naturaleza peculiar de un estado, incluyendo el conjunto de sua estructura económica y social, así como lo referente a las cuestiones de su gobierno, en el sentido moderno más estricto en que hoy las entendemos".

Passa a ser entendido como Constituição apenas nos fins do século XVIII e durante o século XIX, sendo antes disso traduzido por *policies*, *government* e *Commonwealth*. Da mesma forma, governo - *government* significava a organização e exercício do poder político, de modo algum identificando-se com o Poder Executivo, como veio a suceder nas doutrinas modernas de divisão de poderes.¹⁴

Além disso, conforme adverte Mc ILWAIN (1991, p. 55), o Constitucionalismo grego do período clássico baseava-se em uma noção de Estado muito mais política do que jurídica, interessando-se pelas formas - boas ou más - como esse Estado está organizado e como a autoridade é exercida. Essa noção de autoridade, no entanto, pressupõe uma supremacia de fato, e não uma autoridade constituída pelo Direito, própria da noção moderna de soberania. Da mesma maneira, as formas "boas" ou "más" de governo ensejam um julgamento moral, que prescinde da idéia moderna de legitimidade. Daí não ser possível, naquele período, apreciar a inconstitucionalidade de uma lei, cujo julgamento prescinde da análise prévia de sua função e legitimidade.

Os romanos também influenciam a formação do Constitucionalismo, a ponto de Karl LOWENSTEIN (1982, p. 157), considerar o Constitucionalismo

¹⁴ Ver a esse respeito CANOTILHO, 1998, p. 48.

republicano romano o "arquetipo clásico para todos los tiempos del Estado constitucional". O próprio termo *constitutio*, cunhado naquele período, acaba por tornar-se paradigma do Constitucionalismo. Importante ressaltar, todavia, que a *constitutio* romana tem um sentido bem diferente do termo moderno. São regras emitidas pelo soberano, chamadas *constitutiones* e enquanto tal, possuem valor de lei, mas seu conteúdo não se relaciona às questões de estrutura do Estado e, sim, a recomendações administrativas ou decisões remetidas a determinados grupos de pessoas (SALDANHA, 2000, p. 16).

Outra importante influência romana detecta-se na afirmação constante das "Instituições" de Justiniano, citando Ulpiano, de "que el mandato, em forma debida, del emperador es ley" ou, dito de outro modo, a vontade do governante é verdadeiramente lei. E isso pela única razão de que o próprio Imperador recebe seu "imperium" da lei (McILWAIN, 1991, p. 65).

2.4.1 *Gubernaculum e Jurisdictio*

O Constitucionalismo herda importantes aspectos também do mundo medieval, especialmente no delineamento do Estado Absoluto e na conseqüente e necessária distinção operada entre *gubernaculum* e *jurisdictio*.

Gubernaculum (ou a prerrogativa) é o poder ligado às armas, voltado ao combate dos inimigos externos e internos, além de outros assuntos de Estado. É um poder discricionário, confiado à sabedoria e à prudência do rei; a *Jurisdictio* é o poder da lei, do Direito, consubstanciado no dever de administrar a justiça. Aquele é *extra legem*, não sendo exercido mediante leis estabelecidas; este é *secundum legem*, na medida em que o rei está limitado pelo direito em assuntos dessa seara.

Ditar a Justiça é um poder que pertence a Deus, não aos homens, sendo o soberano o vicário de Deus na terra (MATTEUCCI, 1998, p. 39). Agindo com Justiça será um rei, caso contrário será um tirano. Embora seja a única fonte da Justiça, o rei age discricionária e irresponsavelmente em assuntos ligados ao *gubernaculum*,

havendo limites impostos pelo direito quando o assunto pertence ao âmbito da *jurisdictio* (McILWAIN, 1991, p. 109). A violação desses limites, no entanto, não é passível de sanção, de forma que o rei era de fato irresponsável. Nas palavras de MATTEUCCI (1998, p. 40), "(...) el poder del rey era indivisible, incontrolable, pero limitado. Sin embargo, faltaba un órgano legal capaz de juzgar las violacionaes regias de la iurisdiction. Ello estaba *sub Deo* y *sub lege*, pero no *sub curia*, y por tanto nadie podía juzgar legalmente la violación de la ley por parte del rey."

Paradoxalmente, é o desenvolvimento do Estado Absoluto que vai colocar em crise a existência destes dois distintos poderes: de um lado, o rei era soberano e irresponsável; mas, por outro lado, as necessidades a que tinha que fazer frente em face da nova burocracia exigida para manter a máquina do Estado Absoluto, colocavam-no em uma situação de dependência para com os estamentos da sociedade medieval. De fato, com o absolutismo há uma enorme concentração de poder, desenvolve-se um até então desconhecido conceito de fronteiras, redefine-se o conceito de estrangeiros e, por conseqüência, o de inimigos externos. O custo para assegurar esse Estado, porém, é cada vez mais alto, e o soberano não pode fazer frente a essas necessidades utilizando-se de seus bens pessoais. A solução, tão antiga quanto o Estado, é a instituição de impostos cada vez mais vultosos, os quais a sociedade estamental, especialmente nobres (primeiro estado) e burgueses ascendentes (segundo estado) não estavam dispostos a pagar.

O limite imposto pelo direito ao poder real em assuntos da *jurisdiction* acaba por traduzir-se em um controle político sobre o governo, controle este que vai se dar pelo direito, ou melhor, pela intensificação do direito positivo, de forma tal que os costumes imemoriais, a tradição, começam a debilitar-se. O moderno controle político do governo, no entanto, só viria com a Revolução na Inglaterra, no século XVII, e na França, no final do século XVIII.

No mundo cristão o conceito de Constitucionalismo persiste, de forma tal que as autoridades seculares ou eclesiásticas atuam apenas após terem perfeitamente

definidas suas funções e jurisdições, que contam das constituições medievais.

Tendo-se em conta os elementos acima delineados, é possível falar-se em um Constitucionalismo antigo que consiste, segundo adverte CANOTILHO (1998, p. 46), "no conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder"¹⁵. Sua presença caracteriza, em maior ou menor grau, o chamado Constitucionalismo moderno.

2.5 CONSTITUCIONALISMO MODERNO

2.5.1 O Poder Limitado

O Constitucionalismo moderno, conforme adverte MATTEUCCI (1998, p. 25)¹⁶, trata um período bem definido, século XVI ao século XVIII, e apresenta traços que lhe são peculiares e podem estar de certa forma subsumidos à idéia de aspiração a uma Constituição escrita e à dimensão que se dá à sua legitimidade e

¹⁵ CANOTILHO (1998) adverte que "Por vezes, designa-se constitucionalismo antigo todo esquema de organização político jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno. Caberiam neste conceito amplo o 'constitucionalismo grego' e o 'constitucionalismo romano'".

¹⁶ MATTEUCCI (1998, p. 24) considera que os movimentos que culminaram com a declaração de independência americana e com a Revolução francesa foram conseqüência e de certa forma concluíram o que se chamou de "movimento constitucionalista". Alexandre de MORAES (2000, p. 36), ao contrário, afirma que a origem formal do constitucionalismo moderno está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 14-09-1787 e, após a independência das 13 Colônias, ao período que se segue à Revolução Francesa, em 1791. Essas diferentes posturas autorizam a opção de Matteucci em considerar o Constitucionalismo um processo de evolução na formação do Estado, cujo ápice se deu com a adoção da Constituição escrita, embora o movimento tivesse sido muito mais amplo do que isso; na mesma esteira de pensamento encontra-se LOWENSTEIN (1982, p. 154), para quem "la distinción entre constitución formal y material que condujo a la codificación en un documento escrito de las normas fudamentales de la sociedade estatal, adquirió su forma definitiva en el ambiente racionalista de la Ilustración. Sin embargo, la existencia de una constitución escrita no se identifica com el constitucionalismo."

função.

A valorização do homem e a razão colaboram para que o rei, antes constituído com o poder de Deus, passe a ser visto como seu representante e, nessa qualidade, obrigado a respeitar e praticar a Justiça. A possibilidade de o soberano não agir corretamente passa a ser discutida e, incentivada pelas guerras de religião, abre caminho para a legitimação de poder de resistência. O súdito deve obedecer ao soberano, na medida em que ele aja retamente. Agindo contrariamente às regras, enseja a resistência. A legitimação do poder desloca-se então do divino para o racional. As teses contratualistas justificam o consenso em torno do soberano.

A ausência de sanção para as violações régias do direito e/ou da justiça, uma das principais limitações do Constitucionalismo medieval, tende a ser aos poucos substituída por um dever e responsabilidade perante os súditos. O rei é soberano, mas seu poder é limitado, pelo menos no que diz respeito aos assuntos concernentes à *jurisdictio*.

As vantagens do direito romano escrito já não são novidade na Inglaterra. Sua racionalização, segurança e publicidade o caracterizam como um sistema superior ao *common law* inglês, rigidamente cercado por seus costumes imemoriais, e inseguros com a cada vez maior insuficiência das tradições e costumes para dirimir conflitos típicos do Estado Absoluto (limites do poder real, responsabilidade, direitos naturais, direitos privados). A Constituição escrita, que só aparece no século XVIII, deve sistematizar uma série de normas jurídicas, de forma a organizar o Estado Moderno que em última instância, aspira a organizar todos os aspectos da vida política e social da época. Sua legitimidade, conforme ensina MATTEUCCI (1998, p. 25), está posta no conteúdo das normas, que se impõem por sua racionalização e Justiça, ou por sua fonte formal, como emanção da vontade soberana do povo através de uma assembléia constituinte ou de um *referendum*. Abandona-se a vontade de Deus e a tradição como fontes legitimadoras do exercício do poder.

O processo de legitimação do poder deve dar-se então pela vontade do cidadão. Em um primeiro momento, esta vontade estará expressa nas concepções de contrato formuladas por Hobbes e Locke, que se constituem em um dos fundamentos teóricos do constitucionalismo. De fato, após a Reforma, com a ruptura das relações contratuais que até então eram chanceladas divinamente, uma outra justificativa para a ordem, estabilidade e obediência, teve que ser criada. Os trabalhos daqueles filósofos, cada um à sua maneira, justificam esta nova base a partir da noção de contrato, desenvolvendo também novas idéias sobre soberania, Estado, representação e, posteriormente, constituição, que são noções-chave do Constitucionalismo.

O limite ao poder do soberano atinge ainda uma outra vertente, relacionada à função do Estado. O governo limitado não é suficiente. Busca-se, nesta fase antropocentrista, a proteção dos direitos do indivíduo frente ao Estado. O direito vai dar esta proteção, a qual se materializa, por um lado, nos mecanismos que o cidadão passa a possuir para agir contra o Estado, se necessário for, para garantir os direitos (subjctivos) expressos pelas regras de direito (objetivo). De outro lado, a própria subsunção do Estado ao Direito é também fenômeno novo, pelo menos na intensidade com que passa a se mostrar já no século XVII, mas especialmente nos séculos XVIII e XIX.

O Constitucionalismo moderno emoldura uma nova fase do Estado Moderno e do relacionamento Estado-cidadão, cujos elementos são um governo limitado, a garantia dos direitos do cidadão, a constituição escrita, o deslocamento da legitimidade do poder.

O Estado Moderno constitucional, que resultou do Constitucionalismo moderno, repousa então sua legitimidade na soberania do povo, no exercício do poder em seu nome (representação), na sujeição de todos à lei (inclusive do próprio Estado), e essa como expressão da vontade geral. Nele estão radicadas os “temas centrais do Constitucionalismo”: a fundação e legitimação do poder político e a

constitucionalização das liberdades (CANOTILHO, 1998, p. 49).

A esse Constitucionalismo que se delineou especialmente nos séculos XVIII e XIX, segue-se um outro fenômeno que emerge no final do século XIX e perpassa todo o século XX, classificado por WOLKMER (1989, p. 15 e seq.) de Constitucionalismo social. Esse resultante de

profundas modificações sociais e econômicas ocorridas na Europa e no Ocidente: em parte, devido à amplitude dos conflitos sociais e ao conseqüente alargamento da 'questão social', ao crescimento de reivindicações das massas urbanas trabalhadoras (...); à contribuição da Igreja Católica na afirmação de uma doutrina social; e de outra parte, aos novos rumos de desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro; aos efeitos da Grande Guerra de 1914-1918 e ao decisivo impacto ideológico da Revolução Russa de 1917 (WOLKMER, 1989, p. 18).

Caracteriza-se por um aumento do dirigismo estatal, e pela existência de "um traço de conciliação e de compromisso" (WOLKMER, 1989, p. 18-19), voltado à consecução de fins sociais que ultrapassam os limites individuais do Constitucionalismo liberal-burguês moderno próprio do século XIX, e que teve na Constituição Social Mexicana de 1917 e na Constituição da República de Weimar, em 1919, seu exemplo mais acabado.

As experiências vividas na Inglaterra, Estado Unidos e França constituem-se em modelos paradigmáticos do que se denomina Constitucionalismo moderno. Cada um a seu modo, privilegiando uma ou outra característica desse movimento, ou mesmo desprezando-as (como no caso da Inglaterra, com respeito à Constituição escrita), constrói um modelo constitucional, que fornece as bases para a organização do poder nos Estados.

Em todas aquelas experiências deve-se ressaltar a crescente importância do Direito, a qual só vem aumentando até hoje. Não é exagero afirmar-se que a própria concepção de Estado passa e depende do Direito. A crise do Direito, assim, só pode ser compreendida dentro de um contexto mais amplo, que afirme a própria crise do Estado.

2.5.2 A Separação de Poderes

O Constitucionalismo está assentado na idéia de limitação do poder do soberano. A imposição destes limites tiveram sua base teórica no princípio da separação de poderes, podendo-se afirmar, como fez LOWENSTEIN (1982, p. 50), que "el Estado constitucional se basa en el principio de la distribución del poder", sendo este o principal elemento definidor da forma de um Estado, já que, em sua concepção, a distinção entre a distribuição do exercício e controle do poder político, e a concentração do exercício deste poder que está livre do controle, é que define um tipo de Estado, diferenciando-o de outro.

A necessidade de limitação do poder do soberano não é própria do Estado Moderno, remontando à Idade Média. Sua teorização, todavia, tem raízes no Estado absolutista, precisamente na busca de técnicas que fundamentam a limitação do poder do rei. John Locke, como já foi dito, é tido como precursor daquela que se tornou talvez, a formulação teórico-política mais conhecida do mundo ocidental a partir do século XVIII: a teoria da separação de poderes. Sua base experimental era a Inglaterra absolutista de fins do século XVII e início do século XVIII, os fatores econômico-políticos traduziam-se em um capitalismo incipiente, no crescimento da classe burguesa e no enfraquecimento do poder clerical e da nobreza.

A construção lockeana embasa a futura tese de Charles-Louis de Sécondat, Barão de la Brède e de Montesquieu. Este escreveu sua obra mais famosa, *De L'Esprit des Lois*, tomando em conta a experiência inglesa, mas buscando, sobretudo, explicar e racionalizar a experiência francesa da época. O francês não era um burguês, ao contrário, integrava a aristocracia francesa, não sendo, portanto, de seu interesse abrir espaço àquela classe ascendente ao exercício do poder político. Buscava limitar o poder do soberano para, com isso, conservar a estrutura social baseada na sociedade estamental. De toda forma, pretendia com sua obra elaborar uma técnica de exercício e controle do poder, que no Estado Absoluto encontrava-se centralizado em demasia. Sua preocupação

maior, conforme registra Dalmo de Abreu DALLARI (2000, p. 216), é assegurar a liberdade dos indivíduos, o que na época significava restringir a atividade e o alcance do Estado, demarcando a esfera de autonomia do indivíduo frente ao Estado. De fato, a engenharia política por ele desenhada, que passou à história como um dos dogmas do Constitucionalismo e também do Estado Liberal, ilustrou os capítulos do Livro Décimo Primeiro de "O Espírito das Leis", intitulado *Das Leis que formam a Liberdade Política em sua Relação com a Constituição*, explicando liberdade como "o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria mais liberdade, porque os outros também teriam este poder" (MONTESQUIEU, 1993, p. 170).

Em sua construção teórica, MONTESQUIEU (1993, p. 170-171) parte basicamente de duas premissas, assim expressas:

- a) "...a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites";
- b) "Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite."

Partindo dessas duas bases, e fortemente influenciado pelo Racionalismo da época, formulou uma técnica que permite o exercício e o controle simultâneo do poder, em perfeita sintonia com uma visão mecanicista, na qual existem três poderes, com igual grau de independência e autonomia, cada um correspondendo a uma das três funções essenciais do Estado: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Justifica tal "construção" afirmando:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder

executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1973, p. 157).

O caráter racional, mecânico, da teoria de Montesquieu contrasta paradoxalmente com a forte constatação que faz da realidade do exercício do poder em seu tempo. Busca firmemente limitar a atuação do Estado, de forma a, de um lado, cercar de instrumentos legais a atuação do soberano e, de outro, assegurar que essa atuação ocorra de forma a respeitar e a assegurar a liberdade do indivíduo.

A separação de poderes, ou de funções¹⁷, dentro do Estado, no entanto, não é suficiente. Para coibir o abuso do poder "é necessário que o poder freie o poder". Para tanto, Montesquieu descreve diferentes situações de governo e define de que forma cada um dos poderes de Estado deve atuar, de maneira a que um poder, de um lado, não interfira na esfera de competência de outro, mas ao mesmo tempo prevendo e criando mecanismos que assegurem o controle recíproco de um poder sobre o outro. Esses mecanismos deram forma àquilo que ficou conhecido como teoria dos "freios e contrapesos". Esses instrumentos de funcionamento e limitação do poder foram previstos em cada uma das Constituições que se seguiram à essa época, inspiradas nas constituições dos Estados Unidos e na própria formação da Inglaterra. Cada uma, à sua maneira, definiu regras para assegurar a efetiva existência de freios e contrapesos entre os poderes. A forma de exercício e distribuição, bem como a organização dos freios, são os elementos que acabam por diferenciar um Estado do outro, tendo ambos adotado os pressupostos de liberdade do indivíduo e limitação do Estado, próprios do Estado Constitucional.

Essas preocupações espelham as grandes questões do Constitucionalismo e do que vinha se formando na época. Não é outra a razão pela qual Locke e

¹⁷ Diferentes autores fazem distinção entre "divisão de funções" e "divisão de poderes", preocupação que passou ao largo desta pesquisa, por não influir em seu resultado. A esse respeito, conferir, por exemplo, BARACHO, 1984, p. 28 et seq.

Montesquieu vão inspirar e mesmo "desenhar" as futuras Constituições dos Estados Unidos da América e da França.

2.5.3 O Controle da Constitucionalidade

Limitar o poder dos governantes, definir a autonomia e a liberdade do homem frente ao Estado e organizar seus poderes são exigências próprias do Constitucionalismo, que acabaram por influenciar e, por fim, justificar a adoção de um documento escrito e unificado que tivesse o poder de se impor a todos, cidadãos e Estado. Este documento, a Constituição¹⁸, tornou-se, então, o ponto de partida material para a existência do controle de constitucionalidade.

As noções de soberania e de supremacia constitucional, por seu turno, forneceram o arcabouço conceitual para que se pudesse conceber o controle de constitucionalidade.

Finalmente, a doutrina da separação de poderes forneceu a construção teórica que originou tal princípio.

O Constitucionalismo inaugurou uma nova fase dos Estados ocidentais soberanos do século XVIII e também do XIX. A Constituição escrita documental, como classifica Paolo Biscaretti DI RUFÍA (1988, p. 501), trazia em seu bojo a distinção entre normas fundamentais à estrutura essencial do Estado, relativas ao equilíbrio e exercício dos poderes, mormente no que trata das limitações ao poder do governante de um lado, e determinações concernentes a assuntos outros, que deveriam ser tratados pelo legislador ordinário. Àquelas, atribuiu um caráter superior, estabelecendo-se que sua modificação exige rigores maiores do que os exigidos

¹⁸ Está-se tomando aqui constituição em seu conceito liberal, situado historicamente no momento de formação do Estado Moderno e, mais precisamente, no momento em que este toma a forma de Estado Liberal. Conforme ressalta CANOTILHO (1998, p. 46-48), é um conceito ideal de constituição que não tem correspondência exata com qualquer dos modelos históricos do Constitucionalismo.

para alterar normas que tratam de assuntos externos à organização do Estado e de seus poderes, fixando-se, assim, a já clássica distinção entre Constituições rígidas e flexíveis, conforme exijam ou não procedimentos mais rigorosos para sua modificação.

O caráter supremo adjetivando a constituição, decorre diretamente da noção de soberania sistematizada no final de século XVI por Bodin¹⁹. Conforme relata Nelson SALDANHA (2000, p. 136):

suprema era a *potestas* do monarca, ou a do Estado, e a soberania era um poder de *império* existente no Estado e pertencente a ele, Estado, ou cabente a um monarca soberano. Quando - com Rousseau por exemplo - se teve a idéia de que a soberania cabia ao corpo político inteiro e era indivisível, então começou-se a reservar o termo *supremacia* para designar a preeminência de um ordem (a ordem estatal primando sobre as vidas privadas), ou da própria lei que estatua tal ordem.

Supremo é aquilo que se diz da lei fundamental, a *paramount law* americana. Dizer isto, porém, é insuficiente. A explicação para o caráter supremo da Constituição traz em seu bojo uma compreensão prévia sobre o poder constituinte. As respostas às questões "o que é o poder constituinte?", "quem é o titular desse poder?", "existem limites a seu exercício?", impõem uma pluralidade de abordagens que explicitam as diversas matrizes inglesa, francesa e americana sobre legitimidade e função dos poderes.

Adotando-se a sistemática do professor J. J. Gomes CANOTILHO (1998, p. 62), três palavras resumem os traços caracterizadores de três experiências histórico-constituintes:

Os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de revelação da 'constituição da Inglaterra'; os americanos dizem num texto escrito,

¹⁹ Jean Bodin escreveu sua obra mais célebre, intitulada, *Les Six Livres de la Republique*, em 1583. A obra é um verdadeiro tratado sobre o conceito de soberania que para o autor apresenta a característica de ser una, indivisível, perpétua, irrevogável e suprema. Sua noção de soberania, que inspirou as primeiras teorias do Estado Moderno, é eminentemente legislativa, vez que representa a possibilidade de o soberano impor leis aos súditos independentemente de seu consentimento.

produzido por um poder constituinte 'the fundamental and paramount law of the nation'; os franceses criam uma nova ordem jurídico-política através da 'destruição' do antigo' e da 'construção do novo', traçando a arquitetura da nova 'cidade política' num texto escrito - a constituição.

De fato, a Inglaterra não pretendia, com o poder constituinte, a construção de uma nova ordem. Em sua concepção, os direitos pré-existem às leis fundamentais, de forma que sua garantia não se dá com a redação da mesma; ao contrário, estas servem apenas para revelar "privilégios e liberdades" pré-existentes.

Diferentemente, no ordenamento jurídico norte-americano a noção de poder constituinte é relevante. A fórmula *We the People* com que a Constituição americana tem início, não deixa dúvidas sobre a titularidade do poder, cuja função é estabelecer na lei fundamental os direitos e garantias do povo, a subordinação de todos os poderes, bem como de seus exercentes a essa lei; e, finalmente, como diz CANOTILHO (1998, p. 64), "a afirmação de poderes constituídos e autorizados pela constituição, colocados numa posição aqui ordenada e equilibrada (*'checks and balances'*)".

Finalmente, na França, o poder constituinte surge para inaugurar uma nova ordem, romper com o *Ancien Régime*, fundar uma nova nação, cujo povo é o titular do poder constituinte, tido como um poder originário, autônomo e independente.

Das diferentes concepções em torno do poder constituinte, conforme já foi dito, é possível compreender-se as distintas matrizes constitucionais a que se está aludindo. Comum às matrizes norte-americana e francesa é a concepção de superioridade da Constituição, entendida então como "lei fundamental" de organização do Estado, garantidora dos direitos do indivíduo frente ao Estado, limitadora do exercício do poder e consagradora da teoria da separação de poderes. A separação de poderes, embora parta das mesmas inspirações teórico-políticas, produziu leituras diferentes por parte de cada um dos Estados. Na Inglaterra, todavia, a superioridade da Constituição nunca foi admitida, o que traz reflexos na forma de

organização dos poderes, bem como na função que cada um deles exerce na organização do Estado.

Da assunção da Constituição como norma superior seguiu-se o controle de constitucionalidade. De fato, apenas porque a Constituição traz em seu bojo regras hierarquicamente superiores às demais que integram um ordenamento jurídico, é que todas essas devem estar em conformidade com aquelas. A competência para exercer e realizar esse controle, porém, não obedece a apenas um modelo dentro dos Estados ditos Constitucionais Modernos, mas, em todos os casos impõe definições sobre a forma como se organiza e se exercita a separação de poderes.

A separação de poderes foi criada com a finalidade precípua de garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Ainda que muitos críticos de Montesquieu tenham razão em afirmar que o mesmo propugnou uma divisão de funções, e não uma real separação de poderes, sua preocupação não era com a eficiência do Estado e, sim, com o exercício limitado do poder. O instrumento de limitação era o direito e o objeto de sua tripartição de poderes era as ações do Estado, as quais deveriam ser reguladas pelo direito. Assim, o Poder Legislativo deveria elaborar as leis; o Poder Executivo deveria cumpri-las, cabendo ao Poder Judiciário o papel de árbitro em caso de conflito Estado-cidadão.

A história da França e o processo de formação da sociedade norte-americana, no entanto, justificaram a adoção de diferentes formas de organização e separação dos poderes e muito especialmente, tendo em conta os fins deste trabalho, desenharam perfis e funções diferentes ao Poder Judiciário, que influenciaram e marcaram sobremaneira a função deste Poder no Estado atual. Esta análise será feita ao longo das próximas seções.

3 DOIS GRANDES SISTEMAS DE *COMMON LAW*

3.1 *COMMON LAW* INGLÊS

3.1.1 Conceituação

A expressão “direito inglês” necessita, desde logo, algum esclarecimento. O termo não indica o direito vigente nos países de língua inglesa, e nem mesmo o sistema jurídico próprio dos países ligados à *Commonwealth*. Tecnicamente não é correto denominar o direito do Reino Unido e nem mesmo o direito da Grã-Bretanha um direito inglês, de vez que, conforme observa René DAVID (2000, p. vii), “os direitos de *Commonwealth* às vezes são próximos do direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. O direito da Irlanda do Norte e o da Ilha de Man, por exemplo, são bastante próximos do direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas anglonormandas”.

Partindo de um critério territorial, pode-se dizer, seguindo DAVID (2000, p. vii), que direito inglês é o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Para efeitos deste estudo, no entanto, o critério territorial é insuficiente. O que se está denominando direito inglês não é o arcabouço jurídico próprio de um ou mais países, mas um modelo a partir do qual diversos ordenamentos jurídicos constituíram-se. Enquanto modelo, este direito apresenta características próprias que vão servir de base à construção do sistema jurídico - não apenas legal - de inúmeros países, muitos dos quais tendo sofrido ao longo de sua história forte influência inglesa.

Tal qual o sistema romano-germânico, este modelo teve em sua origem e mais ainda nos dias de hoje, uma grande área territorial de influência, mas o que o torna grande e forte é o fato de que algumas de suas instituições, regras e princípios marcaram fortemente a formação e construção de muitos países, a ponto de estes tomarem o direito inglês como protótipo de organização do sistema jurídico.

Tendo-se em conta os objetivos deste trabalho, a explicitação do direito inglês se fará através de algumas de suas características marcantes, centrando-se na função exercida pelo Poder Judiciário na organização do Estado inglês e na forma pela qual os juizes ingleses realizam a função jurisdicional que lhes é própria. As regras materiais de direito não são, portanto, tratadas, salvo para exemplificar situações descritas no trabalho. As regras processuais são levadas em conta, naquilo que importarem para esboçar o direito inglês.

3.1.2 A Separação de Poderes na Inglaterra

Pode-se dizer que o direito inglês, durante os séculos XII a XVI, caracterizou-se em um primeiro momento, pela consolidação do *common law*, em seguida pelo desenvolvimento da *equity* como um sistema paralelo ao da *common law*, até finalmente a unificação dos dois, em 1875. A existência destes dois sistemas, um próprio da jurisdição real e outro típico de jurisdição comum ilustra a divisão do poder na Inglaterra, um Estado que "não teve rigorosamente monarquia absoluta e passou, embora não sem convulsões como as de 1648 e 1688, do Estado estamental para o Estado constitucional representativo" (MIRANDA, 1997, p. 109).

Jorge MIRANDA (1997), ao tratar em sua obra *Manual de Direito Constitucional*, dos sistemas constitucionais de matriz inglesa, distingue na formação e evolução do direito constitucional inglês, três fases, as quais ilustram os períodos políticos por que passou a Inglaterra, mormente no que se refere à primazia de uma ou outra instituição do Estado. Utilizar-se-á destas três etapas para explicar a evolução política do direito inglês.

A primeira fase, intitulada "dos primórdios" pelo professor português inicia-se em 1215, com a edição da Magna Carta, que pode ser considerada uma Lei Fundamental do Reino, entendida aqui como regras suscetíveis de limitar o exercício do poder. Alguns historiadores, no entanto, afirmam que aquele documento constitui apenas a "expressão da lei fundamental do reino". Neste caso, portanto, a lei seria

anterior à própria Carta e adviria, provavelmente, de um costume consagrado que, enquanto tal, era considerado imemorável e razoável. Certo é, porém, que este documento resultou de uma série de lutas entre os nobres e o rei, em que este último, ciente de que necessitava do apoio dos nobres para governar e manter-se no poder, lhes reconhece privilégios assentados no "costume" inglês, limitando o poder real que pretendia ilimitado. Essa fase é tida como "monárquica", referência ao tempo em que a autoridade real é prevaiente.

A segunda fase - de transição - inicia-se em princípios do século XVII em um período de lutas políticas e político-religiosas, e caracteriza-se por disputas entre o Rei e o Parlamento em torno do exercício do poder e suas limitações. Alguns dos documentos mais importantes da época são a *Petition of Rights* de 1628, e a *Bill of Rights*, um documento datado de 1689, resultantes da vitória do Parlamento na chamada Revolução Gloriosa, que limitou o poder do soberano, obrigando-o a atuar dentro de limites e sob a vigilância do Parlamento, limitando o exercício de suas prerrogativas pela garantia dos direitos individuais. Essa fase, diferente da primeira, traduz a supremacia parlamentar, mas não de todo o Parlamento. De fato, prepondera nesse período a Câmara dos Lordes. São eles que, enquanto membros do Parlamento, buscam a limitação do poder real. Por essa razão, é considerada "fase aristocrática".

Finalmente, o que o pensador português intitula "fase contemporânea", inicia-se em 1832 com as reformas eleitorais tendentes ao alargamento do direito de sufrágio, em um processo que vai ter fim apenas em 1929. É importante ressaltar ainda que, em consequência desse processo, a Câmara dos Lordes sofre um esvaziamento, ao contrário do que ocorre com a Câmara dos Comuns a qual, oxigenada pelos mandatos eleitos e temporários, toma as rédeas da vida política inglesa, em um processo que até hoje vem se estendendo. É a "fase democrática" (MIRANDA, 1997, p. 122-125).

A supremacia do poder real, própria da primeira fase, caracterizadora das relações de poder existentes na Inglaterra a partir do século XII começa a perder força em função de diversos e importantes acontecimentos nos planos filosófico e político, os quais vão implicar em mudanças também no chamado direito inglês. O Renascimento, o Humanismo e a Reforma modificam o mundo, valorizando o Homem.

O poder divino é questionado e, por consequência, o direito divino também. As “leis de Deus”, ditadas por um Deus que tinha no soberano sua imagem viva na terra (MATTEUCCI, 1998, p. 84), deixam de afirmar o mundo porque, ao seu lado, existiam leis naturais (da natureza) imutáveis, que deveria ditar o agir do homem e limitar as ações do soberano.

Com o enfraquecimento do feudalismo, o advento da Reforma e o consequente enfraquecimento do *Holy Roman Empire*, a monarquia centralizada começa a emergir como a principal reclamante da lealdade do homem. Com o tempo, o Estado tende a tornar-se, primeiramente, a mais forte fonte do direito e, posteriormente, a única fonte.

Hobbes teorizou sobre o Estado Absoluto e justificou sua existência no consenso existente entre os súditos de que deveriam renunciar a seus poderes de agir livremente para, em troca, através da ação do Estado, ter a paz assegurada. Assim, fortalecido enquanto organização política, o Estado é justificado como elemento capaz de assegurar a paz.

Estado e Soberano já não são, no entanto, a mesma coisa, e neste contexto começam a desenhar-se às relações de poder entre Soberano, Parlamento e Juízes que vão caracterizar o direito inglês que se conhece hoje.

De fato, no início do século XVII, precisamente em 1603, tem início o reinado de Jaime I, rei da Escócia, o primeiro da dinastia Stuart a reinar na Inglaterra. O crescimento do Estado Moderno justifica-se por uma lógica que prevê também a necessidade de uma racionalização do Estado, que se traduz na

imposição de uma política, visando evitar as perigosas tensões internas, bem como os conflitos entre as Ilhas, Escócia e Inglaterra.

Na prática o rei Jaime I busca fortalecer-se, ampliando sua prerrogativa, assegurando-a também nos limites da *jurisdictio*²⁰. Jaime I inaugura, de certa forma, aquilo que MATTEUCCI (1998, p. 84) chama "moderna teoria del derecho divino", para quem o rei não exerce um ofício em nome de Deus, mas é o próprio eleito de Deus, para agir em seu nome. Daí considerar, baseando-se na bíblia, que o rei, enquanto representante do Senhor na terra, detinha um poder de origem divina e não era responsável senão perante Deus, cabendo ao Parlamento apenas o registro das ordens divinas.

Essa posição não foi passivamente recebida pelo Parlamento. De fato, entre 1603 e 1640 houve tensões constantes entre a prerrogativa e a *jurisdictio*. O monarca buscava estender sua prerrogativa, enquanto o Parlamento, que cada vez mais se sentia representante da nação, tencionava afirmar seu poder. O conflito, conforme ressalta MATTEUCCI (1998, p. 86), tem duas vertentes distintas: uma entre os tribunais e o rei, outra entre o Parlamento e o Rei. O mérito de Coke e Selden como representantes dos juízes e dos parlamentares, respectivamente, foi terem conseguido obter uma união orgânica entre estas duas instituições, com vistas a limitar o poder do rei.

Sir Edward Coke (1552-1634) havia sido presidente do *Common Pleas* por dez anos, de 1603 a 1613, tendo permanecido em seguida presidente do King's Bench até 1616. Sua atuação junto a estas cortes foi marcada pela tendência a limitar as prerrogativas reais e a fortalecer a posição dos juízes como "los leones que debían custodiar, frente al rey, los derechos de los ciudadanos" (MATTEUCCI, 1998, p. 86).

²⁰ Sobre tais poderes, ver item 2.4.1, que trata da distinção entre *Gubernaculum* e *Jurisdictio* da Idade Média.

A oposição entre, de um lado, os parlamentares e os juizes, e, de outro, o rei, acentua-se durante o reinado de Carlos I, filho de Jaime I, inaugurado 1625. Nesse período juizes foram punidos por se oporem a injunções reais, e as promessas feitas aos Parlamentares de acabar com as medidas arbitrárias não foram levadas a cabo. Essa situação levou o Parlamento, em 1628, a exprimir sua desaprovação quanto às atitudes do rei, impondo-lhe o deferimento da *Petition of Rights*, um documento no qual os parlamentares lembram o rei das liberdades inglesas e afirmam que o mesmo não pode aumentar impostos senão com o consentimento do Parlamento. Em resposta, Carlos dissolve o Parlamento e governa de maneira tirânica durante os anos de 1629 a 1640.

Em abril de 1640 o rei convoca o que ficou sendo chamado Parlamento Curto para votar os novos impostos. A assembléia constituída, no entanto, transforma essa convocação em tribuna para denunciar os desmandos dos últimos 11 anos e, em razão disso, o rei novamente o dissolve em maio daquele mesmo ano.

A guerra contra a Escócia, porém, o obriga a voltar atrás, e em novembro de 1640 realiza-se uma nova convocação, o Parlamento Longo, que terá assento de 1642 a 1653. Ainda em 1642 o rei determina a prisão de três deputados que haviam trabalhado pela aprovação da *Petition of Rights*, gesto que inicia a guerra civil a qual terminará com a derrota das forças leais ao rei e sua execução em 1649.

É também em 1640 que Oliver Cromwell assume a direção do país sob o título de *Lord Protector*, iniciando um período ditatorial durante o qual a Inglaterra pela primeira vez em sua história passaria a ser "governada" por um arremedo de Constituição escrita, materializada no *Instrument of Government* de 1653. Este período encerra-se, no entanto com a sua morte em 1658.

Após o episódio Cromwelliano, busca-se com Carlos II a restauração da monarquia, movimento que é um fracasso porque o monarca repetiu os mesmos erros de seus antecessores. Além disso, o Parlamento encontrava-se dividido entre

os recém formados partidos políticos ingleses Whigs²¹, ligado à sociedade urbana inglesa, que objetivavam fortalecer o Parlamento, e os Tories, partido agrário que priorizava o poder real (CUNHA, 1990, p. 243)²².

Em 1685 assume o trono Jaime II, que era católico e pretendia fazer a Inglaterra reverter à Igreja romana. A reação daí resultante produziu a Revolução gloriosa de 1688, que pôs fim à dinastia dos Stuarts na Inglaterra.

O Parlamento, fortalecido, chamará ao trono o rei da Holanda, Guilherme d'Orange, casado com Maria, irmã do rei deposto, o qual reinará sob o nome de Guilherme III. Para poder governar, ele fará promessas de respeitar o *Bill of Rights* de 1689, uma lei que consagra, em termos claros, a supremacia do Parlamento sobre a pessoa do rei, garante o direito de petição, assegura a liberdade e inviolabilidade dos membros do parlamento no exercício de suas funções, entre outras medidas. Em 1701, último ano de seu reinado, o Parlamento votou a *Act of Settlement*, segundo o qual só pode subir ao trono um príncipe de religião anglicana, prescrevendo ainda outras disposições para impedir o rei de governar sem o Parlamento.

Sucedem-no até 1714 a rainha Ana, sob cujo reinado Escócia e Inglaterra passam a constituir um só parlamento, formando o Reino Unido da Grã-Bretanha; Eduardo, chamado o Confessor; e Guilherme, o Conquistador. Guilherme não chega a assumir o trono. É derrotado por Jorge I, que inicia a dinastia Hannover na Inglaterra, formada ainda pelos futuros reis Jorge II, III e IV. Jorge I não falava inglês, tendo muita dificuldade para comunicar-se com os parlamentares, o que acaba por

²¹ *Whigs* era o nome dos membros de uma seita religiosa escocesa que se rebelara contra o rei; *tories* era a designação dada a alguns católicos irlandeses que viviam fora da lei. Ambos governaram a Inglaterra alternadamente até o começo do século XX, quando o partido liberal foi sacrificado, em razão do surgimento do partido trabalhista, formado a partir dos sindicatos ingleses, fortemente organizados no início do século (cf. Marcelo CAETANO, 1996, p. 57-58).

²² Sobre a formação dos partidos políticos ingleses, consultar: CUNHA, 1990.

fortalecer e institucionalizar a figura do primeiro-ministro, um parlamentar que fazia a mediação entre Rei e Parlamento, e que acabou por transmutar-se na hoje conhecida figura do primeiro-ministro, chefe de governo da Inglaterra.

Observa-se facilmente que a história do regime constitucional inglês confunde-se de certa forma com a própria história do Parlamento, das instituições que o integram (Rei, Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns) e da composição de forças vigente em cada período da história da Inglaterra. Deve-se observar, por exemplo, que até a Revolução Gloriosa a opressão na Inglaterra esteve sempre associada ao poder real.

O Parlamento, quer dizer, o Poder Legislativo, ao contrário, fez a figura de defensor da liberdade dos ingleses (LECLAIR, 1997, p. 13). Daí poder-se afirmar que a soberania parlamentar tem inequivocamente uma base histórica, o que justifica a posição do Parlamento inglês nos dias de hoje, e explica sua superioridade no que diz respeito à elaboração das leis, consubstanciada no princípio da supremacia parlamentar, e no julgamento que se faz de sua "constitucionalidade."

3.1.3 A Formação do Direito Inglês

A história do direito na Inglaterra assemelha-se à dos países do continente até os séculos XII e XIII. A Inglaterra fez parte do Império Romano, do século I ao V, quando então cessa o domínio do Império. A partir do século VI a Inglaterra sofre diversas invasões de povos bárbaros, tribos de origem germânica - saxões, anglos, dinamarqueses, e em 596, com a missão de Santo Agostinho de Cantorbéry, converte-se ao cristianismo. As leis desta época traduzem textos de direito consuetudinário anglo-saxônico, mas ao contrário do continente onde eram elaboradas em latim, foram escritas em língua anglo-saxônica, formando o que na Inglaterra é considerado o direito anglo-saxônico (GILISSEN, 1995, p. 209). A expressão 'anglo-saxônico', conforme observa DAVID, (1998, p. 286), é utilizada

pelos ingleses para traduzir este período determinado, sendo repudiada quando utilizada para definir o direito de períodos posteriores a essa fase da história²³.

Observe-se que nesta época coexistiam, no território britânico, normas de origem germânica e normas de direito romano e canônico, algumas das quais, como as que tratam das questões de matrimônio e sucessórias, permanecem até hoje (LOSANO, 1978, p. 118).

Em 1066 inicia-se o que David caracterizou como segundo período do direito inglês, que vai terminar apenas em 1485. Naquele ano, a Inglaterra foi conquistada pelos normandos, que trouxeram um poder forte, centralizado, e uma unidade política realizada por Guilherme, o Conquistador, que fez desaparecer o tribalismo e consolidou o feudalismo, fazendo-o em moldes diferentes do existente na França, Alemanha e Itália. Isto porque os senhores normandos que acompanharam Guilherme à Inglaterra, cientes de que haviam chegado a um país cuja língua lhes era estranha, e desconhedores dos costumes locais, souberam unir-se a 'seu rei' para fortalecerem-se. Esta unidade política teve como consequência direta a unificação do direito, iniciando-se aí a formação da *common law*, o direito comum de toda a Inglaterra, por oposição aos costumes locais até então vigentes (DAVID, 1998, p. 285).

Nesta época o direito inglês caracterizava-se por possuir uma pluralidade de jurisdições. Assim, o costume local era aplicado pelas chamadas *County Courts* ou *Hundred Courts*; o direito canônico era aplicado pelas jurisdições eclesiásticas; e o *common law* seria então aplicado pelos Tribunais Reais de Justiça, também conhecidos pelo nome de Tribunais de Westminster, em alusão ao local onde vão

²³ A divisão proposta por René David a respeito dos períodos em que pode ser dividido o direito inglês é distinta daquela realizada por professor Jorge Miranda, embora possam coincidir em alguns dos períodos previstos. As fases apontadas pelo professor David priorizam o tipo de direito preponderante, sendo mais apropriada para esclarecer a formação do direito inglês, enquanto a do professor Miranda adequa-se mais a explicar o desenvolvimento da história política da Inglaterra.

estabelecer-se a partir do século XIII.

Ao contrário das outras jurisdições existentes que sofrerão um processo de esvaziamento, a competência da jurisdição real vai expandir-se até o final da Idade Média, de um lado porque o rei passou a ter interesse em fortalecer sua imagem de justiceiro no reino; e de outro porque apenas estes tribunais tinham meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar as suas decisões. Além disso, junto com a Igreja, podiam obrigar os súditos a prestar juramento (DAVID, 1998, p. 288).

A partir do século XII, com Henrique I e Henrique II, a aplicação do direito passa a ser uniforme em toda a Grã-Bretanha e tem lugar por meio de juízes itinerantes que, em nome do rei fazem Justiça inicialmente civil e, mais tarde, também penal (LOSANO, 1978, p. 122).

Apenas em 1875, no entanto os Tribunais Reais se tornarão “jurisdições de direito comum”, no sentido francês do termo. Até esta data, eles constituíram-se como jurisdições de exceção, de forma que submeter um caso às jurisdições reais era um privilégio, solicitado através de uma petição ao oficial da Coroa, o *Lord Chancellor*, pedindo-lhe a concessão de um *writ*, por força do qual as jurisdições reais seriam postas em funcionamento, mediante o pagamento de taxas à chancelaria.

O período em que se desenvolveu o *common law* influenciou profundamente o direito inglês em pelo menos quatro aspectos, que podem ainda hoje ser percebidos: o interesse dos juristas ingleses a concentrar seu interesse num processo; o estabelecimento de diversas categorias e conceitos do direito inglês; a rejeição da distinção entre o direito público e o direito privado; a recusa em recepcionar as categorias do direito romano (DAVID, 1998, p. 290).

A solução do litígio não era, até o século XIX, o mais importante em um

processo. *Remedies Precede Rights*²⁴ era o lema. De fato, conforme adverte DAVID (1998, p. 291), “a *common law*²⁵ não se apresenta como um sistema que visa realizar a Justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”. Os direitos subjetivos foram concretizando-se de maneira quase empírica, à medida que uma determinada ação estava voltava a garanti-los.

O fortalecimento das jurisdições reais fez com que, com o tempo, desaparecessem as outras jurisdições “de interesse privado”. Além disso, a forma de pedir aos tribunais através do *writ*²⁶ acaba por transformar todo o litígio em um direito de interesse público porque, por meio *writ*, o rei dá uma ordem aos seus agentes para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do demandante. Se o demandado se recusa a obedecer, o demandante agirá contra ele, e o descumprimento é visto como uma desobediência a uma ordem da administração (DAVID, 1998, p. 293). Daí a ausência no direito inglês da distinção entre direito público e privado.

A excessiva rigidez processual específica para cada um dos casos submetidas aos Tribunais de Westminster tornou impossível a adaptação e recepção por estas cortes dos princípios, categorias e procedimentos definidos pelo direito romano. Em conseqüência, estas cortes foram levadas a elaborar um novo direito,

²⁴ Em primeiro lugar o processo.

²⁵ Os termos *common law* e *civil law* serão usados indistintamente ao longo do trabalho para indicar um sistema, um modelo, uma família jurídica. Em alguns momentos pode-se mesmo utilizá-los sem adjetivos, para indicar algumas das características que lhe são próprias. Deve-se advertir ainda para o fato de que a comparação entre *common law* e *civil law* levará em conta três distinções possíveis: sistema jurídico, direito costumeiro, em contraposição ao direito escrito; ou ainda direito comum contraposto ao direito privado.

²⁶ *Writ* é o termo jurídico utilizado para traduzir um mandado de citação. Esta citação, no entanto, conforme informa René David, é diferente da citação do sistema continental. Constitui-se em uma ordem, dada em nome da rainha pelo chanceler ao réu comunicando-lhe que há uma pretensão do autor a satisfazer, dando-lhe duas opções: satisfazê-la ou fornecer à corte justificativas para sua recusa.

comum a toda a Inglaterra, formado a partir dos costumes locais ingleses. Muitas categorias essenciais à compreensão do direito inglês, tais como o *trustee* e o *trespass*, não encontram equivalência no sistema romano germânico. Por outro lado, o direito inglês não recepcionou conceitos básicos do sistema continental, como por exemplo, a distinção direito público/direito privado.

O desenvolvimento da *common law* enquanto um direito costumeiro, resultante dos costumes do povo inglês foi de tal forma transportada ao imaginário jurídico continental, que tornou-se usual apontá-la como uma das diferenças centrais entre os dois sistemas jurídicos tratados, afirmando-se ser a *civil law* um direito predominantemente legal, que tem, portanto como fonte primária do direito a lei, e o *common law* um direito consuetudinário, que teria como fonte primordial o costume. Esta é, no entanto uma idéia equivocada. O direito forma-se a partir do costume, mas ele é aquilo que o juiz diz que deve ser. Dito de outra forma, sua fonte primária não é o costume do povo inglês, mas as decisões tomadas pelos juizes nos casos que lhe são submetidos. Neste sentido, é um direito judiciário, e não um direito costumeiro (DAVID, 1988, p. 348).

O terceiro período está marcado pelo desenvolvimento da *equity*²⁷, um sistema rival ao da *common law* que surgiu para superar as limitações impostas pelo rígido formalismo dos procedimentos da *common law* e realizar a Justiça, naqueles casos em que a “esclerose resultante da rotina dos homens da lei” (DAVID, 1998, p. 295) e a impossibilidade de o *common law* desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época, acabariam por imputar aos súditos decisões injustas.

O rei, fonte de toda a Justiça e generosidade, não deveria remediar o erro

²⁷ O termo *equity* em inglês tem, portanto, um significado bastante específico, não podendo ser confundido com a sua tradução para o francês ou inglês - *équité* ou *equidade* - em cujos sistemas o termo tem uma acepção diferente. Conforme observação do professor René David, o termo correspondente à equidade (em português) é *justice, fairness* ou *good conscience*, conforme o caso (DAVID, 1998, p. 299).

de seus tribunais? Os particulares, não podendo obter Justiça pelos tribunais reais ou chocados pelas suas decisões, se dirigiam ao rei para lhe pedir que a realizasse. Esses recursos eram encaminhados pelo Chanceler que, no início transmitia-o ao rei, se achasse oportuno, para que este tomasse sua decisão. Com o tempo, o Chanceler torna-se cada vez mais um juiz autônomo, mas tem sempre o apoio do rei. Examina as queixas como um verdadeiro juiz, mas segue um processo inteiramente diferente, em seus princípios, baseado no direito canônico.

O recurso à prerrogativa real, enquanto procedimento excepcional, não causa muitos problemas aos tribunais reais ou às cortes de *common law*. Sua institucionalização e seu desenvolvimento enquanto um sistema com regras próprias, no entanto, passa a concorrer com as jurisdições já existentes. A *equity* torna-se de fato um sistema paralelo ao da *common law*.

O notável desenvolvimento da *equity* no século XVII fez com que muitos acreditassem que a família do direito inglês reunir-se-ia à família romano-germânica, o que acabou não ocorrendo por diversas circunstâncias, entre elas o fato de que os tribunais de *common law* lhe eram contrários, e nessa posição tinham o apoio do Parlamento, ambos buscando limitar o poder absolutista do rei.

Common law e *equity* subsistem concomitantemente, mas não sem conflitos. Ao contrário, foi justamente ao término de um conflito violento em que de um lado os tribunais de *common law*, representados pelo juiz-presidente Coke (chefe da oposição liberal do Parlamento), de outro a jurisdição do Chanceler, à época Francis Bacon, que o rei Jaime I, em 1616, pronunciou-se em favor desta última. O conflito, no entanto, havia sido violento, e o Chanceler, embora vitorioso, sabiamente decide dela não abusar, passando após esse episódio a embasar suas decisões a partir de precedentes, abstendo-se de intrometer-se nas decisões tomadas nos tribunais de *common law*. O rei, por seu turno, não utilizará mais a sua prerrogativa de Justiça para criar novas jurisdições independentes dos tribunais de *common law*, tais como o Tribunal da Chancelaria ou, sobretudo em matéria penal, a *Star*

Chamber (DAVID, 1998, p. 298).

Os séculos XIX e XX são marcados por um desenvolvimento sem precedentes da legislação, uma “desformalização” do processo através de reformas que aconteceram nos anos de 1832, 1833 e 1852 e pela união dos sistemas da *equity* e da *common law*, nos anos de 1873-1875. Esta união, operada pelos *Judicature Acts* alterou profundamente a organização judiciária inglesa, e determinou que todas as jurisdições inglesas passassem a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as da *equity*. Estas condições ainda estão presentes nos dias atuais. Em anexo aos *Judicatures* há um código procedimental denominado *Rules of Supreme Court*, conhecido como *The White Book*, que compila os procedimentos existentes. Especialmente o crescimento da legislação, *statute law*, é um fenômeno que vem ampliando-se a tal ponto que alguns autores vêem o momento como uma reaproximação do direito inglês com o direito continental (DAVID, 1998, p. 302).

3.1.4 A Estrutura do Direito Inglês

3.1.4.1 Cortes superiores e cortes inferiores

A compreensão do Poder Judiciário na Inglaterra hoje e em todos os tempos pressupõe alguns esclarecimentos sobre sua organização, considerando-se que está baseado em uma clara distinção entre cortes inferiores e cortes superiores. Aquelas estão adstritas à solução dos litígios, enquanto estas têm a função de dizer o que é o direito, representando efetivamente o Poder Judiciário na Inglaterra.

Sua importância decorre do fato de o direito inglês ter se formado, desenvolvido e ainda hoje se constituir como um direito eminentemente jurisprudencial, atribuindo, portanto, aos precedentes a função de dizer o que é o direito. E na Inglaterra apenas as decisões pronunciadas pela cortes superiores constituem precedentes.

As diversas cortes próprias das jurisdições de *common law* e de *equity* existentes até o século XIX foram unificadas pelos *Judicature Acts de 1875*, que acabou por também reunir todas as antigas cortes superiores em apenas uma, a *Supreme Court of Judicature*, acima da qual manteve-se apenas, e não sem muita exitação, a Câmara dos Lordes.

Para explicitar a organização judiciária inglesa, utilizar-se-á a classificação proposta por DAVID (1997, p. 20, 22). A *Supreme Court of Judicature* comporta dois níveis: em primeira instância tem-se, no cível, a *High Court of Justice* e, no crime, a *Crown Court*; em segunda instância tem-se a *Court of Appeal*. A *High Court of Justice* compreende, por sua vez, três divisões: a do *Queen's Bench* (Banco da Rainha), a *Chancery* (da Chancelaria) e a da *Family* (Família). A *Crown Court* e a da Família foram criadas respectivamente em 1971 e 1970, enquanto as outras adotaram nomes de cortes tradicionais que deixaram de existir em 1875.

Pode-se recorrer à *Court of Appeal* das decisões da *High Court of Justice* ou da *Crown Court*. Contra os acórdãos da *Court of Appeal* pode-se ainda recorrer à Câmara dos Lordes, cuja composição se reduz, para tanto, ao Lorde Chanceler e alguns *Law Lords* (DAVID, 1997, p. 21).

Na *High Court of Justice* e na *Crown Court* a regra atual é de que os litígios que lhe são submetidos sejam julgados por um juiz singular, havendo, no entanto, exceções que apenas confirmam a regra. Dentre estas exceções deve-se observar que em todos os casos em que o acusado alega sua inocência, o julgamento na *Crown Court* contará com a participação de um júri. A alegação de inocência, pelas conseqüências que gera, também se constitui no entanto em uma exceção.

Na *Court of Appeal*, ao contrário, a regra é a pluralidade de juízes. Da mesma maneira na Câmara dos Lordes, onde o número de juízes é de no mínimo três para cada causa. A competência da *Supreme Court of Judicature* é ilimitada, de forma que os acórdãos nela proferidos, em primeira ou segunda instância, em qualquer matéria, são válidos para toda a Inglaterra, e para todas as causas de que

possa conhecer uma jurisdição inglesa. Em conseqüência, a competência das jurisdições inferiores, bem como de outros organismos contenciosos, depende de disposição legal expressa, constituindo-se formalmente em jurisdição de exceção²⁸ (DAVID, 1997, p. 23).

De fato, conforme observa René DAVID (2000, p. 25):

Restou algo na Inglaterra da maneira tradicional, segundo a qual as cortes reais eram apenas a jurisdição 'das grandes personalidades e das grandes causas'. Na grande maioria dos casos, a Suprema Corte se recusa a exercer os poderes que lhe são atribuídos, e as partes são remetidas a uma corte inferior, reservando-se à *Suprema Corte* apenas o poder de exercer seu controle (*review*) sobre a maneira como a justiça é ministrada nesta corte inferior.

Os juízes integrantes da Suprema Corte, assim como os juízes que compõem as chamadas *County Courts* - jurisdições inferiores em matéria cível, (cortes de Condado) são recrutados entre os melhores e mais renomados advogados para assumir uma função bastante importante, passando a possuir um cargo vitalício até a aposentadoria compulsória.

Ao contrário da jurisdição cível, a jurisdição criminal caracteriza-se pela ausência quase total de magistrados togados. As infrações penais menores (*petty offences, non indictable offences*) estão no interior do país a cargo de *Justices of the Peace*, homens e mulheres leigos, a quem o governo confere tal atribuição, os quais integram as *Magistrate's Courts*; nas maiores cidades estas cortes estão a cargo de um juiz remunerado. As infrações penais maiores (*indictables offences*) são normalmente encaminhadas às *Magistrate's Courts*, que julga se cabe ou não remeter o réu para ser julgado pela *Crown Court*, sendo tal remissão obrigatória nos casos de infrações que possam acarretar prisão perpétua. Não há no direito inglês a distinção entre crimes e contravenções, comumente presente no direito continental.

²⁸ O adjetivo "formalmente" justifica-se plenamente, vez que, na realidade, a *Supreme Court* os *Justice*, na prática, recusa-se a julgar a imensa maioria dos litígios que lhe deveria ser submetido, transferindo tais competências às Cortes de jurisdições inferiores, de forma a manter para si apenas o controle sobre a maneira como a justiça é ministrada (DAVID, 1998, p. 25).

O sistema recursal inglês explica o reduzido número de casos que chegam a julgamento na *Supreme Court*. Até 1875 prevaleceram na Inglaterra dois sistemas jurisdicionais paralelos, os quais possuíam cada um suas próprias regras procedimentais. O processo nas cortes de *common law* eram julgados por um júri, em geral pessoas leigas, sem qualquer formação jurídica. Era-lhes exigido apenas julgar de acordo com o "bom senso" ou, dito de outra forma, julgar de acordo com os padrões comportamentais sociais da época. O júri representava o "julgamento por seus pares", e era soberano para decidir sobre a culpabilidade de alguém. Nesse contexto o recurso à *Crown Court* ou à *High Court of Justice* eram admitidos, mas restringiam-se à análise das questões de direito, permanecendo inatacável o veredicto dado pelo júri, órgão soberano.

A situação era diversa nas cortes de *equity*. Nestas, o julgamento em primeira instância era realizado por um juiz, que analisava as questões de fato e de direito, pronunciando-se em seguida pela condenação ou absolvição de réu. O recurso à segunda instância neste caso não estava portanto, adstrito às questões de direito, comportando um verdadeiro reexame, na forma como se admite a maioria dos recursos no sistema brasileiro atual.

Em 1875 estas cortes unificaram-se e, desde o ponto de vista teórico, pode-se dizer que prevaleceu o sistema praticado nas cortes de *equity*, de forma tal que os juízes da *Court of Appeal* podem exercer seu controle tanto sobre as questões de direito, quanto a respeito das de fato. A prática, no entanto é diversa. Conforme explica DAVID (2000, p. 63) "os *common lawyers*, que atuam na *Court of Appeal*, poderiam sem dúvida revisar a maneira como os fatos foram apreciados em primeira instância. Todavia, será muito difícil persuadi-los a fazê-lo. Já os *equity lawyers*, que compõem uma das Câmaras da *Court of Appeal*, perpetuando sua tradição, o admitirão facilmente."

O sistema inglês, conforme já foi dito, possui ainda uma instância "extraordinária", externa ao sistema jurídico propriamente dito: a Câmara dos

Lordes, a quem cabe analisar em última instância os processos julgados pela *Court of Appeal*. Embora sua jurisdição seja ilimitada no que diz respeito à matéria, é muito difícil que os juízes que a integram se disponham a rever situações de fato concernentes ao caso que lhes é submetido. Em geral admitir-se-á os fatos tais como foram determinados pelos juízes, restringindo-se a apelação às questões de direito e, mais especificamente, à análise de situações que possam configurar uma eventual *misconduct*²⁹ por parte dos julgadores.

A Suprema Corte é competente também para julgar os recursos das cortes inferiores, especialmente as *county's courts* e as *magistrate's courts*. O sistema recursal neste caso está assentado em dois tipos de recurso. A *appeal*, que se constitui no reexame dos autos para questões de direito, e o *review*, cujo objetivo não é encontrar o direito a ser aplicado ao caso concreto, mas restabelecer a ordem, utilizando para tanto, sobretudo juízos de equidade, que neste caso preponderam sobre a idéia de lei e direito. Esta divisão, que tem bases históricas semelhantes àquela que justifica a adoção de procedimentos diferentes em julgamentos com base na *equity* e no *common law*, vem sendo mitigada nas últimas décadas, especialmente pela força que vem tomando a lei escrita (*statute*) no sistema inglês.

Observe-se que a Suprema Corte, no entanto não está obrigada a decidir os recursos que lhe são interpostos. Há um prévio juízo de admissibilidade, como no Brasil, mas seus requisitos são distintos. A Corte deve discutir se o litígio que lhe está sendo submetido é importante, e apenas em caso afirmativo deve decidir sobre ele. Sua motivação, no entanto é justamente definir uma direção a casos posteriores da mesma natureza. Em última instância estuda-se a conveniência de a Corte Suprema oferecer um parâmetro de julgamento para determinada questão posta,

²⁹ *Misconduct* pode ser traduzido para o português como "desvio de conduta". Sua acepção, no entanto, não é tão séria quanto parece ser a expressão em português. Por *misconduct* quer-se avaliar as decisões tomadas pelos juízes nos processos que lhe são submetidos, a fim de avaliar se houve admissão de provas tomadas por via ilegal, cerceamento de defesa, entre outros.

buscando com isso incrementar a segurança jurídica e, principalmente, construir precedentes que sirvam de base para decisões futuras, construindo desta forma o arcabouço jurídico do sistema. A oportunidade de re/avaliar questões de fato e/ou de direito é, no entanto bastante importante no sistema inglês, porque, mais do que em qualquer outro sistema, o direito inglês é feito e desenhado pelos juízes. O direito inglês é ainda hoje construído pelos juízes.

Ao contrário do sistema continental, onde a lei é quase um dogma, no sistema inglês a importância da lei é, pode-se dizer, supletiva, embora não se possa ignorar sua crescente importância, devido principalmente, ao aumento da complexidade da sociedade, conforme adverte CAPPELLETTI (1989, p. 3-30). Também STRECK (1998, p. 43), ao comentar o uso que os tribunais fazem das leis escritas votadas pelo Parlamento, afirma ser a mesma "literal e restritiva, sempre que a lei não é considerada como uma via normal de manifestação do direito, senão como algo corretivo, excepcional".

3.1.4.2 A doutrina do *stare decisis*

É um princípio básico da administração da justiça que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante. A força desta tendência varia grandemente de um a outro ordenamento jurídico, e mesmo entre sistemas jurídicos de uma mesma matriz. A peculiaridade do sistema inglês não está, portanto, nesta regra, mas na excessiva força coercitiva que a mesma possui. Para se ter um exemplo, juízes ingleses são às vezes obrigados a seguir uma decisão prévia, ainda que possuam boas razões para não fazê-lo, ao contrário de seus pares americanos ou franceses, por exemplo, para ficar restrito às matrizes estudadas neste trabalho.

O sistema inglês está baseado nos chamados *case-law*³⁰, de forma que as decisões pronunciadas pelos juízes tornam-se precedentes que devem ser considerados em casos futuros. Frente a uma decisão anterior que se constitua em precedente, há basicamente três posicionamentos que um juiz pode ter: considerar a decisão prévia parte do material que levará em conta ao proferir seu próprio julgamento; obrigar-se a decidir de acordo com o que antes já fora estabelecido, a menos que encontre razões plausíveis para não fazê-lo; estar obrigado a decidir no mesmo sentido do pronunciamento anterior, mesmo que possa ter razões para julgar em outro sentido. Nas duas primeiras situações, o precedente tem valor mais ou menos persuasivo, mas de qualquer forma, constitui-se em um instrumento de que pode o juiz utilizar-se para decidir um caso concreto; na última hipótese o juiz não tem autonomia para decidir de forma diferente, porque o caráter da decisão já tomada é vinculativo, obrigando-o a decidir da mesma maneira pronunciada no caso anterior que originou o precedente. Nesta última situação, está-se frente a um precedente obrigatório, ou, para utilizar o termo apropriado em inglês, um *binding precedent*.

Nem todas as decisões tomadas constituem-se precedentes, devendo-se partir de duas regras básicas:

- a) toda corte está obrigada a seguir um caso decidido antes por uma corte hierarquicamente superior;
- b) cortes de apelação, à exceção da Câmara dos Lordes, obrigam-se por suas decisões anteriores.

A estrutura hierárquica relativamente simples do sistema inglês facilita o controle das decisões de uma corte inferior por uma corte que lhe é superior hierarquicamente. Além disso, a estrutura unitária do Estado inglês também permite este controle, que é muito mais difícil em Estados federados, cujos entes possuem

³⁰ *Cases law* são casos já julgados pelos tribunais ingleses, os quais podem constituir-se em precedentes.

certa autonomia legislativa e/ou decisória, como os Estados Unidos, o Brasil e também, o Canadá.

Tomando-se em conta a organização judiciária inglesa já explicitada, tem-se que em princípio, nas situações que envolvem questões cíveis, *County* e *Magistrate's* cortes devem obedecer às decisões das divisões de apelação da *High Court* e às decisões pronunciadas pela câmara cível da *Court of Appeal*, que obriga também as decisões das divisões da *High Court*. Em matéria penal *Magistrate's Courts* devem seguir as decisões da *Crown Court* e esta está limitada aos julgamentos da Câmara penal da *Court of Appeal*. Em todos os casos, as cortes devem seguir as decisões da Câmara dos Lordes.

A regra que estipula a obrigatoriedade de um *binding precedent* possibilita algumas exceções, seja por razões operacionais, seja por questões técnicas. Para tornarem-se precedentes, as decisões têm que ser conhecidas, o que na Inglaterra, modernamente, se faz através das *law reports*. Estas não registram a totalidade das decisões de todas as cortes, de forma que nesta "escolha" já há um processo informal de seleção que exclui determinadas decisões, as quais serão ignoradas para fins de tornarem-se precedentes. É bastante freqüente que decisões tomadas pela *Crown Court*, por exemplo, não se constituam em precedente para as *Magistrate's Courts* em matéria penal, pelo simples fato de que as mesmas não são incluídas em nenhuma das *law reports*³¹ utilizadas no dia a dia, situação fática que impede a vinculação de sua decisão.

Além destas, nem tudo que é dito pelo juiz nas decisões que lhe são apresentadas deve ser incluído na regra do precedente. O *status* de precedente é dado apenas para seus pronunciamentos sobre o direito, excluindo as questões

³¹ As *law reports* são instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês. Foram criadas em 1865 e reformuladas quando da adoção dos *Judicature Acts*. Nos anos de 1962 e 1966 sofreram uma importante revisão e, desde então são objetos de uma publicação oficial, mantida atualizada em folhas soltas, denominada *Supreme Court Practice*, que teve início em 1967 e substituiu o *White Book*. (DAVID, 2000, p. 36).

fáticas. Embora nem sempre seja fácil em um caso concreto separar-se as questões de fato das questões de direito, há uma enormidade de recursos que são interpostos tendo como pressuposto apenas situações fáticas, tornando-se inaptos para a constituição de precedentes.

Deve-se ter em conta também que nem todas as questões de direito levantadas em um dado caso concreto formam um precedente. Para que isto ocorra, é necessário que determinada questão de direito levantada seja necessária e essencial à tomada de uma específica decisão. Estas situações definem um precedente, e obrigarão um juiz em um caso futuro a decidir de forma semelhante ao primeiro caso, ainda que o juiz a desaprove. Esta é uma obrigação que lhe é imposta, a menos que haja uma razoável distinção entre os dois casos em tela (CROSS, 1977, p. 40).

Outra regra estabelece que o precedente não se aplica à decisão como um todo, mas apenas à parte que se caracteriza como *ratio decidendi*, que se constitui no princípio que embasou a decisão, distinguindo-se nas opiniões e das situações de fato que compõem o *obiter dicta* e que não possuem força vinculativa.

Rupert CROSS (1977, p. 42-47) relaciona duas regras necessárias para a identificação da *ratio decidendi* em um dado julgamento: a primeira afirma que as decisões devem ser tomadas à luz dos fatos descritos nos casos que lhe dão origem. A base deste mandamento está na própria origem do instituto do precedente, o qual exige que "casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante". A segunda propugna que cada sentença deve ser dada à luz da sentença proferida em outros casos.

Estas duas regras vinculam cada *binding precedent* aos casos que lhe deram origem, de forma tal que todo precedente é contextualizado. O juiz inglês hoje comumente especifica as razões de sua decisão em um dado caso concreto (CROSS, 1977, p. 49).

Nestas razões, ele descreve os fatos, resume as evidências, anuncia os dados que orientam sua decisão, para enfim indicar o(s) precedente(s) que deverá seguir, e o faz através de uma série de procedimentos que acabam por assegurar que os casos anteriores que lhe servem de base para a decisão a ser tomada enfrentaram questões de direito e situações de fato semelhantes às que deve analisar, de forma que a adoção de um outro precedente se dá vinculando casos passados ao caso presente.

Embora se busquem definir técnicas que permitam a distinção e identificação da *ratio* e da *dicta* nas decisões tomadas, há problemas decorrentes da estrutura das decisões e mesmo da maneira como são redigidos alguns julgamentos, os quais impedem uma identificação rápida e segura dessas partes. Estas dificuldades não são ignoradas pelos estudiosos de direito, que buscam minorá-las estabelecendo para tanto regras de construção de decisões, as quais buscam tornar o processo mais seguro, mas sempre dependente de uma dose de subjetividade, que não há como eliminar.

A esse respeito, Rupert CROSS descreve um diálogo em que Lord Asquith, um dos juízes mais importantes da Corte de Apelação, quando perguntado sobre a distinção entre *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, respondeu: "The rule is quite simple; if you agree with the other bloke you say it is part of the ratio; if you don't you say it is obiter dictum, with the implication thar he is a congenital idiot"³² (CROSS, 1977, p. 51).

3.1.4.3 O direito judicial Inglês

A força coercitiva dos precedentes no direito inglês é difícil de ser compreendida por um jurista formado no sistema romano germânico porque parece atacar o princípio do livre convencimento e, de certa forma, restringe a liberdade de

³² "A regra é simples, se você concorda com o outro, diz que é parte da *ratio*, se não, você diz que é *obiter dictum*, com a consequência de que ele é um perfeito idiota".

julgar, que é tida como um dos pilares da independência dos poderes. Esta obrigação merece críticas até mesmo de juristas ingleses³³, mas fundamenta-se em tradições e princípios bastante assentes na cultura inglesa, que diz respeito à idéia de Justiça e Direito desenvolvida na sociedade ao longo de séculos; ao valor da lei escrita no direito inglês; à compreensão que na Inglaterra se tem do princípio da supremacia do Parlamento; ao valor do juiz na sociedade e na construção do direito inglês.

A duplicidade de jurisdições presentes no direito inglês até o século XIX, divididas entre *equity* e *common law*, resultou em uma clara distinção no sistema inglês entre Direito e Justiça. Os ingleses não identificam uma e outra categoria, e para eles é bastante natural que uma decisão possa ser legal, ainda que injusta.

Por outro lado, a construção do *common law* fez-se independente e até mesmo em oposição ao desenvolvimento das *statutes*, de forma tal que a lei escrita não tem nem nunca teve o valor que possui nos países que seguiram a matriz romano-germânica.

Em conseqüência, o direito inglês não é visto como um sistema, mas como um conjunto de regras que se costuma dizer consuetudinárias, mas que têm sua base, como já se disse antes, sobretudo na construção jurisprudencial. Por esta razão refuta-se a tese de que o direito inglês é um direito costumeiro, por ser a mesma reducionista, na medida em que o opõe a um sistema codificado, mas não esclarece que sua natureza é, sobretudo, jurisprudencial, sendo mais correto afirmá-lo como um direito judicial.

São duas as conseqüências diretas da construção "judicial" do direito inglês. Como o mesmo não é visto como sistema lógico-dedutivo, não tem a pretensão de apresentar-se como coerente e, sobretudo, completo, no sentido de que é capaz de oferecer uma prévia e correta solução (coerência do sistema) a toda

³³ Nesse sentido CROSS (1977, p. 5) afirma que há ramos do direito inglês que são quase que totalmente o produto de decisões tomadas ao longo de 700 anos.

situação fática que lhe é submetido (completude do sistema).³⁴ Tais dogmas, fortemente presentes nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, consagrados também nos códigos da era napoleônica e bastante mitigados no sistema inglês, possibilitam uma visão instrumental e menos mitificada da lei escrita. A lei não precisa resolver todos os conflitos, cabendo ao juiz analisar as situações fáticas e decidir com base nos valores de Justiça, assentes em princípios consagrados na *common law*.

A segunda consequência diz respeito à função do juiz na sociedade e na construção do direito inglês. O juiz constrói o direito, baseando-se para tanto nos costumes imemoriais da sociedade inglesa e nos princípios de Justiça e Equidade. Na feliz expressão de Rupert Cross, "the judges have been the architects of English law"³⁵ (CROSS, 1977, p. 15). Sua responsabilidade perante a sociedade é bastante importante, e a eficiência ou não de "seu" sistema é de sua responsabilidade, não sendo possível atribuir a culpa pelas mazelas do sistema legal aos poderes Legislativo ou Executivo.

3.1.4.4 O parlamento na formação do direito Inglês

A correta compreensão do direito inglês exige ainda uma explicitação acerca do papel do Parlamento na consecução do mesmo. Conforme já se afirmou, a história de formação e fortalecimento do Estado inglês depende em grande parte da posição do Parlamento em momentos cruciais da história inglesa, sobretudo na luta do povo contra os abusos de soberanos primeiramente absolutos e

³⁴ Sobre a noção de completude e coerência do sistema, bem como as possibilidades de transpor tais limitações, desde um instrumental lógico, ver a dissertação de mestrado de Claudia Maria BARBOSA intitulada *Contribuição ao Estudo do Estudo do Direito no Contexto da Lógica Atual*", defendida e aprovada em 1993, na Universidade Federal de Santa Catarina.

³⁵ os juizes têm sido os arquitetos do direito inglês.

irresponsáveis, até a consecução de uma fórmula de repartição de poder que atribuiu ao povo a titularidade da soberania.

Da posição histórica do Parlamento advém sua legitimidade, e nela está assentada hoje o princípio da soberania parlamentar, que garante ao Parlamento o poder de editar leis, modificar decisões judiciais e, principalmente, dizer sobre sua constitucionalidade³⁶. Em última instância, compete ao Parlamento, logo ao Poder Legislativo, a análise das decisões e das leis vigentes na Inglaterra.

Desta posição de força, talvez maior do que qualquer Parlamento ungido pelo voto no mundo, decorre um efeito colateral relacionado à força vinculativa dos precedentes. A idéia de que ao Parlamento cabe a última palavra, induz pensar que a rigidez do precedente não é capaz de causar qualquer problema muito relevante, porque um eventual resultado insatisfatório decorrente de um *case-law* pode ser varrido pelo Parlamento. Embora em tese isso seja verdadeiro, no Parlamento há procedimentos específicos e muitas instâncias a serem respeitadas para modificar um *case-law*, de forma que este processo não é tão ágil e fácil quanto talvez necessite ser em alguns casos, para superar soluções impróprias impostas por decisões obrigatórias já anacrônicas e injustas, mas ainda não substituídas por novos *binding precedents*.

Apesar desta advertência, o sistema segue obedecendo a regras bastante rígidas, assentes na história da Inglaterra e presentes com variações, conforme se verá adiante, quando da análise dos sistemas norte-americano e canadense, em muitos países do mundo.

³⁶ A noção e controle de constitucionalidade na Inglaterra, é diferente da que se conhece nos Estados Unidos, França, Canadá e Brasil, por exemplo, por pelo menos duas razões: a Inglaterra não possui um Constituição escrita, sendo portanto flexível. Além disso, o princípio da soberania do Parlamento retira do Poder Judiciário o poder de dizer sobre a constitucionalidade de uma lei porque, afinal, a Constituição é aquilo que o Parlamento diz que ela é.

3.2 COMMON LAW NORTE-AMERICANO

3.2.1 A Construção do Direito Norte-Americano no Processo de Formação dos Estados Unidos

A estruturação do Estado norte-americano está fortemente imbricada na história da Inglaterra, porque que daí partiu a maior parte das pessoas que formaram pouco tempo depois as colônias americanas, dando início à constituição do Estado norte-americano.

Os povos destas novas colônias são, sobretudo, ingleses puritanos que deixaram a Inglaterra fugindo da perseguição religiosa que lhes impusera os Stuarts: Já no novo território, organizam-se em torno dos *covenants*, o qual constituía-se, nas palavras de LINARES QUINTANA (1968, tomo 2, p. 577) em "un verdadero pacto semellante a un contrato social."

A primeira colônia que se forma nos novos territórios do norte foi a de Virgínia, em 1607. A esta seguiram-se Plymouth, Maryland, Pennsylvania. Também Massachussetts, Connecticut, Rhode Island, Vermont, Maine, News Hampshire³⁷, colônias que formam o território da nova Inglaterra, seguem os mesmos passos.

O direito aplicado nestas colônias durante todo o Século XVII até praticamente a metade do Século XVIII é o direito conhecido pelos imigrantes, ou seja, o direito inglês. Esse direito, no entanto, em muitos casos não é apropriado às condições de vida nos novos territórios, obrigando-os a criar regras próprias, as quais foram se consolidando aos poucos.

Desde o ponto de vista da metrópole, no entanto, não há dúvidas: seu

³⁷ A colonização americana não se deu de forma homogênea, havendo grandes diferenças entre a colonização que se operou no sul, nas colônias de Virgínia, Geórgia, Carolina do Sul, Maryland, destacadas como colônias de exploração; Pensilvânia, ao centro, formada por um grupo de *quakers*, que embora profundamente religiosos, não eram puritanos e acolheram em seu território gente de diversas outras religiões; e as colônias do norte que organizaram-se nos moldes das colônias de povoamento (EKIRCH JR., 1965, p. 17-38).

direito, ou melhor, o direito lá vigente, é também o direito das novas colônias. Apesar desta posição, há na regra inglesa a previsão de que o direito inglês se daria apenas "na medida em que as suas regras [da metrópole] são apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias" (DAVID, 1998, p. 360).

A exceção abre espaço para o início da criação de um direito próprio das colônias, sobretudo nos assuntos concernentes às relações privadas, já que nos assuntos em que a metrópole está envolvida é seu o direito a ser aplicado. De toda forma, a possibilidade de criação de regras próprias e a oposição por parte de alguns imigrantes em adotar o direito inglês acabam levando o novo povo a buscar suas próprias leis.

Ao contrário das leis inglesas, muitas baseadas em costumes imemoriais do povo, as situações em que estão envolvidos os novos colonos são novas, desconhecidas. Para facilitar sua difusão preferem-se leis escritas, de que são exemplo pequenos códigos de Massachussets, de 1634 e Pensylvania, de 1682, aproximando o direito colonial do sistema francês de leis escritas.

O Século XVIII é marcado pelo fortalecimento das colônias, a partir da transformação de suas economias. Em consequência e paralelamente, o direito inglês, antes considerado por demais complexo e por isso às vezes desprezado, começa a ser analisado desde uma visão de proteção das liberdades contra o absolutismo real da época.

Outro elemento que auxilia esta releitura da matriz jurídica inglesa pelos americanos é o fato de que a temida ameaça de tomada da Nova Inglaterra pela França já havia sido afastada, primeiramente com a anexação do Canadá pela Inglaterra, em 1763³⁸ e, já no início do Século XIX, com a aquisição por parte dos

³⁸ Para uma melhor compreensão e informação desta questão envolvendo Canadá e Inglaterra, ver a seção seguinte que trata do direito canadense e traz uma parte específica sobre o processo de formação do Canadá.

Estados Unidos do território da Louisiana³⁹, que desenvolve uma cultura muito mais próxima à França, a ponto de possuir um direito voltado ao sistema continental.

Afastadas as "ameaças" francesas, a *common law* passa a ser mais comumente aplicada, inclusive por jovens juristas americanos, que haviam sido formados na Inglaterra ou instruídos em sua própria colônia, mas sob a tradição do direito inglês.

A guerra dos Sete Anos entre Inglaterra e França, que termina com a derrota da França, tem paradoxalmente um efeito colateral para a Inglaterra. Com a vitória inglesa, os colonos americanos sentem-se mais fortes e iniciam um caminho para sua maior independência sua com relação à metrópole. Esta, ao contrário, quer cobrar também dos colonos os gastos tidos com a guerra, instituindo para isso impostos através do *Sugar Act* de 1764, *Stamp Act*, de 1765, *Tea Act*, em 1773.

A reação das colônias é imediata. Em 1774 é convocado o Primeiro Congresso Continental de Filadélfia que resulta no encaminhamento ao Parlamento inglês de uma petição pedindo a revogação das chamadas Leis Intoleráveis. Ante a negativa, dá-se em 1775 o Segundo Congresso de Filadélfia, com intuito eminentemente separatista. George Washington é nomeado comandante das forças americanas e Thomas Jefferson encarregado de redigir uma Declaração de Independência, contendo também uma Declaração de Direitos do Homem, a qual foi publicada em 04 de julho de 1776.

De 1776 a 1783 ocorrem inúmeras batalhas entre as forças coloniais, apoiadas pela França, e as forças inglesas. Apenas neste ano, com a assinatura do Tratado de Versalhes, é finalmente reconhecida a independência dos Estados Unidos.

Antes mesmo da declaração de independência, o Congresso Continental recomenda às colônias que formem governos estaduais independentes. Virgínia o

³⁹ A Louisiana tornou-se território americano em 1803. Em virtude de sua colonização francesa mantém-se até os dias de hoje com um sistema de direito privado misto, vinculado a raízes do sistema romano-germânico.

faz através de uma Constituição escrita, e é seguida por New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland e Carolina do Norte. Em 1776 Connecticut elabora também sua própria Constituição que permanece em vigor até 1818, embora já em 1776, tenha esta colônia assinado a independência americana. De fato, é interessante notar, como afirma Roscoe Pound que, antes mesmo da independência, a maioria dos estados americanos já possuía suas próprias cartas constitucionais, as quais se constituíam, sobretudo, em Declaração de Direitos, excetuando-se apenas New Hampshire, Rhode Island e Connecticut (POUND, 1976, p. 64).

Por isso, tem razão MIRANDA (1997, p. 140) ao afirmar que a Constituição Americana data de 1787⁴⁰, mas o direito constitucional americano antecede este período. Conforme o professor português, "sem esquecer os *Covenants* e demais textos da época colonial [antes de mais, as *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639], integram-no, desde logo em nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e as outras Declarações de Direitos dos primeiros Estado".

A independência norte-americana coloca Estados Unidos e França de um lado, Inglaterra, de outro lado. As Declarações de Direitos das ex-colônias devem ser reescritas à luz da nova Constituição do Estado Federal. Diversos exemplos de codificação de direitos nos novos Estados americanos parecem anunciar ou favorecer, como afirma DAVID (1998, p. 361), a conversão dos Estados Unidos ao sistema romano-germânico. Entretanto, outros fatores, entre eles a colonização inglesa, os fortes vínculos com a língua ancestral, a influência das escolas de direito, acabam por assegurar a adesão dos Estados Unidos ao sistema de *common law* (MIRANDA, 1997, p. 141). Além destes elementos, outra influência marcante foi a inspiração vinda do pensamento político de John Locke, já no Século XVIII.

Diferentemente da Inglaterra, no entanto, o novo Estado independente tem características próprias, que nenhum Estado até então havia possuído: um território

⁴⁰ A Constituição dos Estados Unidos foi promulgada em 17 de setembro de 1787.

bastante extenso que precisa ser desenvolvido e governado, e a ausência de uma família real que justifique a adoção da monarquia. Estas duas situações fáticas, aliadas a características próprias do povo que emigrou da Inglaterra para fundar um novo território, acabam por inaugurar uma forma de Estado federativa própria, e um governo assentado no poder do povo, titular da soberania, eleito para representá-lo.

Os Estados Unidos nascem então presidencialista e federativo. Estas duas fórmulas de governo, inéditas até então, desenham a formação, construção e futuro norte-americano. Tais fórmulas não integravam os costumes norte-americanos e tampouco faziam parte da tradição deste povo. Foram construídas de forma a dar solução às inúmeras questões sociais/políticas/econômicas que vinham surgindo no processo de colonização e desenvolvimento do novo Estado. As regras eram escritas para que se pudesse mais facilmente conhecê-las, e essa era também uma diferença essencial que distinguia este sistema de sua matriz inglesa.

Deve-se observar, à parte de elementos que distanciam o direito inglês do direito norte-americano, haver um certo paralelismo entre eles⁴¹. Importante observar, como faz o professor DAVID (1998, p. 363) que "o direito inglês admitido na América é, na medida em que foi admitido, o direito que vigorava na Inglaterra na época em que a dominação inglesa se exercia na América. Nunca esteve em questão a aplicação nos Estados Unidos das leis posteriores a 1776."

Tendo em conta tais fatos, é possível dizer, sem parecer retórico, que a formação do Estado norte-americano se fez junto com a construção de seu próprio arcabouço jurídico. É possível ainda afirmar-se, nesta mesma esteira, que a construção do direito americano ocorre ainda no processo de colonização, quando é preciso distinguir-se em que medida as leis inglesas deveriam ser aplicadas às situações americanas; mas consolida-se com a independência, porque a partir daí

⁴¹ DAVID (1998, p. 364) vai além. Ao comentar a estrutura do direito inglês afirma que "as reformas de estrutura que foram realizadas no direito inglês, no decurso do século XIX, tiveram de modo geral o seu equivalente nos Estados Unidos".

recepçionam-se as leis inglesas que vigoravam até então e deveriam continuar vigentes (porque compatíveis com a vida americana) nos Estados Unidos até a construção de um direito próprio.

Este direito norte-americano, no entanto, é herdeiro de algumas tradições inglesas e tributário de institutos que são próprios do velho mundo. É preciso ter em conta, porém que "o conflito que, depois da independência dos Estados Unidos, se produziu neste país e se prolongou durante mais de meio século, entre o sistema romano-germânico e a *common law*, não foi estéril. Contribuiu poderosamente para dar à *common law* dos Estados Unidos caracteres particulares em confronto com a *common law* da Inglaterra" (DAVID, 1998, p. 362).

3.2.2 As Bases do Sistema Constitucional Norte Americano

3.2.2.1 A Federação

A fuga dos puritanos da Inglaterra dá-se em certa medida pelas perseguições religiosas que estes vinham sofrendo por parte dos reis Stuarts, de forma que o temor de uma autoridade governamental desmedida perpassa todo o processo de independência norte-americano e acaba condicionando o sistema de repartição de poderes a vigorar neste novo Estado.

A estrutura de poder foi pensada de forma a reparti-lo entre a nação e os estados membros que a constituíam, assegurando por um lado a autonomia dos Estados Unidos frente ao governo central, e buscando por outro lado a formação de uma União forte o suficiente para assegurar a independência e construir o caminho daquele novo Estado.

O sistema de repartição de competências foi elaborado em obediência à uma regra geral que estipula que o governo central só pode exercer a autoridade que lhe é expressamente delegada na Constituição, sendo todos os outros poderes

remanescentes reservados aos respectivos estados (SCHWARTZ, 1995, p. 19). Assim, a competência dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção. Conforme ressalta o professor DAVID (1998, p. 369), "esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição".

A esta divisão corresponde um sistema de governo inédito, em que se verifica, conforme relata o professor Jorge MIRANDA (1997, p. 143) "simultaneamente, uma estrutura de sobreposição [cada cidadão sujeito simultaneamente a dois poderes políticos e a dois ordenamentos constitucionais] e uma estrutura de participação [o poder político central como resultante da agregação dos poderes políticos dos Estados federados]".

A criação da federação norte-americana é uma resposta primeiramente formal às questões materiais que se colocam no processo de formação do Estado. O modelo criado pressupõe uma legislação federal que reúne as ex-colônias em torno da União recém criada, e este documento é a Constituição dos Estados Unidos da América, a qual sobrepõe-se a toda lei inglesa e/ou americana da época, inclusive e especialmente às cartas de direitos e às constituições coloniais já existentes.

3.2.2.2 A superioridade da Constituição

O processo da independência, a oposição que se faz em muitos aspectos à metrópole e à Coroa, o casamento que os americanos fazem da noção de lei fundamental inglesa com as teorias jusnaturalistas de fundamentação contratualista; elaboradas no século XVIII, fortalecem no povo norte-americano a idéia de que a titularidade do poder lhe pertence. Por seus delegados presentes no II Congresso da Filadélfia, os americanos vêem suas vontades representadas na fundação do novo Estado, como manifestação do um poder constituinte originário, ilimitado, legitimado como nenhum outro que o sucedeu para compor a Carta Federal, que se constitui como a Lei Fundamental, a *Paramount Law* americana, superior e condicionante de todas as outras normas que integram o seu sistema legal.

Este poder não pode ser desrespeitado, constituindo-se a defesa da Constituição em um dogma, sobre o qual está construído todo o edifício político/jurídico americano.

É preciso perceber ainda que a noção da Constituição dos Estados Unidos para o povo norte-americano transcende a idéia de norma superior, organizadora do Estado, garante dos direitos humanos fundamentais, voltada à segurança dos cidadãos frente aos abusos do Estado. A Carta americana é o próprio ato de fundação dos Estados Unidos, e como tal é considerada a lei mais importante, superior a todas as outras, e de muito difícil modificação, porque resultante da manifestação deste poder constituinte originário "especial", o povo, representado pelos fundadores do novo Estado.

Em decorrência, o Poder Legislativo é visto como uma manifestação do poder constituído, que deve ser exercido de maneira a respeitar os mandamentos da Constituição, já que o desrespeito a ela é tido como agressão à vontade do povo americano, que está acima de todos os poderes. Sendo o povo o titular do poder constituinte originário, ao Poder Legislativo delegam-se atribuições de um poder constituído que, por sua própria natureza, está limitado pelo poder constituinte, não podendo ser exercido em contrariedade à Constituição⁴². Diferentemente da Inglaterra, portanto, não prosperou nos Estados Unidos a noção de supremacia parlamentar.

O professor Bernard SCHWARTZ (1966, p. 26) em sua obra *Direito Constitucional Americano*, explicando a posição dos poderes Legislativo e Executivo nos Estados Unidos, afirma:

A teoria americana admite uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembléias Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país. A lei elaborada por qualquer outro órgão do Estado só é válida desde que não entre em conflito

⁴² Neste sentido, MIRANDA (1997, p. 147).

com a Constituição. A seguir, na hierarquia legislativa, vêm os representantes eleitos do povo, a quem se atribui a autoridade de aprovar estatutos que não sejam incompatíveis com a Constituição. Na base da hierarquia legislativa acha-se o Executivo, cujo poder de legislar só é válido se não entrar em conflito com a Constituição e os estatutos aprovados pelo Legislativo.

Em sua opinião é a subordinação do Legislativo e do Executivo à Assembléia Constituinte, na hierarquia dos legisladores, que tornou necessário o poder de revisão exercido pelos tribunais americanos (SCHWARTZ, 1966, p. 26). De fato o dever dos tribunais de aplicar apenas as leis válidas, isto é, aquelas conforme a Constituição, parecem decorrência lógica, inquestionável, destes postulados.

3.2.2.3 A Constituição escrita

Outro ponto a ser destacado ao lado da recusa dos Estados Unidos em adotar o princípio da supremacia parlamentar, diz respeito ao fato de a Constituição norte-americana estar consolidada em um documento escrito, ao contrário dos costumes imemoriais que integram o chamado direito constitucional inglês. É curioso que muitos autores afirmem ser este o fato central que torna tão diferente a Constituição norte-americana da construção que prevalece na Inglaterra. O documento escrito atende a necessidade do povo norte-americano, as quais não estavam presentes na Inglaterra. Inexistem no "novo mundo" costumes imemoriais; da mesma forma, o impulso em livrar-se de muitas regras inglesas negativas às colônias impõe de certa maneira o exercício de funções legislativas neste novo Estado que se forma. Além disso, leis novas, para serem cumpridas, precisavam ser conhecidas, processo facilitado com a adoção de documentos escritos.

A natureza escrita do documento, no entanto, não teve por si só o condão de afastar o direito inglês do direito norte-americano. Tanto é assim que os precedentes, sobre os quais está assentada a segurança e a previsibilidade dos sistemas jurídicos, estão presentes em um e outro caso. É possível mesmo afirmar, como faz o SCHWARTZ (1966, p. 22) que

não é o fato de ser um documento escrito que torna a Constituição americana tão diferente da que prevalece na Inglaterra. A experiência das Constituições escritas vigentes na maioria dos países europeus serve para evidenciar isso. A situação constitucional de um país como a França, por exemplo, certamente se assemelha mais à que existe na Inglaterra do que à dos Estados Unidos, embora a lei orgânica francesa seja um documento escrito desde a abolição do *ancien régime*.

Neste mesmo sentido são as afirmações de Charles Grove Haines em sua magistral e clássica obra intitulada *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, escrita em 1914 nos Estados Unidos. O cientista inicia sua obra distinguindo três modelos de Estado, no que diz respeito à organização de poderes: aqueles que possuem constituições não escritas e supremacia legislativa, caso da Inglaterra; os que têm constituição escrita e supremacia legislativa, como a França; e os que têm constituição escrita e supremacia judicial, como os Estados Unidos. Afirma ainda uma "quarta espécie", cujos exemplos não abrangem Estados independentes: os governos subordinados que possuem Constituição escrita e supremacia judicial, como o Canadá⁴³ (HAINES, 1914, p. 2-11).

Comparando Estados Unidos e França, afirma:

The constitution in a government of this type is intended to be the rule and guide of all public officers, and presumably all governmental activities must be conducted in accordance with the procedure as defined in the fundamental law. But as the French interpretation of the theory of the separation of powers and the function of the judiciary requires that the courts accept as final the acts of the legislature, this department becomes the guardian and final interpreter of the constitution. No French court feels at liberty to disregard no act of the National Assembly.⁴⁴ (HAINES, 1914, p. 3-4).

⁴³ O exemplo canadense nesta rubrica justificava-se à época em que foi escrita a obra porque as decisões do Poder Judiciário canadense poderiam ser submetidas em última instância ao *English Privy Council* que era uma instituição judiciária submetida ao Parlamento Britânico.

⁴⁴ A constituição em um governo deste tipo busca ser a regra e o guia para todos os agentes públicos, e presumivelmente todas as atividades governamentais devem ser conduzidas de acordo com os procedimentos estabelecidos na lei fundamental. Mas como a interpretação da teoria francesa da separação de poderes e da função do judiciário requer que as cortes aceitem como final os atos das legislaturas, estes departamentos tornam-se os guardiões e intérpretes da constituição. Nenhuma corte francesa sente-se em liberdade para desobedecer qualquer ato da Assembléia Nacional.

Sobre o Poder Legislativo na Inglaterra admite: "the power which formulates and enacts laws can choose its own road; the power which interprets and applies them follows the path described"⁴⁵ (HAINES, 1914, p. 2).

Em sua opinião a compreensão da Constituição como lei superior, fundamental, não distingue os modelos americano e francês de organização do Estado; a determinação de que o Poder Legislativo, federal ou estadual, é limitado em seus atos pelas disposições constitucionais também não explica por si só a compreensão do sistema americano de freios e contrapesos, uma vez que não o distingue do sistema inglês, por exemplo.

Para elucidar de forma clara e inequívoca a insuficiência destes dois postulados em explicar a natureza e extensão do Poder Judiciário nos Estados Unidos, professor HAINES (1914, p. 50) exemplifica:

It is the duty of courts to accept as final every legislative act passed in due form and submitted to them for interpretation. This principle that legislation is superior to adjudication, which is the basic idea of the practice of legislative supremacy, was firmly established in England prior to the American Revolution, and has since been accepted almost universally by countries which have adopted written constitutions. The two leading examples of federations in Europe, Switzerland and Germany, have adopted written constitutions as the basis of a federal system and have refused to accept the idea that the judges may scan the authority of the legislative department and refuse to enforce acts which in their judgment are not within constitutional limits. Elsewhere than in the United States the judgment of the legislative branch of government as to the meaning of a constitution appears to take precedence over the judgments of the courts. The legislature is the chief guardian of the terms of the constitution as well as of the scope of its own powers.⁴⁶

⁴⁵ O poder que formula e aprova leis pode escolher seu próprio caminho; o poder que as interpreta e aplica segue o caminho estabelecido.

⁴⁶ É dever das cortes aceitar como definitivo todo ato legislativo aprovado na forma devida e submetido às mesmas para interpretação. O princípio que afirma que a legislação é superior à adjudicação (decisão), idéia básica da prática da supremacia legislativa, foi firmemente estabelecido na Inglaterra antes da revolução Americana, e desde então tem sido aceito quase que universalmente em países que adotaram constituições escritas. Os dois principais exemplos de federações na Europa, Suíça e Alemanha, adotaram constituições escritas como a base de seu sistema federal e não aceitaram a idéia de que os juízes podem questionar a autoridade do Poder Legislativo e recusarem-se a fazer cumprir atos contrários à Constituição. Em qualquer outro lugar exceto os Estados Unidos, o julgamento do Poder Legislativo a respeito do significado da Constituição prevalece sobre o julgamento das cortes. O Poder Legislativo é o guardião dos termos da Constituição, bem como dos limites de seus próprios poderes.

Para ele, além destes dois fatores, há um terceiro que seria próprio do sistema americano e, nesta condição, o único que pode servir para caracterizá-lo: a posição dos juízes enquanto guardiões da Constituição.

Comparando Inglaterra e Estados Unidos, o autor afirma que embora haja sensíveis diferenças entre a superioridade ou não da norma constitucional e quanto à extensão e limites do Poder Legislativo em editar atos conformes e/ou contrários à Constituição, estes dois sistemas estão assentados sobre uma mesma premissa: a de que o Poder Judiciário constrói o direito. "Law means to English-speaking people a body of rules enforced by the courts; what they approve and enforce is law, what they refuse to recognize is not law"⁴⁷ (HAINES, 1914, p. 14). Referindo-se à afirmação de um "eminente membro" da *Bar Association* dos Estados Unidos, aduz que "new law in Anglo-American nations has been built on the foundations laid by our ancestors, and has been the work of the judges and their lawyers aided or interfered with only occasionally by statutory provisions"⁴⁸ (HAINES, 1914, p. 14).

Para Haines é este o elemento "definidor" do sistema norte-americano de organização dos poderes. Esta postura, no entanto, não é decorrência lógica de um e/ou outro dos dois princípios expostos, quais sejam, supremacia da Constituição e limitação do Poder Legislativo. A posição do Poder Judiciário não pode ser compreendida a partir destas duas "regras", até mesmo porque países que a adotaram tiveram sistemas de organização do Estado distintos da resultante americana.

Em sua opinião, a constituição daquilo que se convencionou chamar de *American Doctrine of Judicial Supremacy*, título de sua mais importante obra, é a

⁴⁷ Para as pessoas de língua inglesa, lei significa um conjunto de regras impostas pelas cortes. Aquilo que elas aprovam e fazem cumprir é lei, aquilo que elas se recusam a reconhecer não é lei.

⁴⁸ As leis novas nas nações anglo-latinas têm sido construídas sob alicerces estabelecidos por nossos ancestrais e são resultado do trabalho de juízes e advogados, apenas ocasionalmente auxiliados ou impedidos por leis escritas.

conseqüência da posição dos juízes como guardiões da Constituição, associado à idéia anglo-saxã de domínio do *judge-made-law*⁴⁹ (HAINES, 1914, p. 16). A extensão da combinação destes dois fatores permite compreender o sistema de freios e contrapesos em que está assentado o Estado norte-americano, decorrendo daí a posição peculiar de seu Poder Judiciário como "construtor do direito" e defensor máximo da Constituição.

3.2.2.4 A especial posição do Poder Judiciário

O processo para que os Estados Unidos admitissem os juízes como guardiões da Constituição foi lento nos Estados Unidos. Suas raízes parecem estar no pensamento do jurista/político inglês Sir Edward Coke, amplamente divulgado e conhecido nos Estados Unidos. A origem da Constituição como Lei Fundamental é decorrência direta dos conflitos entre o rei da Inglaterra e o próprio Coke, enquanto Chief Justice durante o reinado de James I e em seguida como Presidente do King's Bench, no reinado de Carlos I, sucessor de James I.

O fundamento político e teórico de Coke, era de que havia uma lei fundamental, superior ao Rei e ao Parlamento, que deveria dirigir suas atuações. Esta lei fundamental era a base da *common law*, e as cortes que a aplicavam tinham o poder e o dever de torná-las obrigatórias inclusive a eles.

Para defender sua teoria, Coke cita Bracton para afirmar "that King ought not to be under any man but under God and the law"⁵⁰ (HAINES, 1914, p. 28). Inúmeros casos efetivamente decididos por Coke enquanto juiz, ou por ele defendidos na qualidade de advogado, ilustraram de forma lapidar sua teoria, tendo-se tomado exemplos remotos da teoria que fundamenta o controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário. Um dos mais emblemáticos foi o caso Bonhan, julgado em 1610.

⁴⁹ Literalmente, lei feita pelo juiz.

⁵⁰ O Rei não está subordinado a nenhum homem, apenas a Deus e ao direito.

Bonhan era um médico residente em Londres, que fora multado em dez libras esterlinas pelos censores, e preso pelo não pagamento e menosprezo daquela autoridade, sob a alegação de que exercia ilegalmente a medicina. Previa a carta que a multa deveria ser paga metade à coroa e metade ao Real Colégio de Médicos, que era o destinatário da carta-patente. A importância do caso não está nos fatos ali desenvolvidos, mas nas questões de direito dele decorrentes. Coke, na qualidade de *chief justice* justificou sua decisão favorável à Bonhan em dois pontos: o primeiro alegava que os censores não poderiam ao mesmo tempo ser juizes e partes, o que tornaria a carta-patente nula; o segundo afirmava que "em muitos casos, a lei comum controlará os atos do Parlamento; e às vezes julga-os inteiramente nulos: porque, quando um ato do Parlamento é contra o direito comum e a razão, ou incompatível, ou impossível de executar-se, a lei comum o controlará e julgará tal ato nulo" (POUND, 1976, p. 140). Para fundamentar sua decisão alegou ainda inúmeros casos decididos anteriormente, com o fim de provar a supremacia das cortes e da *common law* sobre a autoridade do Rei e do Parlamento.

Os trabalhos de Coke embora tenham influenciado em alguns momentos as cortes inglesas e o Parlamento, no sentido de limitar os poderes reais, não tiveram na Inglaterra a relevância que tiveram nos Estados Unidos. A submissão de todos a uma lei maior, vinda de Deus, e a limitação do poder do governante à vontade do povo, titular do poder constituinte, era muito bem aceita nos Estados Unidos, porque estava ali assentada a convicção de que os ramos legislativo e executivo deveriam ser controlados.

Além desta base teórica, outro fator que contribuiu para a posição que as cortes norte-americanas foram tomando no sistema de governo norte-americano foi o fato de estas terem desde o início funcionado de certa forma como árbitros em conflitos de competência, primeiro entre leis da metrópole e lei das colônias; em seguida entre leis de duas ou mais colônias, e, finalmente, conflitos entre a Constituição Federal e as Constituições dos Estados que integravam a federação.

Em certa medida, a decisão destes conflitos de competência exigia um posicionamento quanto à constitucionalidade de uma determinada norma em relação a outra, antes mesmo de se ter consagrado o Poder Judiciário como guardião da Constituição.

Os trabalhos de Coke e a função de árbitro em diversos conflitos de competência abrem caminho para que as cortes fossem assumindo o papel de guardiãs da Constituição, mas não são suficientes para definir claramente este papel na Constituição norte-americana de 1787. De fato, não há no texto constitucional qualquer determinação expressa no sentido de atribuir às cortes tal papel, exercendo para tanto o chamado controle de constitucionalidade.

Costuma-se afirmar que o exercício efetivo do controle de constitucionalidade teria se fundado no famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana⁵¹, embora seja forçoso considerar que a feição

⁵¹ William Marbury e outras três pessoas haviam sido nomeadas para o cargo de juiz de paz do distrito de Colúmbia. Embora sua carta de nomeação tivesse sido expedida cumprindo todas as formalidades legais, e sua nomeação tivesse sido aprovada, o novo Presidente, Thomas Jefferson ordenou a seu secretário de Estado, Madison, que não as remetesse a Marbury, o que o impediria de exercer seu cargo. Marbury requisitou à Suprema Corte a expedição de um *mandamus* ordenando a Madison a comunicação da ordem da nomeação à Marbury. Uma lei de 1789, o *Judiciary Act* permitia à Suprema Corte agir desta forma em casos do gênero. A Suprema Corte, analisando a demanda, admitiu que Marbury tinha direito à nomeação, mas considerou que o Supremo Tribunal Federal não era a instância competente para deliberar sobre o mandato, vez que pela Constituição esta corte constituía-se em instância recursal, exceto nos casos particulares, nos quais este não se enquadrava, não podendo atuar como instância originária. O *Judiciary Act* continha portanto disposições contrárias à Constituição. Marshall, juiz da Suprema Corte, resume o caso ponderando: "...It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable." (HAINES, 1914, p. 169). Texto similar em português pode ser visto em LOUREIRO JÚNIOR (1912, p. 67-68).

É interessante observar que o controle de constitucionalidade surgiu a partir de um caso em que a Suprema Corte, ao invés de estar lutando para firmar sua competência, acaba por julgar inconstitucional uma lei que lhe outorgava certos poderes. Das considerações acerca de atos legislativos inconstitucionais surgiu um "efeito colateral" que acaba por determinar ao Poder Judiciário dos Estados Unidos uma de suas mais importantes e marcantes características.

atual deste poder tenha se firmado apenas a partir de 1937 (SCHWARTZ, 1966, p. 257).

É fato que o exercício do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário nos Estados Unidos que não estava previsto - nem vedado - no texto original da Constituição norte-americana, e tampouco nele provocou alteração, ampliou-se ao longo da história americana de tal forma que se assumiu que nos Estados Unidos impera o princípio da supremacia judicial, como disse o professor Haines, havendo renomados autores que afirmam viger neste Estado um governo de juízes, o que coloca em cheque o equilíbrio de poderes que seria talvez o mais importante pilar de sustentação do sistema de governo norte-americano.

Em 1921 o jurista francês Edouard LAMBERT (1966, p. 25)⁵² escreveu uma obra intitulada *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Legislation Sociale aux États-unis - l'Expérience Américaine du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des Lois*⁵³, que se torna, na opinião do professor Schwartz, "o mais importante estudo francês a respeito da revisão judicial da constitucionalidade das

⁵² Vários autores atribuem a introdução da expressão *government des juges* na França, ao professor Lambert. Nesse sentido, artigo intitulado *Separation of Powers Review*, publicado na 57 N.Y.U.L. Rev. 363, 382 n. 67 (1982), que afirma: "The phrase ... entered French political discourse with E. Lambert...". A expressão em Lambert denota um verdadeiro sistema de *judicial review* que não poderia ser limitado nem mesmo por emenda constitucional. Conforme adverte professor Machael H. Haines em artigo intitulado *A government of judges: an historical re-view*, "The possibility that the judiciary could control economic, social, and political growth without recourse would be threatening to any free society". A expressão, no entanto, foi variando de um alcance mais amplo a outro mais estreito conforme o âmbito especial e temporal utilizado. O artigo supra citado considera tais variações na França no período que tem início na Terceira República e segue até a Quinta República, quando foi promulgada a atual Constituição francesa. A expressão tomou o sentido de "envolvimento político do judiciário"; caminhou para o "papel político ou poder político da Suprema Corte americana", mormente durante sua atuação contra a legislação social que Roosevelt queria aprovar durante o New Deal, sob o mito da "neutralidade do judiciário"; "evoluiu" para identificar o "*law making power*" até perder sua força, passando a ser vista, na França como um sinônimo para outra expressão: "um ator na arena política" (HAINES, 1987, 559-580).

⁵³ O governo dos juízes e a luta contra a legislação social nos Estados Unidos: a experiência americana do controle de constitucionalidade das leis

leis pela corte americana".

Em sua obra afirma existirem dois fundamentos para o edifício constitucional americano: o equilíbrio entre os Estados e a Federação e o equilíbrio entre os poderes. O primeiro "a fléchi sans rompre. Il est modifié et non détruit"⁵⁴; sobre o segundo constata que "l'équilibre primitivement institué entre les trois branches exécutive, législative et judiciaire du government fédéral s'est révélé à l'épreuve de l'expe'rience comme un équilibre instable et fragile"⁵⁵ (LAMBERT, 1921, p. 12).

As bases do pensamento de Locke e a teoria da separação de poderes de Montesquieu foram recepcionadas pela Constituição norte-americana. O ideal de igualdade dos três poderes, funcionando de forma coordenada e harmônica, bem como o sistema de freios e contrapesos que deveria limitar o abuso de um poder sobre os outros dois, foram, no entanto, compreendidos de maneira própria pelo povo americano, maneira esta que, na opinião do professor Lambert, teria alterado o equilíbrio necessário.

Também neste sentido é a posição do professor Louis Boudin, um ferrenho crítico dos rumos e da extensão que transforma o funcionamento do Poder Judiciário norte-americano. Em sua obra *Government by Judiciary*, publicada pela primeira vez em 1932, o autor comenta o uso que se fez nos Estados Unidos da teoria de Montesquieu, advertindo para o fato de que se por um lado não existiu, seja nas Constituições Estaduais seja na Constituição Federal dos Estados Unidos determinações impedindo expressamente o Poder Judiciário de interferir em leis aprovadas pelo Parlamento dentro do rito processual estabelecido, como ocorreu com a Constituição francesa de 1791, também é muito difícil conceber que a

⁵⁴ Curvou-se sem quebrar. Foi modificado e não destruído.

⁵⁵ O equilíbrio primitivamente instituído entre os três ramos executivo, legislativo e judiciário do governo federal revelou-se experimentalmente como um equilíbrio instável e frágil.

doutrina de separação de poderes tivesse significado uma coisa na França - constituição escrita, supremacia parlamentar - e exatamente o oposto nos Estados Unidos - constituição escrita, supremacia judicial, subordinação parlamentar (BOUDIN, 1968, p. 83).

LAMBERT (1921, p. 16) adverte que na Inglaterra e na França a ruptura do equilíbrio entre os poderes teria se dado em favor do Legislativo "qui a plié sous sa norme les pouvoirs coordonnés et instauré ainsi le gouvernement parlementaire"⁵⁶, enquanto que nos Estados Unidos "le reversement d'équilibre s'est poursuivi au profit du pouvoir judiciaire, que a soumis les deux autres a son contrôle et établi, par là, un régime de gouvernement par les juges."⁵⁷

BOUDIN vai mais além. Critica a interpretação que se fez do equilíbrio de poderes e refuta a tese de que os pronunciamentos de Hamilton n. 78 em *O Federalista*⁵⁸ e de Marshall no caso *Marbury X Madison*, os quais teriam constituído a base teórica do funcionamento do Poder Judiciário, tivessem autorizado ou mesmo legitimado a função exercida pelo judiciário. Em sua opinião a assunção pelo Poder Judiciário norte-americano da função de guardião da constituição constitui-se

⁵⁶ Colocou sob suas rédeas poderes coordenados e instaurou assim o governo parlamentar.

⁵⁷ A transferência de equilíbrio se deu em proveito do poder judiciário, que submeteu os outros dois a seu controle, e ali estabeleceu um regime de governo dos juizes.

⁵⁸ O capítulo 78 da obra intitula-se *Os juizes como guardiões da Constituição*. Nele os autores descrevem a relação do Judiciário com os outros dois poderes da república, afirmando-o como o menos perigosos para os direitos políticos previstos na Constituição. Em um trecho determinado os autores afirmam "a integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. (...) Limitações dessa natureza somente poderão se preservadoras na prática através das cortes justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição". Por conta desta afirmação o autor defende a tese de que apenas nos casos de conflito manifesto um juiz pode declarar determinado ato ou norma inconstitucional, um limite que os juizes não se impõem e que, na prática, configura-se como usurpação de um poder que compete aos delegados do povo, que no ato de legislar devem representa-lo. (HAMILTON, 1984, p. 577)

na usurpação de um poder, cuja legitimidade pertenceu ao povo e que deveria ser exercido por seus representantes.

Para ele, Hamilton e Marshall teriam restringido a função judicial de controle da constitucionalidade aos casos em que atos do Congresso estivessem manifestamente contrários a mandamentos constitucionais. Quando "the courts are confronted with the dilemma of following either the Constitution or a legislative enactment which conflicts with the Constitution, they are of necessity compelled to follow the Constitution rather than the legislative enactment, since the Constitution is superior to both ourts and legislature"⁵⁹ (BOUDIN, 1968, p. v).

Sustenta, no entanto, que esta teoria não teria concedido às cortes um *general supervisory power over legislation* (BOUDIN, 1968, p. v). Ao contrário, para Boudin a extensão que se deu às cortes para exercer controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos fez com que a exigência de "um claro conflito", um conflito *beyond doubt* tenha acabado por transformar o termo "inconstitucional" em um *term of art*, uma *façon de parler*, omitindo o real significado que para ele seria *we, the judges, think this is a bad law*⁶⁰ (BOUDIN, 1968, p. vi). Com isso o direito americano passou a ser aquilo que os juízes dizem que é, e a extensão desta ocorrência subverteu a organização e o equilíbrio dos poderes nos Estados Unidos.

Textualmente, afirma que "'unconstitutional' meant a violation of the distribution of the powers of government as made by the Constitution"⁶¹ (BOUDIN, 1968, p. 115).

A subversão desta ordem pode, no entanto, ter ocorrido sem que os

⁵⁹ as cortes são confrontadas com o dilema de seguir a Constituição ou a lei que com ela conflita, elas estão obrigadas a seguir a Constituição, vez que a Carta é superior a ambas, cortes e legislaturas.

⁶⁰ Nós, os juízes, pensamos que esta lei não é boa.

⁶¹ Inconstitucional significou a violação da distribuição dos poderes do governo como feitas pela Constituição.

americanos tenham se dado conta, já que em sua opinião as cortes norte-americanas jamais assumem claramente seu posicionamento frontal à lei. Sua técnica geralmente é manter viva a noção de intangibilidade da Constituição, modificando a interpretação/extensão/uso/contexto de seu texto por meio de técnicas que dificultam a compreensão do que foi feito por alguém que não seja um especialista no assunto (BOUDIN, 1968, p. xi). A linguagem cada vez mais técnica e fechada do direito contrapõe-se a uma linguagem natural que facilitaria sua compreensão, servindo como um instrumental bastante útil ao funcionamento do Poder Judiciário norte-americano.

BOUDIN (1968, p. 98-100) adverte ainda que sobre o guarda-chuva do termo "inconstitucional" há funções diferentes, cuja distinção é necessária para que se possa compreender a extensão do poder das cortes. Ele refere-se a três diferentes distinções que se deve fazer:

- a) a declaração de inconstitucionalidade de normas estaduais contrárias a determinações da Constituição federal, e a declaração de inconstitucionalidade de normas federais contrárias à Constituição Federal, situações que, embora impliquem distinções em alguns aspectos relacionados, sobretudo, à questão da subordinação dos Estados à União, decorrem do próprio sistema federativo adotado pelos EUA;
- b) a recusa por parte das cortes em fazer cumprir normas expressamente inconstitucionais, o que constituiria um dever do Poder Judiciário, e a recusa em dar cumprimento às normas que não envolvam flagrante desrespeito à Constituição, mas uma diferença de opinião entre o que os poderes Legislativo e Judiciário interpretam determinada norma, quando as cortes estariam agindo com excesso de poder, invadindo competências que não lhes são próprias;
- c) o afastamento da incidência de uma norma pelas cortes por considerá-la

inconstitucional num caso *inter partes*, e a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese, editada pela Poder Legislativo. No primeiro caso é possível admitir que o Poder Judiciário tenha o poder de decidir por sua própria conta o significado de uma norma constitucional sem, no entanto, forçar esta mesma interpretação aos outros dois poderes; no segundo caso, a situação é inteiramente diferente porque estar-se-á tratando não apenas de uma decisão *inter partes*, mas de uma regra de direito editada por um poder de governo independente. Neste caso admitir a inconstitucionalidade declarada pelas cortes seria conceder única e exclusivamente ao Poder Judiciário o poder de maneira definitiva e irrevogável interpretar a Constituição, o que na prática significa assumir o Judiciário como o máximo poder.

Para compreender-se com exatidão o significado da extensão do controle de constitucionalidade exercido pelas cortes norte-americanas, é necessário ainda ater-se à natureza das leis elaboradas por seus legisladores, compará-las às leis do Parlamento inglês e finalmente, estabelecer um paralelo entre a doutrina americana e a doutrina francesa.

LAMBERT (1921, p. 16) a esse propósito afirma com bastante clareza e sem rodeios que "la conquête de la suprématie politique par le judiciaire s'est réalisée surtout aux dépens du pouvoir législatif et par une invasion dans le domaine de *statute-law*."⁶²

Para o professor, a *common law* americana é diferente da *common law* inglesa. Aquela se constitui na *common law* inglesa adaptada às condições de vida da sociedade americana pelo trabalho das cortes de Justiça. Pouco importa a intensidade com que as cortes têm alterado ou mesmo formado a chamada *common law*. Em todos os casos, adverte o professor, é certo que o direito que a compõe não

⁶² A conquista da supremacia política pelo judiciário nos Estados Unidos realizou-se às custas do Poder Legislativo e por uma invasão daquele no domínio da lei escrita.

está escrito em nenhuma parte a não ser nas sentenças jurídicas.

Daí o professor considerar que o trabalho das cortes americanas assemelha-se à jurisprudência francesa, com a importante diferença de que nos países da *civil law* a jurisprudência atua sobre textos legislativos, enquanto nos Estados Unidos as cortes interpretam um direito que não está escrito em parte alguma.

É certo que nos Estados Unidos há mais leis escritas do que na Inglaterra, mas a atividade legislativa neste país é tida como algo que deve ser controlado, e de fato o é, pelas cortes, ao contrário das leis escritas inglesas, provenientes do Parlamento soberano inglês. Para o professor LAMBERT (1921, p. 19) "la différence fondamentale entre les législatures américaines et la législature que siège à Westminster est que cette dernière est souveraine et omnipotente alors que les autres ne le sont pas."⁶³

HAINES (1914, p. 14), ao contrário, considera que as leis americanas e inglesas são bastante parecidas, mas ao invés de qualificá-las como ações legítimas e próprias do Poder Legislativo de cada um destes Estados, adverte que em ambos os casos lei é aquilo que a corte quer que seja assim considerado. Textualmente admite: "what they approve and inforce is law, what they refuse to recognize is not law."⁶⁴ Resumindo, ele considera que "The ruling principle of Anglo-Saxon jurisprudence is, then, supremacy of the law as made, interpreted and applied by courts of justice."⁶⁵

⁶³ A diferença fundamental entre as legislaturas americanas e o legislativo sentado em Westminster é que este último é soberano e onipotente enquanto o outro não o é.

⁶⁴ O que eles aprovam e obrigam é lei, o que eles se recusam a reconhecer não é lei.

⁶⁵ O princípio dominante da jurisprudência anglo-saxã é, então, supremacia do direito feito, interpretado e aplicado pelas cortes.

3.2.3 A Estrutura do Direito Norte-americano

Algumas categorias utilizadas pelo direito inglês e estranhas aos sistemas de direito ligados à família romano-germânica, encontram-se também presentes no direito americano. Assim, *equity*, *torts*, *bailmente*, *trusts* são compreensíveis aos americanos.

Apesar disso e a despeito de semelhanças existentes entre estes dois sistemas, decorrentes, sobretudo, do fato de terem a mesma origem, há diferenças sensíveis e bastante importantes, advindas principalmente do fato de os Estados Unidos se terem organizado como Estado Federal, presidencialista, e possuírem um vasto território a ser governado.

3.2.3.1 O Direito federal e o direito dos estados

Há nos Estados Unidos uma clara distinção entre direito federal e direito dos Estados federados. Desta diferença decorre uma primeira questão, que não se coloca, por óbvio, ao direito inglês. Existe uma *common law* federal? A resposta exata importa na discussão de características específicas do sistema americano que não interessam ao propósito deste trabalho. Não obstante, é necessário ter em conta que até pelo processo de fundação do Estado americano, a competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é exceção, devendo em razão disso fundar-se sobre um texto da Constituição.

Esta questão gerou muita discussão, mas uma posição majoritária foi firmada em 1938 e vem sendo respeitada desde então. Naquele ano foi julgado o caso *Erie R.R.Co. v. Tompkins*, em cuja decisão afirmou-se o princípio de que não existe *common law* federal geral, vale dizer, tanto em situações que envolvam a *common law* quanto nos casos relacionados a direito legislativo, o princípio vigente é o da competência de cada um dos Estados e não das autoridades federais. As exceções existentes apenas confirmam a regra. É o que ocorre, por exemplo,

quando uma determinada matéria é regida por lei federal, como marcas e patentes.

À primeira vista esta regra parece implicar na existência de cinquenta diferentes tipos de *common laws*, aplicadas cada uma a um Estado americano, mas isto não ocorre. De fato, a afirmação de que não existe *common law* federal deve significar apenas que as jurisdições federais não estão autorizadas a criar um sistema de direito próprio, devendo-se aplicar, sempre que não exista uma lei federal, os direitos de um Estado da federação (DAVID, 1998, p. 376). E por direito de um Estado quer-se dizer o direito legislativo e judiciário do mesmo: *statutes* e *common law*.

3.2.3.2 A Constituição para o povo norte-americano

A segunda característica essencial para compreender-se a especificidade do direito americano frente ao direito inglês está relacionada ao conceito e, sobretudo, à idéia que os americanos possuem da Constituição americana.

A Constituição dos Estados Unidos tem mais de 200 anos, foi a primeira Constituição escrita e é a mais antiga ainda em vigor. Sua longevidade encontra explicações diversas, centradas especialmente em seu texto conciso e na capacidade implícita de interpretá-la, de forma a fazê-la acompanhar as diversas conjunturas por que passou os Estados Unidos desde sua independência.

O texto nem é tão conciso assim. Costuma-se falar apenas das Emendas que deram origem a seu texto, mas a estas devem juntar-se os aditamentos e as outras que lhe são posteriores. A capacidade de interpretação, por sua vez, decorre justamente da singular atuação dos juizes da *U.S. Supreme Court*, a Suprema Corte Americana, um tema que será retomado mais adiante.

A conseqüência mais importante da superioridade da Constituição Federal, tendo-se em conta os objetivos deste trabalho, está em que sua rigidez impõe a obediência a suas regras e princípios em todas as leis e decisões jurídicas, de todos os poderes, votadas e/ou prolatadas nos Estados Unidos.

De fato, embora seja um Estado federado com alto grau de autonomia,

inclusive legislativa, por parte dos estados-membros, há um respeito bastante grande dos americanos e mesmo do Governo americano pela Constituição Federal. O cumprimento da Constituição é visto como a salvaguarda do Estado. Assim, mesmo em situações de claro desconforto causadas por instrumentos obsoletos, a modificação da Constituição é um processo muito difícil. Prova maior disso foi o recente processo eleitoral americano, o qual colocou na presidência da nação mais forte do mundo na atualidade, o candidato que não foi o mais votado entre a população americana, colocando talvez em cheque um dos princípios mais caros à democracia: a vontade popular⁶⁶.

O papel das cortes norte-americanas, consoante já explicitado, deve ser visto sobre dois ângulos: o da interpretação da Constituição e o poder daí decorrente de criar regras jurídicas; o papel cumprido pelas cortes no exercício do controle de constitucionalidade, de forma a adequar todo o direito a disposições e interpretações constitucionais que desenvolvem. A maneira pela qual se desenvolvem tais atividades está relacionada à compreensão e ao alcance que possui a regra do *stare decisis* nos Estados Unidos.

3.2.3.3 A doutrina do *stare decisis* nos Estados Unidos

Existe no direito norte-americano uma regra do *stare decisis* semelhante à que fundamenta o direito inglês, mas aí esta regra tem uma aplicação mais maleável em função da própria formação e estrutura deste sistema jurídico.

Inglaterra e Estados Unidos seguem uma mesma matriz jurídica, a que se tem denominado sistema de *common law*, confrontando-o com países que adotam o sistema da *civil law*. O processo de formação dos direitos norte-americano e inglês no entanto, estão fortemente imbricados na construção e no "modo de ser" de cada

⁶⁶ O processo eleitoral americano está regulado precipuamente pelo Art. II, seção I e parágrafos; Emenda XII e Emenda XX da Constituição norte-americana.

Estado, razão pela qual ambos apresentam suas especificidades, distanciando-se em alguns aspectos que podem ser considerados essenciais.

De fato, a soberania parlamentar inglesa, a forma unitária do Estado inglês e a centralização de seus poderes facilitou a adoção de um sistema judicial centralizado e assente em *binding precedents* oriundos de cortes superiores.

O sistema americano, ao contrário, adequou-se ao sistema federativo do Estado norte-americano, à descentralização inerente a esta forma de governo e à idéia de uma Constituição Federal soberana, vista como o fundamento do próprio Estado e manifestação legítima do poder constituinte originário. Realidades diferentes e às vezes opostas levaram à mitigação, nos Estados Unidos, de algumas regras essenciais que caracterizavam o sistema de *common law* inglês.

A primeira destas regras, flexibilizada no direito norte-americano, diz respeito justamente à força vinculativa dos precedentes e à construção dos mesmos a partir de decisões provenientes de cortes diversas, de diferentes estados da federação. Ao contrário do sistema inglês, a Suprema Corte dos Estados Unidos e as cortes de última instância dos Estados que integram a federação americana não estão obrigadas por suas próprias decisões, podendo desviar-se de sua jurisprudência quando entenderem que, à luz dos fatos, deve-se interpretar a regra de forma diversa.

A extensão dos precedentes também é diversa. Um precedente da Suprema Corte pode vincular todos os Estados, mas estes estão restritos à matéria objeto de legislação federal, já que, conforme já explicitado, não há uma "*common law* geral federal". Da autonomia dos estados membros decorre a competência das cortes estaduais, as quais por sua vez firmam jurisprudência apenas relativamente às matérias de competência dos Estados, no seio da hierarquia das jurisdições deste Estado.

A diversidade de regras e a conseqüente multiplicidade de decisões tomadas em casos semelhantes em diferentes estados da federação é uma

realidade muito mais formal do que material. Embora em tese seja possível admitir a existência de cinquenta distintos "sistemas jurídicos", essa diferença é muito menor na prática, porque há uma real preocupação em evitar interpretações legislativas diversas e, principalmente, interpretações constitucionais divergentes de um estado a outro. Conforme adverte DAVID (1998, p. 376): "Estes (os juristas dos Estados Unidos) aceitam bem, desde que certos princípios sejam respeitados, que as leis [*statutes*] possam ser diferentes entre os diversos estados da União; mas não admitem que uma interpretação diversa possa ser dada à *common law*."

Há uma preocupação com a uniformidade de decisões, sem a qual estaria bastante comprometida a segurança jurídica que assegura a confiança no sistema como um todo. Se uma questão de direito é controvertida, sua solução vai exigir um prévio exame da solução dada em casos semelhantes em vários estados a fim de buscar a "melhor" solução, que não poderá ser dada sob a simples alegação de que é a "jurisprudência" do estado "a" e não do estado "b".

É certo que não existirá uma única resposta, assim como não existe um único direito, para todos os casos, mas a busca de uma uniformidade torna insuficiente e insustentável a decisão única, que desconsidera outras sentenças já proferidas em casos semelhantes. A existência de regras diversas é de certa forma a expressão da autonomia dos estados da federação; por outro lado, a busca da unidade é expressão da supremacia do sistema jurídico norte-americano, sua eficiência, segurança e efetividade.

A flexibilidade com que a Suprema Corte americana interpreta a Constituição Federal responde a duas necessidades concretas: "atualizar" a Constituição, de forma a torná-la sempre apta a responder às mudanças da sociedade, da economia e do povo norte-americano, de forma a assegurar sua supremacia, ponto fundamental sobre o que está erigida sociedade norte-americana; assegurar por meio do respeito à Constituição a estabilidade das instituições políticas americanas e a crença no direito, essencial para desenvolver e manter o

estado de direito em que está assente a sociedade norte-americana.

Faz-se necessário ainda tecer algumas considerações sobre a forma com que uma decisão judicial transforma-se em um precedente nos Estados Unidos. Ao contrário da Inglaterra, onde a organização dos precedentes é objeto dos *Law Reports*, que são uma publicação oficial e, portanto, centralizada, a "conversão" de uma decisão em um precedente nos Estados Unidos depende de sua inclusão em um dos volumes dos chamados *Restatement of the Law*, obra de uma associação privada, o American Law Institute, que procura em seus volumes reunir "as soluções que estão em maior harmonia com o sistema da *common law* americana e que, por conseguinte, merecem ser consagradas pelos tribunais americanos" (DAVID, 1998, p. 393).

Apesar dos EUA terem um direito essencialmente jurisprudencial, desde sua estrutura, é preciso relativizar este dado, tendo-se em conta a própria evolução do direito que tem muitos de seus setores regulados pela legislação escrita. Além deste fator, presente em maior ou menos grau em todas as sociedades contemporâneas⁶⁷, nos Estados Unidos há ainda um outro dado bastante importante que leva em conta o papel da Constituição Federal no estabelecimento, pela interpretação, do que foi, é, e será a Declaração de Direitos, a *Bill of Rights* consagrada da primeira à décima emenda Constitucional. O respeito que se tem ao *Bill of Rights* de certa maneira justifica o papel que as cortes americanas têm no exercício do controle da Constitucionalidade. Além de guardiãs da Constituição, estas cortes, especialmente a Suprema Corte Americana é quem tem a última palavra na definição e delimitação de um direito fundamental.

⁶⁷ Conferir a esse respeito, entre outras CAPPELLETTI (1989) e FARIA (1996).

4 SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

4.1 FORMAÇÃO DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

A história do direito romano desenvolve-se durante 22 séculos, do século VII a.C. até o século VI d.C., período correspondente ao tempo de Justiniano, prolongado depois até o século XV no Império Bizantino (GILISSEN, 1995, p. 80).

O nascimento da família de direito romano-germânica é posterior, tendo-se iniciado a partir do século V, mas no Ocidente torna-se mais importante a partir do século XII, e se fortalece no Renascimento, com o abandono de cânones medievais e a retomada do estudos dos clássicos, impulsionada pela redescoberta das obras de importantes filósofos gregos, especialmente Platão. Antes disso, o que existia eram elementos de direito de caráter, sobretudo, consuetudinário, que não compunham um sistema⁶⁸.

A origem do termo remonta à tradição de dois povos que contribuíram, cada um a sua maneira, para a construção deste modelo: o povo romano, representado pela história da civilização romana durante os sete séculos anteriores aos primeiros quinze séculos da era cristã, mais precisamente até o ano de 1453, com a queda do Império Bizantino⁶⁹; e o povo germânico, povo bárbaro composto de vários grupos, visigodos, vândalos, francos e anglo-saxões que já a partir do final do século V começaram a se infiltrar militarmente e posteriormente fixaram-se no território que pertencia a Roma, expandindo-se nos séculos seguintes em direção ao norte. Daí, a expressão romano-germânico.

John Henry Merryman (1997), em sua obra *The civil law tradition* relaciona

⁶⁸ Nesse sentido as observações de René DAVID (1998, p. 20).

⁶⁹ O Império Romano era unificado até o ano 395 d.C. quando ocorreu sua última e definitiva divisão, separando o Império Romano do Ocidente, esfacelado no século V após diversas invasões de povos bárbaros, e o Império Romano do Oriente - o Império Bizantino, que se estendeu até o século XV e terminou com a tomada de Constantinopla pelos turcos.

três fontes históricas principais de formação da família romano-germânica: o direito civil romano, o direito canônico e, em menor escala o direito comercial.

O direito civil romano tem sua principal base no chamado *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, datado de 533 d.C. Ele fornece as bases do chamado direito civil para a maior parte dos códigos forjados no século XIX, divididos em direito das pessoas, das coisas e das obrigações, correspondentes aos primeiros três livros do *Institutes* de Justiniano. Embora o *Corpus Juris Civilis* não estivesse restrito às regras de direito civil, uma vez que tratava também do poder do imperador, da organização do Império, etc., sua maior influência esteve restrita ao direito privado, vez que o direito romano público não foi objeto de estudos sistemáticos e duradouros quando do Renascimento dos estudos romanos na Europa, a partir da Itália, desde o fim do século XI.

Com a queda do Império Romano, o *Corpus Juris Civilis* entrou em desuso. Uma versão bem mais grosseira era aplicada pelos povos germânicos que invadiram a Itália. Fiéis à regra de que o direito da pessoa é o direito de sua nacionalidade, e esta a segue por toda parte, os germânicos aplicavam suas regras a si mesmos, mas não as impunha aos povos conquistados, situação que favoreceu a fusão de algumas de suas regras costumeiras com algumas disposições constantes do *Corpus Juris Civilis* (MERRYMAN, 1997, p. 8).

Com o Renascimento italiano, inicia-se neste país o que se considera o renascer do direito romano, o qual passou a ser sistemática e profundamente estudado, graças aos argumentos proclamados por São Tomás de Aquino, que afirmava ser a filosofia pré-cristã, assente na razão, em grande medida conforme a lei divina.

Em Bologna, local de fundação da primeira universidade da Europa ocidental da era moderna, os estudos de direito eram uma prioridade e o direito lá estudado era o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que se apresentava na língua latina, conhecida pelos estudiosos da época. Grupos de estudiosos chamados

Glosadores e Comentadores produziram uma imensa literatura que tinha por objeto este mesmo *Corpus*⁷⁰. Tais estudos, aliados ao próprio direito civil romano, acabaram por formar a base da *common law* européia, chamada pelos historiadores de *jus commune*, "un monumento, edificado por uma ciência européia, que visa à fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça."(DAVID, 1998, p, 35).

Além destes fatores, a expansão da família romano-germânica em toda a Europa deu-se também pelo fato de a mesma não estar ligada à afirmação de um poder político ou à centralização do poder determinada pelo soberano.

Na Inglaterra, no entanto, ela não pôde ser aceita, porque as jurisdições reais tinham apenas uma competência restrita, ligada a processos que não lhes permitiam considerar o direito, com toda a liberdade, sob o ângulo da moral e da política.

O nascimento do Estado-nação moderno trouxe consigo um novo conceito de soberania que, aliado ao enfraquecimento do Império Romano acabou por diminuir a importância desta *jus commune* que, aos poucos, foi sendo substituída por sistemas jurídicos nacionais, o que em parte explica que países com a mesma raiz legal possuam diferenças em seus sistemas jurídicos.

Alguns países, como a Alemanha, optaram por recepcionar formalmente o

⁷⁰ Os glosadores foram os primeiros estudiosos do *Corpus Juris* na Universidade de Bolonha, já a partir do século XII até praticamente metade do século XIII. Buscavam analisar o *Corpus Juris* a partir do texto integral da compilação de Justiniano, que fora descoberto no século XI. O texto é conhecido como *Littera Vulgata* (*vulgata*, no sentido de edição-padrão). Seu método consistia em apreender o significado exato do texto original, explicando-o palavra por palavra para, a partir daí, elaborar as glosas (notas explicativas, comentários) a respeito do texto, tornando-o mais acessível ao estudo. Os glosadores, no entanto não questionavam a doutrina do *Corpus Juris*, pois este expressava a razão escrita. Os Comentadores pertenciam a uma escola que se seguiu a dos glosadores e estiveram centrados também em Bolonha, a partir do XIV e XV. Seus estudos também partiam não apenas do *Corpus Juris* como dos estudos feitos a seu respeito pelos glosadores. Seu método, no entanto, diferia porque estiveram centrados também no direito fora do *Corpus Juris*, além de terem se preocupado com as realidades sociais da época (CAENEGEM, 1995, p. 49-58).

direito civil romano a seu próprio sistema jurídico; outros o acolheram, sem as mesmas formalidades; outros ainda construíram seus próprios sistemas jurídicos apenas inspirados no direito civil romano.

De qualquer forma, estas influências foram muito fortes, de maneira que no século XIX a maior parte dos Estados europeus ocidentais adeptos da *civil law*, acabaram por constituir seus códigos à luz do Código Francês Napoleônico de 1804, que pode ser considerado o arquétipo do código inspirado na *civil law*.

A segunda fonte de influência na formação e consolidação da família romano-germânica foi o direito canônico. Sua importância pode ser vista na observação do professor Merryman, para quem "*Roman civil law was the universal law of the temporal empire, directly associated with the authority of the emperor, so the canon law was the universal law of the spiritual domain, directly associated with the authority of the pope.*"⁷¹ (MERRYMAN, 1985, p. 11).

Igreja e Estado tinham suas próprias cortes, mas às vezes havia a sobreposição ou confusão de jurisdições. Com o surgimento do Estado-nação, a influência do Humanismo e do racionalismo, aos poucos a jurisdição eclesiástica vai perdendo espaço, até seu desaparecimento, com o Estado passando a ter o monopólio da coerção e do direito. O direito canônico influenciou o *civil law* especialmente nas áreas de direito de família e sucessões, além do direito penal e processual, de forma que muitas de suas regras integravam o chamado *jus commune* europeu, e constituía de fato a lei civil aplicada na Europa ocidental.

Uma terceira fonte de influência foi o direito comercial. Neste caso no entanto, a relevância não esteve ligada ao fortalecimento do chamado *jus commune*, mas à importância que o direito comercial, por ser um ramo mais pragmático e menos dominado pela doutrina, acabou tendo na inclusão de costumes regionais

⁷¹ A *civil law* romana era a lei universal do império temporal, diretamente associado à autoridade do Imperador, então o direito canônico era o direito universal do domínio espiritual, diretamente associado à autoridade do Papa.

aos sistemas nacionais que viriam se formando.

Direito romano civil, direito canônico e direito comercial constituíram-se fontes essenciais no processo de formação do *civil law*. Sua influência, no entanto esteve restrita à formação do direito privado, pouco podendo lhes ser atribuído na constituição do direito público, muito embora a distinção já fosse conhecida dos romanos.⁷²

O direito público, especialmente o direito constitucional, e o direito administrativo devem sua origem a um processo bastante mais complexo, ligado a uma revolução intelectual, cujas bases já foram descritas na seção 2. A forte influência do Humanismo e do Racionalismo nas universidades, inspiraram também os estudos de direito, na busca de um direito racional, lógico, axiomático, um direito enfim científico, que fez despontar nos séculos XVI e XVII uma escola de direito natural.

4.2 BASES DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

4.2.1 A Soberania no Estado-nação

A crença em uma lei natural de origem não divina que pregava a igualdade dos homens, o direito de todos à propriedade, liberdade e à vida, colocaram em cheque as explicações divinas do mundo e a própria vontade de Deus e encontraram expressão na Declaração de Independência americana, especialmente no *Bill of Rights*, de que anteriormente se tratou, e também na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, documentos ímpares na construção do direito constitucional.

⁷² O direito público para os romanos estava relacionado ao direito internacional e procurava regular as relações entre os povos. Direito constitucional, direito administrativo, entre outros, não estavam presentes em suas obras.

Além deste direito natural secular, outro princípio bastante presente nesta revolução foi o da separação de poderes, inspirado na teoria Lockeana e posteriormente na tese de Montesquieu sobre o exercício do poder e seus limites, que inspirou as diferentes posturas tomadas na Inglaterra, França e Estados Unidos sobre o papel de cada um dos poderes de Estado na organização política.

Finalmente, o Estado-Nação, que deve sua origem ao questionamento do poder divino e, portanto, ao racionalismo nascente na época, acabou também por influenciar fortemente a formação do Estado secular conduzindo a formação de sistemas jurídicos nacionais que, na construção do direito privado, inspiraram-se na família romano-germânica, mas na realização de um direito público procuravam organizar um Estado Moderno, primeiramente absolutista, mas com traços que acabaram por transformá-lo em um estado de direito, cujo fundamento passou a ser justamente a lei.

Com o fortalecimento da doutrina do Estado-Nação, o conceito de soberania, como propugnado por Jean Bodin⁷³ torna-se a premissa básica de sua expressão legal. Refuta-se a idéia de que a lei era uma expressão divina, substituindo-a por uma doutrina que reafirma ao Estado o poder de legislar. A expressão maior da soberania se materializa justamente no poder de fazer suas próprias leis, nacionais, de maneira que ao fortalecimento dos sistemas legais nacionais acabou correspondendo o enfraquecimento do *jus commune*.

O processo de codificação que teve no código civil napoleônico de 1804 sua primeira materialização bem sucedida, tinha por finalidade "enunciar princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado às condições e necessidades dos homens do século XIX (DAVID, 1998, p. 54). Deveria aliar a construção teórica do direito estudado nas universidades, que consistia sobretudo nos estudos atualizados do direito romano, à prática, de forma a fortalecer o chamado um direito comum

⁷³ Conferir nota de rodapé 16

européu assentada na idéia de Justiça que moldava o ensino praticado nas universidades.

A identidade entre os códigos nacionais e o direito de cada um dos novos Estados-Nação foi neste sentido um efeito colateral negativo do direito que se ensinava nas universidades. Outra conseqüência deste processo pode ser vista no fato de que, com a identificação do direito nacional como expressão maior da soberania do Estado, passa a existir também uma maior identidade entre Direito e Estado, quer dizer, o Direito deixa de ser visto como um estudo sistematizado de busca de soluções justas, como procuravam ensinar as universidades, identificando-se cada vez mais com a expressão da soberania do Estado.

Esta soberania apresenta ainda uma dupla faceta, expressa de forma clara e indubitável pelo professor MERRYMAN (1997, p. 21): "Sovereignty had two faces, an outer face that excluded any law of external origin and an inner face that excluded any law of local or customary origin."⁷⁴

A doutrina da soberania estatal estava em perfeita sintonia com a teoria positivista que lhe dava sustentação, porque esta, por embasar aquela, justificava o monopólio do Estado em fazer as leis. Na estrutura deste tipo de Estado, já na fase de abandono da justificação do absolutismo, vigia o ideal da separação de poderes, cabendo ao Poder Legislativo, o único poder eleito e por isso legítimo e representativo, expressar a vontade do povo. Daí a recusa em admitir-se decisões judiciais como fontes de direito, e a conseqüente impossibilidade de seguir-se nos países de *civil law* a doutrina do *stare decisis* que obriga cortes a embasarem suas decisões em decisões tomadas anteriormente.

Sobre esta estrutura construiu-se a base legal dos países de *civil law*, embora se possa vislumbrar alguma flexibilidade nestes pressupostos, admitindo-se por exemplo que por delegação agentes do poder executivo possam baixar resoluções, ou ainda reconhecendo ao costume e uma certa força de lei.

⁷⁴ Soberania tinha duas faces: uma externa que excluía toda lei de origem externa, e uma interna que excluía toda lei local ou de origem costumeira.

O constitucionalismo, no entanto acabou por colocar em cheque o dogma do monopólio da produção legislativa, uma vez que estabeleceu o povo como titular do poder constituinte e determinou que todos os poderes devam ser limitados pela vontade do povo expressa na carta Constitucional. Neste sentido é a afirmação de MERRYMAN (1995, p. 24), para quem "Such constitutions, by eliminating the power of the legislature to amend by ordinary legislative action, impair the legislature's monopoly on lawmaking."⁷⁵ Outro fator complicador admitido por este cientista diz respeito à inclusão de alguns procedimentos (e.g. *referendum*) que atribuem algum poder de legislar ao povo.

Embora se possa afirmar que os sistemas de *common law* e *civil law* vêm se aproximando ao longo das últimas décadas, sua concepção continua sendo bastante peculiar quando o enfoque é dado na maneira como cada um destes sistemas, e até mesmo diferentes países que estão filiados a um mesmo sistema, percebem os juízes e recebem a lei, o costume e, preponderantemente, as decisões judiciais.

4.2.2 A Completude e Coerência do Sistema

O sistema romano-germânico como se vê, assentou-se na idéia da lei⁷⁶ como fonte⁷⁷ principal do direito. Neste caso a lei é tida como toda norma emanada por autoridade competente, com o objetivo de prescrever determinada conduta, estabelecendo sanção à conduta diversa. O Poder Legislativo é por sua própria

⁷⁵ Tais constituições, eliminando o poder do legislativo de emenda através da ação legislativa ordinária, impedem o monopólio do legislativo em fazer leis.

⁷⁶ Nesta pesquisa o termo está sendo usado normalmente como "normas gerais escritas emanadas por órgãos especialmente constituídos para tal fim (...) (REALE, 1995, p. 153).

⁷⁷ O termo "fonte" está sendo utilizado para expressas as diferentes maneiras de realização do direito objetivo (fonte criadora), através da quais se estabelecem e materializam as regras jurídicas (LOBO, 1990, p. 40).

natureza competente para produzir tais normas, que possuem caráter obrigatório e coercitivo por serem uma produção estatal, sendo o Estado um ente soberano.

Embora tenha na lei sua fonte preponderante, os diferentes sistemas nacionais de direito, integrantes da família romano-germânica admitem outras fontes, como o costume, a doutrina e as decisões judiciais, sejam elas recebidas como jurisprudência ou como precedente. A forma de recepção e o papel que cada um destes elementos possui dentro do sistema jurídico estabelece uma primeira distinção entre os direitos romano-germânico e os direitos de *common law*.

A lei nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica é o principal instrumento de que dispõem os operadores jurídicos para definir o direito da cada um dos interessados em caso de conflito. Juizes, advogados, legisladores, membros do ministério público, procuram estabelecer direitos e deveres a partir da lei, que integra o sistema na forma de enunciados genéricos, quiçá situados "a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta das regras, e os princípios dotados de uma elevada generalidade, de que pode, ela própria, ser considerada como uma aplicação" (DAVID, 1998, p. 81).

A função atribuída às *legal rules* nos países de *common law* é fornecer solução tão precisa quanto possível aos litígios que lhe são submetidos. Sua aplicação, no entanto pode ser considerada subsidiária, porque os juizes podem exercer sua função de dizer o direito sem que sua decisão esteja embasada em um texto legal. Como nestes países admite-se um processo de criação do direito por parte dos magistrados na ausência de determinação clara sobre um específico assunto ou uma dada situação, não existe ali o dogma do sistema completo. Ao contrário, assume-se a incompletude do sistema e considera-se que uma das funções dos juizes é justamente preenchê-lo, utilizando-se para tanto das decisões anteriormente tomadas por suas cortes em casos semelhantes.

Nos países da *civil law* a função da lei é outra. A norma é o elemento central do sistema, que vai permitir a análise dos fatos e a prestação jurisdicional

devida. A organização e sistematização das normas, em códigos, buscam produzir um sistema jurídico completo e coerente, próprio do sistema romano germânico.

A ficção da completude dos sistemas jurídicos romano-germânicos está muito bem expressa pelo princípio do *non liquet*, cujo postulado afirma que ao juiz (aplicador da lei) não é permitido deixar de julgar alegando ausência de lei. No ordenamento jurídico brasileiro o princípio está consagrado no art. 126 do Código de Processo Civil, que dispõe: "O Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

Desde uma análise lógica, o sistema é completo quando nele não existem lacunas⁷⁸. Haverá lacuna quando o sistema jurídico não possa apresentar solução normativa para o caso em questão. Diz-se que a completude é no fundo uma ficção porque o próprio legislador admite que o sistema de fato não é completo, prevendo, conforme se pode observar do artigo acima transcrito que "não as havendo (normas legais), recorrerá a outros meios que forneçam solução de forma a manter a integridade do sistema.

Além de completo, o sistema jurídico para ser útil precisa ter um alto valor informativo, dado pela resposta certa a conduta que lhe é submetida. A resposta para ser certa exige do sistema coerência, evitando antinomias que indicam contradições no seio do sistema. O sistema será coerente portanto, quando não contiver normas com mesmo âmbito de validade espacial, temporal e hierárquico, dispondo contrariamente a respeito de uma mesma conduta ou prevendo soluções opostas a um mesmo conflito posto.

⁷⁸ O exemplo extremo da idéia de completude do sistema foi a tentativa de Frederico, o Grande, da Prússia, de estabelecer a lei prussiana 'à prova de juizes'. Construiu para tanto um Código de mais de 17.000 artigos, que buscava prever e dar uma única solução a todas as situações reais que lhe fosse submetida. A Código em tese previa tudo, e ao juiz em contrapartida era proibida a interpretação da lei (MERRYMAN, 1997, p. 39)

As características lógicas e diferentes conseqüências formais entre um e outro elemento, assim como as soluções filosóficas, lógicas ou políticas que pretendem resolver situações de incompletude e incoerência não constituem o campo de preocupação deste trabalho. É importante ressaltar, no entanto que a segurança dos sistemas jurídicos romano-germânicos está assentada nestes dois pilares, sustentados pela lei⁷⁹.

Observe-se ainda que a necessidade de coerência e completude do ordenamento em sistema de *common law* não se apresenta da mesma maneira porque nos países que a adotam há fontes de direito distintas, como os costumes, que não são considerados apenas supletivos, e há também a própria posição do juiz, que não é apenas um intérprete, mas um construtor, um arquiteto do sistema, cabendo-lhe suprir, por suas decisões, incoerências e incompletudes que se apresentam.

O corolário desta diferença está muito bem expresso pelo professor DAVID (1998, p. 82), que afirma: "a generalidade reconhecida à regra de direito explica que a tarefa dos juristas seja essencialmente concebida nestes países como uma tarefa de interpretação de fórmulas legislativas, ao inverso dos países de *common law*, onde a técnica jurídica se caracteriza pelo processo das distinções."

Além da lei, o costume é outra fonte de direito recepcionada pelos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica. Não obstante sua importância excepcional na formação do *jus commune*, o costume fica em segundo plano no fortalecimento do Racionalismo, justamente porque a lei cresce em importância. A partir deste período seu uso torna-se cada vez mais supletivo.

⁷⁹ Para compreender melhor a explicitação lógica dos conceitos de sistema, silogismo, completude e coerência, no sentido desenvolvido no trabalho, conferir Dissertação de Mestrado da autora, defendida em 1993 no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, com o título Contribuição ao Estudo do Direito no Contexto da Lógica Atual. Um resumo deste trabalho encontra-se publicada na obra *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*, sob a organização do Prof. Dr. Leonel Severo ROCHA, publicada em 1997 pela Editora JM, de Curitiba.

A doutrina constitui-se também em fonte do direito. Seu uso foi muito importante no direito romano, fornecendo aos pretores diretivas teórico-práticas essenciais à decisão dos litígios (REALE, 1995, p.149), uma função ainda presente especialmente nos sistemas de *civil law*, com a finalidade de destacar e explicar os pontos expostos, implícitos e controversos de toda construção teórica do direito. Embora importante, seu caráter, pode-se dizer, é supletivo, no sentido de que um caso dificilmente poderá sustentar-se apenas na doutrina, mas os estudos que se dão seu intermédio são responsáveis pela atualização e pela própria "vida" do direito.

Ainda no que se refere às fontes de direito, tem-se as decisões judiciais, de grande interesse para esta pesquisa. O termo em si, conforme ressalta REALE (1995, p. 167) significa "a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais". No mesmo sentido manifesta-se Lênio STRECK (1998, p. 132), para quem a jurisprudência é "um conjunto uniforme e constante de decisões judiciais sobre casos semelhantes".

A construção da jurisprudência é obra do juiz que, chamado a aplicar o direito aos casos concretos, realiza um trabalho de interpretação das normas jurídicas, mas é forçoso reconhecer-se que "muitas vezes, inova [a jurisprudência], estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei" (REALE, 1995, p. 168). Esta produção normativa é ainda maior quando o juiz decide por equidade, um conceito aberto, que permite várias gradações e interpretações.

A expressão da jurisprudência se dá pela súmula, resultante de reiteradas decisões dos tribunais acerca de dúvidas ou omissões constantes do texto legislativo. Sua existência traduz a assunção de que o Poder Judiciário interpreta e, em alguns casos, cria a lei ao exercer sua função jurisdicional. A extensão, bem como o efeito das súmulas, aproximam ou distanciam os modelos decisórios dos sistemas de *common law* e *civil law*.

4.2.3 A Posição dos Juízes

Inicialmente é necessário observar-se que o juiz em um país de *civil law* é visto pela sociedade de maneira inteiramente distinta à forma como é percebido nos países do *common law*. Talvez mais apropriado seja dizer que nestes países ele é visto, facilmente identificado, reconhecido pela sociedade, enquanto naqueles países isto não ocorre, a sociedade não o reconhece, não sabe o que pensa e o que faz. Em conseqüência, reconhece-se ao juiz nos sistemas de *common law* uma importância muito maior que nos países de tradição romano-germânica, onde o juiz é tido como um funcionário público.

A origem do juiz também é diferente. Nos países de *common law* eles são pessoas experientes, recrutados entre os melhores profissionais do direito, enquanto nos países de *civil law* a magistratura é vista como uma entre várias possibilidades para um aluno recém graduado. Esta diferença tem explicações que remontam à época romana, onde o juiz *iudex* foi, em alguns momentos um leigo, com pouquíssimos poderes, cuja principal função era entender e aplicar a vontade do Imperador na solução de um conflito (MERRYMAN, 1997, p. 35).

A posição histórica dos juízes na França e, a partir deste Estado, em outros países de *civil law*, ajudam a explicar a posição francesa sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no país, o qual não aparece constitucionalmente como Poder independente, mas como autoridade judiciária.

Antes da Revolução francesa, cargos jurídicos eram mercadorias que podiam ser negociadas, compradas, vendidas ou herdadas. Juízes compunham um grupo aristocrático que costumeiramente sustentou a aristocracia rural e nobiliária contra os interesses dos camponeses e da classe média de trabalhadores urbanos que vinha se desenvolvendo. Detinham bastante poder em seus territórios, e também se opunham ao processo de centralização do poder governamental, em Paris, decorrente do fortalecimento do Estado-nação. Eram por isso mesmo chamados pejorativamente de *l'aristocratie de robe*, em alusão à toga que portavam quando de seus julgamentos. Com a eclosão da Revolução Francesa houve uma

real alteração do centro de poder, a aristocracia caiu e com ela o poder dos juízes.

Ao contrário da Inglaterra onde os juízes estiveram ao lado do Parlamento buscando fortalecê-lo e defendendo-o dos constantes ataques que lhes fazia o poder real, na tentativa de limitar seu poder e assegurar um governo ilimitado, na França os juízes estiveram muitas vezes ao lado da aristocracia dominante e da Igreja. Eram encarados com desconfiança pelo povo, que os via como representantes dos interesses dos chamados primeiro e segundo estado.

Além desta identidade com as classes dominantes, MERRYMAN (1997, p. 16) identifica ainda a dificuldade que os juízes franceses tinham em distinguir seu papel de aplicador e produtor de leis como outra razão para a tentativa de restringir seu poder na França. As leis editadas pela Coroa na tentativa de unificar o Reino e tornar obrigatórias leis voltadas a esta reforma eram constantemente refutadas pelos juízes. "The courts refused to apply the new laws, interpreted them contrary to their intent, or hindered the attempts of officials to administer them."⁸⁰

Com a Revolução, os ideais de Racionalismo e Positivismo encontraram expressão na doutrina da separação de poderes proposta por Montesquieu. A divisão do Governo em funções pretendia racionalizar o exercício das mesmas e também garantir seu exercício sem a intromissão de um poder sobre o outro. Ao Legislativo caberia a elaboração das leis, ao executivo o dever de fazer com que as mesmas fossem cumpridas e ao judiciário o papel de prestar a jurisdição aplicando a lei vigente por obra do legislador. Um tipo de construção teórica bastante conveniente aos interesses dos revolucionários franceses.

A atuação do juiz deveria ser como a de um aplicador mecânico das leis, cuja função é indicar a lei adequada à solução dos conflitos. Para alcançar o resultado pretendido, dever-se-ia proceder de acordo com a forma de um raciocínio silogístico, em que a lei geral como posta pelo legislador é a premissa maior, o caso

⁸⁰ As cortes recusaram-se a aplicar novas leis, interpretadas contrariamente a suas intenções ou impedidas as tentativas da burocracia de administrá-las.

que lhe é submetido constitui a premissa menor, e a decisão é a conclusão do processo silogístico. Busca-se tanto quanto possível limitar a atuação do juiz e, sobretudo, impedi-lo de interpretar leis de forma a criar regras que, pela própria natureza, é atribuição dos legisladores.

Nesse sentido, a expressa observação do autor. "Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos, rigorosa demais Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as sentenças da lei; são serem inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor" (MONTESQUIEU, 1993, p. 179.)

É bastante curioso que sua doutrina tenha inspirado ao mesmo tempo, o modelo americano de separação de poderes que originou o sistema de controle de constitucionalidade norte americano, e também o modelo de separação de poderes vigente na França, que tem como um de seus pressupostos poderes limitadíssimos aos juízes no exercício de sua função.

4.2.4 O Controle da Constitucionalidade das Leis

A expressão da idéia rousseauiana da lei como expressão da vontade geral, entendida como a vontade do povo, soberano; o dogma da soberania do Estado-Nação e o mito da lei construído no Racionalismo, emolduram a concepção e a função que a lei escrita exerce na construção da *civil law*, partindo-se principalmente do exemplo francês. A posição histórica dos juízes nesse país ilustra com exatidão a proposta deste sistema para os juízes. Com respeito ao controle de Constitucionalidade, também a França experimentou uma situação peculiar, relacionada à concepção que acolheu com respeito à separação de poderes.

Conforme Ressalta MIRANDA (1997, tomo 1, p. 167): "A Constituição na França é concebida essencialmente como lei, lei escrita ao serviço dos direitos e liberdades e da separação dos poderes, conforme o art. 16. da Declaração de 1789 (...) "Tal lei decorre de um poder constituinte, distinto, como mostrou Sieyès, dos

demais poderes do Estado, poderes constituídos."

A experiência francesa de separação de poderes é peculiar, explicada em parte pelo desejo de rompimento com o *Ancién Régime*. Nesta concepção, a função legislativa é exclusiva desse Poder, não se admitindo que órgãos estranhos a ela venham apreciar a validade das leis; além disso, o Judiciário não pode intervir nos negócios do Executivo, cujos abusos e ilegalidades são coibidos por um órgão extra-jurídico, o Conselho de Estado.

O controle da autoridade judiciária, por seu turno, é realizado pelas Cortes de Cassação, um órgão governamental, externo ao ramo judiciário, que tem por função estabelecer qual é a interpretação autêntica da lei, a fim de verificar se a interpretação dada à mesma diante de um caso concreto está ou não conforme a lei em vigor. A fim de respeitar a adequada separação de poderes e não invadir a competência do juiz, sua única função é declarar nula uma decisão que contrarie a dita interpretação autêntica da lei, devolvendo o processo ao órgão judiciário para decidir conforme a interpretação determinada.

Com o tempo, o tribunal de cassação passa também a realizar a segunda etapa do processo, isto é, além de anular a decisão contrária à interpretação autêntica, passa a indicar a interpretação correta, assumindo uma função quase tão judicial quanto a das cortes judiciais por excelência, sendo então chamada Corte de Cassação, até tornar-se Suprema Corte de Cassação, já com o perfil da mais alta corte de justiça, nas áreas cível e criminal. Esse perfil, no entanto não anula ou enfraquece a função judiciária, já que a decisão do juiz deve basear-se na lei, e a opinião de Suprema Corte de Cassação não é revestida de tal autoridade, de forma que havendo discordância por parte do juiz, em teoria este pode decidir contrariamente à disposição daquele órgão, que nesses casos serve então como um argumento persuasivo, mas não vinculativo das atividades judicantes.

A Alemanha, diante desta realidade, foi mais longe criando o instituto da Revisão, através da qual um órgão judiciário, a Suprema Corte, como poder de rever

as decisões das cortes inferiores, deve não apenas anular uma decisão incorreta e indicar a interpretação correta de uma lei, mas também revisar a decisão, considerada incorreta, de forma a torná-la conforme o ordenamento e à interpretação autêntica das leis que o integram (MERRYMAN, 1997, p. 41).

4.2.5 A Regra do *Stare Decisis*

A ficção da coerência e completude do ordenamento em última instância não podem considerar que decisões judiciais possam ser aceitas como fontes de direito, seja por sua origem, seja por seu conteúdo. Em conseqüência, não há nos sistemas romano-germânicos uma regra formal de *stare decisis*, embora seja bastante comum reconhecer na prática diuturna elementos que dela se aproximam.

Conforme descreve o professor MERRYMAN (1997, p. 47), "The judge may refer to a precedent because he is impressed by the authority of the prior court, because he is persuaded by its reasoning, because he is too lazy to think the problem through himself, because he does not want to risk reversal on appeal, or for a variety of other reasons."⁸¹ As razões apresentadas pelo professor não podem ser desconsideradas por aqueles que estudam o Poder Judiciário. Constituem-se em elementos de persuasão do juiz e instrumentos a serviço da busca da certeza e da segurança jurídica necessárias ao bom funcionamento do sistema jurídico.

Embora seja bastante legítimo supor que estudos comparativos entre sistemas jurídicos de tradição *common law* e romanos germânicos têm-se aproximado, em função do papel que a lei vem adquirindo para aqueles, e em resposta ao papel que as decisões jurídicas vêm tendo nestes últimos, não é

⁸¹ O juiz deve referir-se a um precedente porque ele está impressionado pela autoridade da Corte que o emitiu, porque está persuadido do raciocínio que lhe deu origem, porque ele é muito preguiçoso para pensar o problema por si mesmo, porque ele não quer correr o risco de ver reformada sua decisão em apelação, ou por uma série de outras razões.

possível equiparar a função que a regra do *stare decisis* tem em um e outro sistema.

A distância entre a persuasão e a vinculação, vale dizer, entre a obrigatoriedade de o juiz obedecer a uma prévia interpretação legal ordenada por um corte superior, e a possibilidade de usar uma decisão prévia deste mesmo órgão para justificar sua própria decisão, baseada em seu livre convencimento, coloca em questão a natureza e o limite do próprio Poder Judiciário, bem como a extensão do poder dos juízes em dizer o direito em um e outro caso.

Em contrapartida, a assunção de que em países da *common law*, especialmente a Inglaterra, juízes utilizem cada vez com mais frequência de dispositivos como o *distinguishing* para afastar-se da obrigatoriedade de um precedente indesejado não permite concluir que o precedente deixou de ser obrigatório, o que implicaria na revogação do princípio da supremacia parlamentar e na completa modificação da posição dos juízes naquele sistema, que deixariam de ser então os "arquitetos da lei".

A aproximação ou distanciamento entre os sistemas supra referidos podem ser melhor analisadas a partir do exemplo da hibridez canadense, que se verá na seção seguinte.

5 SISTEMA JURÍDICO CANADENSE

5.1 FORMAÇÃO DO ESTADO CANADENSE

À procura de uma passagem para o Oriente, exploradores franceses e britânicos iniciaram no século XVI a conquista dos Territórios do Norte, tendo-se estabelecido desde o começo em regiões diferentes desta área. A partir do século XVII iniciou-se o processo de colonização: nas regiões do rio São Lourenço, Grandes Lagos e Mississipi estabeleceram-se os franceses, enquanto na região da Baía de Hudson e da Costa Atlântica fixaram-se inicialmente os britânicos.

Dependentes economicamente das metrópoles - as novas colônias, Nova França e Nova Inglaterra, praticavam essencialmente o comércio de peles na região - estas colônias disputavam a exploração econômica do novo território, refletindo o que ocorria então na Europa, uma disputa entre a Grã-Bretanha e a França pelo domínio da economia internacional.

Franceses e ingleses envolveram-se em diversas batalhas de conquista durante quase dois séculos, até que em 1759, a colônia francesa foi derrotada pelas forças britânicas, na denominada Guerra dos Sete Anos. A capitulação da França foi assinada em 08 de setembro de 1760 e a colônia de Nova França tornou-se uma possessão inglesa, governada militarmente até 1763 quando, pelo Tratado de Paris⁸², passou a ser uma colônia britânica.

Derrotados, os franceses da nova colônia passaram a lutar para conservar suas tradições, língua e cultura, até que em 1774, com o "Ato de Quebec"⁸³, a Grã-Bretanha reconheceu oficialmente o direito civil francês, garantiu o exercício de liberdades religiosas e autorizou o uso da língua francesa.

⁸² Treaty of Paris, em inglês; Traité de Paris, em francês.

⁸³ The Quebec Act, em inglês; l'Acte de Québec, em francês.

Em 1791, a colônia britânica dividiu-se em duas, devido ao efeito da chegada maciça dos *loyalists*⁸⁴ que, desejando permanecer britânicos, fugiram em direção ao Norte depois da Revolução Americana, e estabeleceram-se a Oeste da província. Esta cisão originou a criação do Alto-Canadá (atual Ontário), e do Baixo-Canadá (atual Quebec)⁸⁵.

Em 1837, após violentas rebeliões, as duas regiões voltam a unir-se em torno do Canadá Unido⁸⁶, tendo aumentado sua autonomia política, mas permanecendo parte do Império Britânico.

Em 01 de julho de 1867, pelo “Ato da América do Norte Britânica”⁸⁷, o Canadá-Leste, o Canadá-Oeste, a Nova Escócia, o Novo-Brunswick uniram-se em torno de uma única nação: O domínio do Canadá⁸⁸, formando uma confederação, inspirada nos moldes do governo britânico, com um Governador Geral (representante da Coroa), e um Parlamento, composto da Câmara dos Comuns e do Senado.

Após a formação da Confederação, o Canadá alargou suas fronteiras em direção ao noroeste, em um movimento expansionista que durou até 1949, quando a Terra-Nova, então colônia britânica, torna-se a décima província do Canadá.

A atuação do Canadá durante a primeira Guerra Mundial lhe valeu uma representação distinta da Grã-Bretanha no seio da então Sociedade das Nações. Sua independência foi gradativamente aumentando, até 1931, quando o “Estatuto de

⁸⁴ A tradução poderia ser “os leais” ou “os legalistas”, gente que fugiu dos Estados Unidos após a independência americana para o Canadá, porque queria continuar sendo cidadão britânico.

⁸⁵ *Upper and Lower Canadá*, em inglês; *Haut e Bas Canada*, em francês.

⁸⁶ *Union Canada*, em inglês; *Canada-Uni*, em francês.

⁸⁷ *The British North America Act*, em inglês; *l'Acte de l'Amérique du Nord Britanique*, em francês.

⁸⁸ *Le Dominion*, em francês; *The Dominion*, em inglês.

Westminster⁸⁹ confirmou sua autonomia constitucional quase total frente à Grã-Bretanha.

A importância deste documento para o Canadá está no fato de que após sua adoção, a necessária compatibilidade entre as normas canadenses com respeito à legislação britânica deixou de existir, ao mesmo tempo em que os *dominions* adquiriam plena competência para a legislação extra-territorial, o que fez com que em 1933 para os assuntos criminais, e em 1949 para os demais assuntos, fosse abolido o direito de apelação das decisões das cortes canadenses ao tribunal britânico (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 86).

Se no último quarto de século o Canadá, no plano internacional, teve sucesso em consagrar sua soberania, no plano interno reiniciaram-se novos desafios, de origem histórica, que retomam sempre a questão da unidade nacional.

Em 1980 os cidadãos do Quebec foram chamados por *referendum* a manifestar-se sobre uma maior autonomia da província em relação ao Canadá. A maioria votou contra.

Em 1982, no curso de uma ampla Reforma Constitucional, o “Ato da América do Norte britânica” de 1867 e suas diversas modificações, transformam-se em “Lei Constitucional de 1867⁹⁰”. Este documento, junto com a “Lei Constitucional de 1982” aprovada por nove das dez províncias canadenses⁹¹, e a “Carta

⁸⁹ *Statut de Westminster*, em francês; *Statute of Westminster*, em inglês.

⁹⁰ *Constitutional Act*, em inglês; *Loi Constitutionnelle*, em francês.

⁹¹ O Québec recusou-se a aprovar a Lei de 1982 porque, desde seu ponto de vista, a Carta de Direitos que integra este documento em larga medida priva o Quebec da soberania que ela possuía até aquela data em matérias vitais para sua sobrevivência enquanto “sociedade distinta” no seio da sociedade canadense, tais como a dupla língua obrigatória, o multiculturalismo, o direito à educação na língua que a família desejar (inglês ou francês) entre outros, que acabariam por enfraquecer as tradições culturais do Quebec no Canadá.

Canadense de Direitos e Liberdades⁹²” que nela está inclusa, acrescido de normas relativas às regras gerais de emenda, e redefinição das competências e poderes dos governos, passaram a formar a Constituição do Canadá. Apesar de a província do Québec ter votado contrariamente à aprovação desta Constituição, a Suprema Corte do Canadá decidiu que esta matéria não exigia aprovação da totalidade das províncias, de forma que sua recusa não teve o condão de impedir sua entrada em vigor para todo o território canadense, inclusive a província do Quebec. A aplicação plena da Carta federal no Quebec, no entanto enfrenta até hoje muitos obstáculos.

Em 1995 um novo *referendum* no Quebec consultou a população sobre a questão da soberania da região⁹³. A maioria novamente votou contra, mas a diferença de menos de 1% entre aqueles que desejam um Quebec soberano, separado da federação canadense, ou um Quebec integrado à mesma, coloca obstáculos de difícil transposição na fraca unidade nacional.

Esta união é tão frágil que em 30 de outubro de 1995, menos de um mês após o resultado do *referendum*, o Parlamento federal adotou uma resolução reconhecendo o Quebec como uma “sociedade distinta” no interior do Canadá. Tal reconhecimento era o que Quebec pretendia acordar com as outras províncias canadenses quando lhe foi imposta a Constituição de 1982. Aparentemente esta resolução federal parece dar uma vitória às demandas do Québec junto à federação

⁹² *Charter of Human Rights and Freedoms*, em inglês; *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, em francês.

⁹³ O *referendum* ocorreu em 30 de outubro de 1995, e na ocasião os canadenses tiveram que dizer “sim” (favoráveis à separação) ou “não” (contrários à separação) à seguinte questão: “Do you agree that Quebec should become sovereign, after having made a formal offer to Canada for a new economic and a political partnership, within the scope of the Bill respecting the future of Quebec and of the agreement signed on June 12, 1995? O “Bill” a que se refere a pergunta é um “Ato” que trata do futuro do Quebec e inclui sua declaração de soberania no preâmbulo; e o *agreement* refere-se ao texto do acordo firmado em 12 de junho daquele ano entre o Partido *québécois*, O bloco *québécois* e a Ação democrática do Quebec, ratificado por seus líderes. O resultado do *referendum* deu vitória aos opositores da separação, por 50.56% (Cf. GALL, 1995, p. 73).

canadense. Ocorre que na prática, conforme advertem os professores BRUN e TREMBLAY (1997, p. 232) "elle n'a valeur ni constitutionnelle ni législative et elle ne peut être appliquée par les tribunaux, même comme simple clause interprétative. Il ne s'agit que d'un engagement moral des instances politiques fédérales actuelles"⁹⁴. Apesar do pouco efeito prático, esta possível maior autonomia que poderia ser dada ao Quebec desagradou os habitantes das outras províncias, ao mesmo tempo em que é menosprezada pela maioria dos *québécois*, que a consideram no mínimo insuficiente.

Finalmente, a federação do Canadá evoluiu também em direção ao Norte. Em virtude de uma lei adotada pelo Parlamento, os então Territórios do Noroeste foram divididos em dois, e em 01 de abril de 1999 nasceu um novo território, denominado Nunavut, um território habitado em sua maioria por descendentes do povo Inuit, (esquimós), mas com governo e território próprios, dando lugar àquilo que os canadenses consideram um governo autóctone no Canadá.

A conformação atual do Estado canadense foi então definida em 01 de abril de 1999. Atualmente integram o Canadá dez províncias: Alberta, Colúmbia-britânica, Ilha do Príncipe Edward, Manitoba, Nova-Brunswick, Nova-Escócia, Nunavut, Ontário, Quebec, Saskatchewan e Terra-Nova, além de dois territórios: Territórios do Norte-Oeste, e Yukon. Embora possua a segunda maior extensão territorial do mundo, tem uma população de um pouco mais de trinta milhões de habitantes, dos quais sete milhões (23%, sendo cinco milhões de origem francesa), habitam a província de Quebec.

⁹⁴ Ela não tem valor nem constitucional nem legislativo e não pode ser aplicada pelos tribunais, nem mesmo como simples cláusula interpretativa. Trata-se apenas de um engajamento moral das instâncias políticas atuais.

5.2 TRAÇOS DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA CANADENSE

O Canadá é um das 54 nações que integram a *Commonwealth*⁹⁵. A chefia do Executivo é, como na maioria dos países que adota o regime parlamentarista, dualista, havendo dois órgãos distintos representando o Chefe de Estado e o Chefe do Governo. O chefe de Estado atual é Elizabeth II, atual Rainha da Inglaterra que no Canadá, no entanto possui o título de Rainha do Canadá. Ela é representada no plano federal pelo Governador Geral, e nas províncias por um *lieutenant-gouverneur*⁹⁶. O primeiro é nomeado pela Rainha, mas escolhido pelo Primeiro-ministro, enquanto os segundos são por ele nomeados e escolhidos, normalmente para um mandato de 05 a 07 anos, dependendo da província. O regime de governo é uma monarquia constitucional, vinculada por razões históricas, como se viu, ao Reino Unido. A atuação da Rainha é essencialmente simbólica, podendo-se afirmar que “o rei reina mas não governa”. O chefe do governo é o primeiro-ministro.

⁹⁵ A Commonwealth atualmente é uma associação voluntária de estados soberanos independentes. Suas raízes, no entanto estão no século XIX e no domínio britânico sobre suas ex-colônias. O Canadá em 1867 foi a primeira colônia a ter um governo próprio e transformar-se em um domínio, seguido da Austrália em 1900, Nova Zelândia em 1907, África do Sul em 1910 e Irlanda em 1921. Em 1926 definiu-se que os domínios eram “autonomous communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs” (Balfour Report), estando em comum aliança à Coroa (britânica). Em 1949 a Índia que até então integrava a Aliança desejava tornar-se República e, mesmo nesta qualidade, foi mantida na Commonwealth. A partir daí o requisito para integra-la passou a ser apenas o reconhecimento do Rei (à época o Rei era George VI) como o “símbolo de sua associação livre e o “Head of the Commonwealth”. Também nesta época o nome “British” foi retirado, exprimindo a nova realidade pós-segunda guerra, da Commonwealth, quando então tornou-se uma associação multiracial de estados iguais e soberanos. Na atualidade, dos 54 membros, 33 são repúblicas, cinco tem suas próprias monarquias nacionais e 16 são monarquias constitucionais que reconhecem a Rainha Elizabeth como Chefe de Estado, mas todos aceitam a Rainha como “Head of Commonwealth”.

⁹⁶ Literalmente, “lugar-tenente”, “quem fica no lugar de outrem”, “pessoa que secunda o chefe e o substitui em caso de ausência”. Conferir HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1790:

As funções legislativa e executiva não são exclusivas no Canadá. Os governos são também órgãos legislativos, vez que sua participação é necessária ao exercício da função legislativa, tanto a nível federal quanto estadual. Canadá e Quebec têm estruturas semelhantes, podendo-se afirmar que “La Législature du Québec et le Parlement fédéral sont tous deux habilités par la Constitution à exercer une fonction législative de même nature. Les mots parlement et législature peuvent être interchangeables⁹⁷” (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 273).

O Parlamento Federal é formado pela Rainha, representada pelo governador geral; que na prática é o governo federal, pelo Senado, e pela Câmara dos Comuns (art. 17, Lei Constitucional de 1867), enquanto o Parlamento do Quebec é composto da Assembléia Nacional e do *lieutenant gouverneur*, representante do governo provincial. (art. 71, Lei Constitucional de 1867, alterado pelo art. 23.1 da Lei sobre a Assembléia Nacional do Quebec).

Os Senadores no Canadá, ao contrário do que ocorre no Brasil e nos Estados Unidos, não estão vinculados às suas províncias, de forma que a Câmara Alta não representa e federação canadense. Historicamente, como ressaltaram Henri BRUN e TREMBLAY (1997, p. 354), “le Sénat apparaît d’abord et avant tout comme une assemblée temporisatrice et conservatrice. Le rôle qu’on lui confie est de réviser sereinement la législation, à l’abri de la pression populaire⁹⁸”.

Sua origem assemelha-se à da Câmara dos Lordes, mas, ao invés de nobres, integram esta instância, representantes dos diferentes espectros da sociedade canadense (representantes rurais e urbanos, membros de classe, profissionais de diferentes áreas, etc). Os Senadores, embora estejam

⁹⁷ A legislatura do Quebec e o Parlamento federal são todas as duas habilitadas pela Constituição a exercer uma função legislativa da mesma natureza. As palavras parlamento e legislatura podem ser intercambiáveis.

⁹⁸ O Senado aparece primeiro e antes de tudo como uma Assembléia contemporizadora e conservadora. O papel que lhe é confiado é de revisar serenamente a legislação, ao abrigo da pressão popular.

essencialmente divididos entre as quatro principais regiões do Canadá, são pessoas nomeadas pelo Primeiro-ministro que, ao fazê-lo, deveria obedecer a uma “norma costumeira” que em tese garantiria a representação e o pluralismo da sociedade canadense, uma proposição de difícil verificação.

Atualmente, o Senado permanece um terceiro órgão do Parlamento, e goza do mesmo *status* jurídico que a Câmara dos Comuns e o governo. É um órgão legislativo, autônomo e independente, cujo assentimento é essencial à criação de uma lei. Na opinião de Henri BRUN e TREMBLAY (1997, p. 354), no entanto, a justificativa de fato para a ainda tardia existência do Senado no seio da sociedade canadense é que “son existence facilite, pour le premier ministre, le transfert de personnages politiques, elle permet particulièrement d’opérer des remaniements ministériels sans avoir à congédier complètement des ministres⁹⁹”.

A Câmara dos Comuns está composta atualmente por 301 deputados eleitos, distribuídos em vários distritos eleitorais, e cuja formação tem em conta prioritariamente a população de cada uma das províncias que integra a federação canadense.

O Poder Executivo efetivo fica com o Gabinete, chefiado pelo primeiro ministro, geralmente o líder do partido que obteve o maior número de assentos na Câmara dos Comuns. Seus auxiliares, ministros de estado, integram junto ao primeiro ministro o chamado Gabinete. No Canadá existe ainda desde 1867 um órgão denominado Conselho Privado, composto por todos os ex-ministros federais, antigos e atuais, vários ministros das províncias e ainda algumas outras pessoas, que formariam um conselho de auxílio à Rainha. Na observação dos professores BRUN e TREMBLAY (1997, p. 381), no entanto “il s’agit donc d’un corps assez large, pouvant comprendre environ 100 membres, nommés à vie. C’est un organe

⁹⁹ (...)”sua existência facilita, ao primeiro ministro, a transferência de personagens políticos, permitindo particularmente operar mudanças ministeriais sem ter que aposentar completamente um ministro”.

parfaitement inactif dans son intégrité¹⁰⁰».

A organização federal reflete-se quase que totalmente na formação do governo nas províncias. Cada uma delas possui uma Assembléia Legislativa com deputados eleitos, e que têm como chefe do Executivo o Primeiro-ministro, normalmente o chefe do partido que venceu as eleições locais. A província do Quebec obedece a regras próprias, possui um Parlamento próprio que tem, basicamente, as mesmas funções que o Parlamento Federal¹⁰¹. O Primeiro-ministro do Quebec nomeia seu gabinete que atua sob sua coordenação e chefia (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 387).

5.3 CONTEXTO DA FORMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO MISTO

A história do direito canadense é reflexo da história da formação deste país e, conforme adverte o professor Gerald GALL (1995, p. 209): “The history of the legal system in Quebec is a characteristically canadian story about the accommodation of regional interests in a federal structure and the struggle of a minority fo identity and self-determination”.¹⁰² Estes dois aspectos são essenciais para que se possa compreender a formação e as dificuldades do sistema jurídico na Canadá de ontem, de hoje e, provavelmente, do amanhã.

No século XV, o rei Charles VII da França iniciou a processo para reduzir as várias formas de *droit commun coutumier* à forma escrita, o que resultou no

¹⁰⁰ Trata-se então de um corpo mais ou menos grande, podendo compreender aproximadamente 100 membros, nomeados vitaliciamente. É um órgão perfeitamente inativo em sua integridade.

¹⁰¹ O Parlamento do Quebec é atualmente unicameral. O Conselho Legislativo, que representava a Câmara Alta, foi abolido em 1968, pela *Loi concernant le Conseil Législatif*.

¹⁰² A história do sistema legal no Quebec é uma história típica canadense, sobre as acomodações de interesses regionais em uma estrutura federal e a luta de uma minoria por identidade e autodeterminação.

século XVI em um rol de aproximadamente 360 costumes locais e gerais, que deram origem em 1580 a um dos mais importantes *coutume*, o “*Coutume de Paris*”, um conjunto de regras de origem romana, costumeira e canônica que tratava de casamento, filiação, propriedade móvel e imóvel, sucessão, dote, contratos, etc (GALL, 1995, p. 214).

Este *Coutume* foi estabelecido na Nova França por ordem do rei Luís XIV que ao determinar sua adoção, pretendia minimizar neste território a diversidade de normas existentes na França naquele período, e tornou-se a base do direito no novo território. Com a conquista do Quebec pela Grã-Bretanha em 1760, pretendia-se impor o direito vigente neste território.

Pelas regras de conquista britânica, o direito público aplicável a uma colônia conquistada foi automaticamente imposto, e o direito privado foi provisoriamente mantido, porque sua adoção dependia de um ato formal, expresso de Sua Majestade (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 9).

Em 1762, o rei George III editou uma Proclamação Real, a qual deu extensos poderes ao governador da colônia para criar cortes de justiça na área civil e criminal “according to Law and Equity, and as near as may be agreeable to the laws of England¹⁰³” (GALL, 1995, p. 214).

As novas autoridades então tentaram impor as leis inglesas também em direito privado, mas sofreram um forte boicote dos habitantes franceses, os quais passaram a recorrer à arbitragem privada, forçando desta forma a criação de uma “*Court of Common Pleas*” onde os advogados franceses tiveram permissão para atuar.

Até 1774, com o “Ato de Quebec” esta disputa permaneceu. Neste ano o povo francês da colônia conquistada obteve uma vitória, tendo-lhe sido reconhecido o direito ao uso da língua, ao livre culto da religião e à manutenção de seu direito civil, nos moldes da *civil law* francesa, até o limite da incompatibilidade total com o

¹⁰³ De acordo com o direito e a equidade, e tão próximo quanto possa ser agradável às leis da Inglaterra.

sistema legal imposto pelo soberano inglês (GALL, 1995, p. 214).

De 1774 a 1839 o isolamento legal do Quebec, em um “mar” de *common law* foi aumentando, a tal ponto que, em 1857 formou-se uma comissão, cujo objetivo foi o de codificar as leis do Baixo-Canadá, com o intuito de fortalecê-lo. Esta tarefa durou nove anos, até que em 1866 George-Etienne Cartier e os outros integrantes da comissão entregaram em forma escrita o “Código Civil do Baixo Canadá”¹⁰⁴, nas línguas inglesa e francesa.

Além da redação bilíngüe, que deu uma maior legitimidade ao novo código, outros fatores foram muito importantes: o código recepcionou as leis anteriores, naquilo que não lhe eram incompatíveis; além disso, foi derivativo, no sentido de que descendeu do código napoleônico francês e observou mais ou menos sua estrutura, mas ao mesmo tempo foi original, porque soube impor e preservar elementos e regras próprias do costume local, que derivavam inclusive de fontes inglesas, mas haviam sido incorporadas à cultura do povo do Quebec (GALL, 1995, p. 212-219).

Um ano após a entrada em vigor do novo Código Civil do Quebec, formou-se a confederação canadense, na qual foram reafirmadas as divisões de poder que haviam sido estabelecidas quando do Ato de Quebec, em 1774.

Em 1867, é aprovada a Constituição do Canadá, através do documento intitulado “Ato da América do Norte britânica” que em seu preâmbulo confirmou o vínculo com a Coroa britânica e com as leis inglesas, ao explicitar, textualmente que se desejava “(...) une constitution reposant sur les même principes que celle du Royaume-Uni” (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 10)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ *The Civil Code of Lower Canada*, em inglês; *Code Civil du Bas Canada*, em francês.

¹⁰⁵ uma constituição repousante sobre os mesmos princípios que a do Reino Unido”

Este texto foi renomeado “Lei Constitucional de 1867” quando da entrada em vigor da nova Constituição do Canadá, em 1982¹⁰⁶. Esta nova Constituição compreende, segundo dispõe o Art. 52 da “Lei de 1982 sobre o Canadá” em seu anexo “B”, as leis constitucionais de 1867 a 1982 (que são 14), além de outros onze textos legislativos enumerados no anexo. A primeira parte do chamado Anexo “B” - artigos 01 a 34, chama-se, por disposição do Art. 34, “Carta Canadense de Direitos e Liberdades”, por meio do qual esta matéria foi constitucionalizada no Canadá, e que constitui na opinião de GALL (1995, p. 76) “praticamente a única coisa de novo na

¹⁰⁶ A adoção da “nova constituição” do Canadá em 1982 foi o desfecho traumático de um processo que tivera início em 1935, após a entrada em vigor do “Estatuto de Westminster”. De 1935 a 1978, pelo menos por sete vezes o governo federal havia procurado firmar um acordo com as províncias para determinar as formas pelas quais daria-se o “repatriamento” do Ato de 1867. Em todas as oportunidades, as tentativas do governo eram barradas pelas províncias, as quais discordavam basicamente dos procedimentos previstos naquilo que viria a ser a “nova constituição” para emendá-la, procedimentos esses que em regra possibilitavam ao governo federal emendar a Carta, mesmo quando o assunto afetava o interesse de uma ou várias províncias. De todo modo, o processo iniciado em 1978 foi concluído em 1982, quando o governo federal conseguiu o acordo das nove províncias de língua inglesa, e o conseqüente isolamento do Quebec. As objeções do Quebec podiam ser resumidas em cinco pontos, dos quais três merecem destaque: Quebec queria que os juízes da Suprema Corte fossem nomeados pelas províncias; opunha-se também ao “direito à instrução na língua minoritária”, porque entendia que esta disposição contrariava a “Carta da Língua Francesa”, relativas à língua de ensino nas escolas públicas; e discordava da fórmula proposta pelo Parlamento, segundo a qual, havendo recusa das províncias em consentir sobre uma proposta de emenda à Constituição, o Parlamento poderia, mediante *referendum* nacional, obter o apoio da população e alterar a Carta. Após inúmeras consultas à Corte de Apelação e à própria Suprema Corte sobre a constitucionalidade do processo, em 17 de abril de 1982, após ser aprovada pelo Parlamento Britânico, entrou em vigor a “Lei de 1982 sobre o Canadá”, a qual foi vetada por Quebec. Este direito ao veto, no entanto não foi reconhecido seja pela Corte de Apelação, seja pela Suprema Corte do Canadá. Em conseqüência, em 23 de junho de 1982, o governo do Quebec faz entrar em vigor, com efeito retroativo, a “Lei concernente à Lei Constitucional de 1982”, a qual teve por objeto modificar todas as disposições constantes das leis da província do Quebec que fossem contrárias às novas normas da Lei de 1982. Embora tenha saído derrotada deste embate, Québec acabou conseguindo a aprovação, no plano federal, de seu reconhecimento como “sociedade distinta no seio do Canadá”, e por fim conseguiu excepcionar a aplicação do direito à instrução na língua minoritária, de forma a conformá-lo às disposições constantes da “Carta da Língua Francesa”. A derrota, no entanto ainda hoje não é bem recebida pelos cidadãos de Quebec (MORIN; WIEHRLING, 1994, p. 430-468).

chamada “nova” Constituição.

Com a Constituição de 1982, finalmente, o Canadá passa soberanamente a exercer o Poder Constituinte. Isto porque com a sua entrada em vigor houve um repatriamento do “Ato de 1867” que se confirmou integrante do direito canadense. Com isso, os canadenses passaram a ter sua própria Constituição, e nesta a previsão dos mecanismos para emendá-la, mecanismos estes que retiraram do Parlamento britânico e transferiram aos poderes constituídos canadenses o poder de reformar a Carta (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 89; MORIN, p. 461)

Esta Constituição dispôs também em seu Art. 2º do Anexo “A” que “Les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l’entrée en vigueur de la Loi Constitutionnelle de 1982 ne font pas partie du droit du Canada”.¹⁰⁷ Este dispositivo marcou o repatriamento das leis inglesas, já que aquelas que foram constitucionalizadas passaram a ser partes integrantes da legislação do Canadá, (incluindo a jurisprudência existente a seu respeito), e as outras foram por ele refutadas; representou também o rompimento simbólico com o Parlamento do Reino Unido no que diz respeito ao poder de legislar, porque deixou de adotar as leis votadas naquela Casa.

Na esteira da nova Constituição, imbuídos do espírito da chamada “revolução silenciosa”¹⁰⁸, presente no Quebec desde os anos 60, os estudos para a substituição do Código Civil que já tinha mais de 100 anos finalmente foram concluídos, e o novo Código Civil entrou em vigor em 01 de janeiro de 1994.

Este código de certa maneira reflete os conflitos que acentuaram-se nas últimas décadas com relação à posição do Québec na federação canadense. Obedece acentuadamente o modelo da *civil law*, advertindo já nas disposições

¹⁰⁷ Como os demais textos legais, a Constituição é bilíngüe. O texto do citado artigo é o seguinte: “2. as leis adotadas pelo Parlamento do Reino Unido, após a entrada em vigor da Lei Constitucional de 1982, não farão parte do direito do Canadá”.

¹⁰⁸ *Quiet revolution* em inglês; *revolution tranquille*, em francês.

preliminares que impõe regras do *jus commune*, expressa ou implicitamente, e nas matérias de que trata, é a fundação de todas as outras leis, embora admita que outras podem complementar o Código ou fazer exceções ao mesmo.

5.4 FONTES DO DIREITO CANADENSE

5.4.1 A Constituição

A natureza do direito constitucional é rígida e flexível ao mesmo tempo. Uma pequena parte dificilmente pode ser emendada. Trata-se das disposições que foram “repatriadas” e que, em virtude da Lei Constitucional de 1982, são submetidas a um procedimento de emenda mais complexo que a adoção de uma lei ordinária, federal ou provincial. Estas disposições correspondem ao que se chama Constituição formal. Elas têm uma autoridade superior à lei porque não podem ser revistas a não ser por órgãos especiais e seguido de um procedimento mais complexo que o adotado para as leis ordinárias. Estão indicadas no Art. 52 da Lei Constitucional de 1982, já referido.

Desde 1926, devido a uma regra formalizada no artigo 4 do “Estatuto de Westminster”, o Parlamento inglês não pode mais legislar para o Canadá, a não ser pela demanda própria deste país, e com seu consentimento expresso pelos órgãos federais. Com a Constituição de 1982 as leis britânicas não poderiam mais fazer parte do direito canadense.

5.4.2 As Leis

Além da constituição e de textos “constitucionalizados”, a segunda fonte em importância na hierarquia jurídica e constitucional são as leis formais, textos legislativos que emanam do Parlamento e em inglês são traduzidos por *act* ou *statute*. A lei formal pode chamar-se lei, código, carta, declaração ou outro nome qualquer, mas terá que ter sido adotada por um Parlamento. O Parlamento federal é composto pela rainha, pelo Senado e pela Câmara dos Comuns; o parlamento (ou legislaturas) do Quebec, desde 1968, está constituído pela Assembléia nacional e pelo *lieutenant-gouverneur* (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 17).

Assim, são fontes do direito constitucional canadense as leis do Parlamento britânico, as leis do Parlamento federal e, naquilo que é cabível, as leis do Parlamento de Quebec.

As leis do Parlamento britânico que fazem parte do direito canadense são em sua maioria anteriores a 1926 e dizem respeito, sobretudo, às leis adotadas pelo Parlamento imperial, especificamente em função do Quebec e do Canadá. Há ainda as leis do Parlamento federal, que regulam especialmente o direito público canadense, uma vez que a competência em matéria de direito privado é normalmente das províncias. Finalmente, as leis das províncias, fontes do direito constitucional, que são numerosas e aplicam-se, em princípio, apenas ao seu território.

5.4.3 As Decisões dos Tribunais

São também fontes do direito constitucional, bem como de direito comum, as decisões dos tribunais. Mas a autoridade destas decisões é bastante variável, em função de diversos fatores, como a maior ou menor antiguidade de uma decisão, a instância em que a referida decisão foi tomada.

Com relação aos jurisdicionados e às outras fontes de direito, no entanto,

as decisões judiciais têm pelo menos a autoridade da coisa julgada e do precedente. Em um sistema de inspiração britânica, pode tomar também a importância do *judge-made-law*.

Devido à origem britânica do direito público canadense, o sistema que envolve direito público no Quebec segue aproximadamente as mesmas regras que regem as outras províncias. As decisões dos tribunais podem ter autoridade da coisa julgada, do precedente o do *judge-made-law*.

Em direito privado do Quebec, no entanto as decisões possuem apenas a autoridade do precedente e da coisa julgada, inexistindo a do *judge-made-law*, por ser própria do direito anglo-saxão.

5.4.3.1 A autoridade da coisa julgada

A autoridade de coisa julgada é a autoridade que possui uma decisão judicial que põe fim a um conflito. Esta autoridade é em princípio absoluta, porque ela faz nascer a presunção contra a qual nenhuma prova pode ser oposta. As partes são, portanto ligadas a esta decisão, salvo na medida em que exista a possibilidade de um recurso. Da mesma maneira, tal decisão é em princípio inoponível a terceiros. São em suma as decisões mais limitadas quanto ao alcance, mas também a mais estrita quanto a seus efeitos.

Deve-se advertir, no entanto que em direito público no Quebec e em direito federal, a noção de *res judicata* é aquela própria da *common law*, e ela se presta mais à criatividade judicial que a coisa julgada do Código Civil. Isto porque o alcance da coisa julgada pode tornar-se considerável no caso onde uma corte competente pronuncia a nulidade de um regulamento ou a inconstitucionalidade de uma lei. Assim, por exemplo, se o governo do Quebec é parte de um litígio, um julgamento da Corte Superior do Quebec que pronuncia a nulidade de um regulamento valerá em seguida *erga omnes*.

5.4.3.2 A força do precedente

O precedente é a autoridade que pode ter uma decisão judiciária com respeito à situações análogas. À medida que uma decisão anterior interpretou direito existente, esta interpretação ajuda a entender e decidir casos semelhantes. Neste caso, a decisão judicial torna-se fonte de interpretação do direito. Quanto mais alto for na hierarquia um tribunal que pronunciou a decisão, mais a autoridade desta decisão poderá ter o peso de um precedente.

5.4.3.3 A autoridade do *judge-made-law*

A autoridade de *judge-made-law*, própria do direito anglo-saxão, não é conhecida pelos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, significando a autoridade que poder possuir uma decisão jurídica, na ausência de uma legislação ou para completar uma legislação tida como insuficiente. Nestes casos a decisão possui determinação geral, semelhante àquela da lei, aplicável a todos. O juiz faz a lei. Por sua força, os *case law* provém, sobretudo, de decisões dos tribunais mais elevados na hierarquia judiciária.

Na manifestação de BRUN e TREMBLAY (1997, p. 24) “au lieu d’être source simplement interprétative, elle devient source créatrice de droit”.¹⁰⁹

¹⁰⁹ No lugar de ser fonte simplesmente interpretativa ela se torna fonte criativa de direito.

5.4.3.4 A regra do *stare decisis*

Da regra do *stare decisis* podem-se identificar três princípios que têm uma autoridade decrescente: Primeiramente, os tribunais são ligados pelas decisões dos tribunais que lhe são superiores na hierarquia; em segundo lugar, cada tribunal normalmente se considera ligado por suas próprias decisões; em terceiro lugar, um tribunal pode considerar-se ligado pelas decisões de certas cortes situadas em hierarquias paralelas.

O *stare decisis* não é no seu conjunto uma regra absoluta. Somente o primeiro princípio é fechado, porque, se for o caso, por meio de apelação o recorrente consegue fazê-lo ser respeitado.

No Canadá essa regra apresenta traços característicos. Embora haja uma Corte Suprema que vincula suas decisões, são as cortes Superiores das províncias que geralmente se constituem no último grau de recurso para a maioria dos casos, suas decisões, no entanto, não são obrigatórias para outras províncias, tornando essa regra flexível.

A regra do *stare decisis* não se aplica à decisão como um todo, mas à parte da decisão que se chama *ratio decidendi*. Somente esta *ratio* pode em consequência adquirir o alcance que pode ser comparado àquele da lei (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 25).

Entre os motivos invocados pelo tribunal ao tomar uma decisão, pode-se distinguir entre o *obiter dicta* e a *ratio decidendi*. Os primeiros constituem-se em opiniões que o juiz emite sem que elas se refiram ao motivo-chave pelo qual a decisão foi tomada. O *stare decisis* não confere a esta parte a autoridade da *case-law*. Mas se o “obiter” emanar dos tribunais superiores e especialmente da Suprema Corte, podem tornar-se, em certos casos determinantes.

Quanto à *ratio* do julgamento, elas compreendem os motivos que articulam (embasam) diretamente a decisão, quer dizer, o essencial do raciocínio, ou o princípio em virtude do que uma questão foi resolvida. Somente esta *ratio decidendi*

torna-se objeto do *stare decisis* e possui a autoridade de um *judge-made-law*, que equivale aos *binding precedents* ingleses.

Apesar de sua significação precisa e sua rigidez aparente, a regra do *stare decisis* não transforma o processo judiciário em uma guerra de precedentes, transformando o direito em um jogo mecânico, reduzindo-o a uma técnica de compilação. Pelo menos dois fatores colaboram para evitar isso:

As regras, que são objeto de decisões passadas são inumeráveis e freqüentemente concorrentes. Além disso, os tribunais acordam uma grande importância aos fatos e aos contextos particulares dos assuntos que eles julgam; eles podem assim “distinguir” o caso sob estudo daqueles que já fizeram jurisprudência. Em consequência, uma escala de extratos de motivos não tem nenhuma força independente a menos que se tenha em conta dos pontos em litígio e o contexto destes extratos (exatamente o que não ocorre com as súmulas).

Estas partes das decisões judiciais que, em razão do *stare decisis* adquiriram uma autoridade comparável àquela da lei, apresentadas e reconhecidas sob a forma de princípio gerais, constituem a *common law*.

Com relação às outras fontes do direito, é de observar dois elementos significativos: os tribunais ao serem convocados a manifestarem-se sobre a Constituição, seja para interpretá-la, seja para dizer se determinado direito está ou não “assegurado” na Carta, estão na verdade criando uma decisão que possui a mesma força da Constituição.

De fato, a jurisprudência constitucional acaba por se tornar parte da própria Constituição, no sentido de que a interpretação dada adere ao texto constitucional de forma tal que, ao analisar-se a Constituição, estuda-se também a interpretação que se deu àquele dispositivo estudado. Em sendo uma interpretação definida pela Corte Suprema, sua decisão terá uma autoridade superior a todas as outras fontes do direito, inclusive às leis do Parlamento.

Para modificar uma interpretação da Constituição dada pela Corte Suprema, é necessário um processo de emenda constitucional, ou então a própria Corte deve convencer-se a mudar sua diretriz.

No Canadá, a regra do *stare decisis* apresenta nuances, em função da própria formação histórica do direito canadense. Em princípio o direito privado do Quebec não adota o sistema da *common law* e não está regido pelas regras do *stare decisis*. O direito público do Quebec, no entanto compreende as bases e princípios do *common law* britânico, da mesma forma que o direito privado e o direito público das outras províncias do Canadá. Não obstante é inegável ter havido durante todo o desenvolvimento da história do direito canadense uma influência mútua do sistema do Quebec no sistema federal, e vice-versa, de forma que atualmente não é tão simples em alguns assuntos, identificar aquilo que é próprio da *common law* e aquilo que tem inspiração francesa.

Para identificar com maior precisão quais princípios têm sua origem em um ou outro instituto, é necessário saber a que tribunais as cortes estão ligadas no passado e na atualidade. As decisões do tribunal imperial inglês, através do Conselho Privado, tomadas antes da abolição pelo Canadá em 1949 (e para os assuntos criminais em 1933) ainda hoje fazem parte do direito público canadense, mas apenas na medida em que não foram modificadas pelo parlamento competente ou pela Corte Suprema. Esta Corte pode, de fato, afastar a incidência de uma norma daquele tribunal, mas uma corte de apelação no Canadá não pode fazê-lo.

Quanto às decisões do Conselho Privado, tomadas após a abolição da permissão dos recursos àquela corte, elas não vinculam mais os tribunais canadenses.

Além do Tribunal Imperial de que se falou, existe a *Court of Appeal* inglesa que até 1927, por decisão do Conselho Privado, tomada em 1879, vinculava suas decisões, as quais, a partir dessa data, deixaram de abrigar as cortes canadenses (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 32).

5.5 SISTEMA JURÍDICO CANADENSE

5.5.1 A Independência do Poder Judiciário

O regime jurídico canadense é uma herança da Grã-Bretanha, postula a independência dos juízes e tribunais frente aos poderes Executivo e Legislativo. Esta separação, no entanto é restrita sob muitos aspectos, a começar pelo fato de que os tribunais existem e regulam-se por leis votadas nos Parlamentos, seja federal, seja estadual. A exceção é a Suprema Corte do Canadá que, embora tenha sido criada por meio de leis ordinárias, foi “constitucionalizada” pela Lei Constitucional de 1982. Além disso, os juízes que integram as cortes superiores são, salvo exceções aplicadas em poucos casos, normalmente nomeados pelo governo federal (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 761-762).

A base da autoridade judicial no Canadá está posta nos artigos 96 a 101 do Ato Constitucional de 1867. O Parlamento federal possui poderes para votar leis criando e estabelecendo a competência de cortes e tribunais federais, integradas por juízes nomeados pelo governo federal; estabelecem ainda as regras de constituição e funcionamento de cortes provinciais compostas por juízes nomeados pelo governo federal. Os Parlamentos provinciais, no entanto, tem competência para legislar relativamente à administração da justiça na província, nomeando também os juízes que atuam nas cortes provinciais, com exceção das suas cortes superiores.

O sistema judiciário é, nas palavras dos professores Henri BRUN e TREMBLAY (1997, p. 763), integrado¹¹⁰, apresentando neste sentido as seguintes características:

- a) ausência de distinção entre jurisdição constitucional, administrativa, criminal ou civil;

¹¹⁰ A conceituação do termo “integrado” bem como, as características próprias do sistema jurídico canadense integrado foram expostas pelos professores Henri BRUN e Guy TREMBLAY, em sua obra *Droit Constitutionne*, cuja referência encontra-se ao final do trabalho.

- b) submissão de todos os casos à Suprema Corte, a qual no entanto tem competência para “escolher” aqueles que deve analisar, conforme se verá adiante;
- c) aplicação, pelos tribunais provinciais, do direito federal (a recíproca existe, mas apenas excepcionalmente é verdadeira), embora atualmente esta afirmação tenha sido em muito relativizada pela criação, em 1970, da Corte Federal.

5.5.2 A Organização Judiciária

O aparelho judiciário canadense está formado por cortes superiores e tribunais inferiores. As cortes superiores possuem, como regra geral, uma dupla jurisdição, cuja origem remete à *common law*; em primeira instância possuem uma jurisdição residual que lhes permite julgar todo caso que não seja de competência exclusiva de uma corte inferior. Em segunda instância, além do poder de rever as decisões tomadas em primeira instância, lhes é atribuída ainda a vigilância e controle dos atos dos tribunais inferiores e da administração pública. Os tribunais inferiores, em contrapartida, possuem jurisdição única e expressa.

Esta superioridade impõe o reconhecimento às cortes de inúmeros poderes ditos “inerentes” que têm por objetivo global a eficácia da jurisdição em seu conjunto, o que lhes permite, por um lado, julgar atos de ultraje a um órgão do Poder Judiciário que tenha sido cometido até mesmo fora da Corte, além de declarar a inconstitucionalidade de leis ou regulamentos (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 766).

São cortes superiores a Suprema Corte do Canadá e as cortes superiores Provinciais (também chamadas em algumas províncias “Suprema Corte Provincial”), as quais possuem pelo menos duas instâncias, a 1^a. denominada *trial division*,

também conhecida como *queen's bench*¹¹¹, e uma 2ª instância de *Cour d'appel*, além da Corte Federal do Canadá, criada em 1970 para tratar das questões que envolvem matéria federal, que por conta da organização da federação canadense, é muito menos abrangente do que o rol das matérias de competência da União no Brasil. Alguns autores atribuem a esta última corte característica de corte superior, argumento refutado pelos professores BRUN e TREMBLAY (1997), por entenderem que a mesma não possui as características que permitam identificar uma corte como superior.

Cortes superiores e inferiores trabalham de forma integrada, compondo um sistema que abarca cortes federais, provinciais e, em algumas matérias, municipais.

A Suprema Corte do Canadá foi criada em 1875, mas apenas recentemente, em 1949, tornou-se instância final de apelação nas áreas cível e criminal. De fato, até 1933, a instância final de apelação civil e criminal era o Comitê Judicial do Conselho Privado do Tribunal Imperial britânico. Neste ano, após diversas emendas ao Código Criminal do Canadá, a Suprema Corte deste país tornou-se a instância final de julgamento na área criminal; e em 1949 também os assuntos civis passaram a ser ali decididos em última instância.

A jurisdição da Suprema Corte do Canadá está atualmente estabelecida pelo "Ato da Suprema Corte", de 1985. Integram esta corte nove juizes, sendo pelo menos três provenientes da província de Quebec, como forma de assegurar (ainda que formalmente) a duplicidade de sistemas do direito canadense na mais alta instância jurisdicional do país¹¹². O juiz presidente da corte é também o Ministro da Justiça do Canadá, e a sede da mesma é Ottawa, a capital federal.

¹¹¹ Em uma tradução literal "banco da rainha", porque aí a Rainha tinha assento quando integrava o Poder Judiciário canadense.

¹¹² A Lei que regula a Corte Suprema do Canadá estipula no item 6 que "At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court Of Appeal or the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province".

A Suprema Corte não é uma corte exclusivamente constitucional. Ao contrário, pode ser considerada uma corte de direito comum. É de sua competência a decisão final em assuntos cíveis e criminais que, a seu critério, tenham importância para a nação e mereçam a apreciação da Corte Superior, devendo-se observar, no entanto, que a permissão para recorrer à Suprema Corte pode ser dada também, em algumas situações, pela Corte de Apelação federal ou provincial (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 779). Em casos específicos previstos no Código Criminal, como na anulação de uma absolvição em sede de apelação, ou quando um dos juízes de uma corte de apelação tiver entendimento discordante em uma questão de direito, a autorização é desnecessária e o direito de recorrer à Suprema Corte é automático.

O Artigo 53 da Lei sobre a Suprema Corte obriga-a a pronunciar-se sobre toda questão de direito ou de fato que lhe for submetida pelo governo federal. Este é o expediente tradicionalmente utilizado pelo administrador federal para saber previamente a posição da Corte em questões que envolvam matéria constitucional, ou mesmo em assuntos cuja posição desta instância máxima do Poder Judiciário interessa conhecer. Apesar desta disposição legal, a Corte já decidiu que sua resposta é necessária (e obrigatória) apenas quando não se tratar de uma questão de natureza meramente política (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 780). Na prática, portanto, a Corte Suprema conserva um poder discricionário de responder ou não às questões que lhe são propostas através do procedimento de reenvio. Este poder é visto entre os membros do Poder Judiciário como uma dos mecanismos através do qual efetiva-se a independência e garante-se a devida distância do Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo.

Por disposição expressa do Art. 35. 1 da Lei, a Corte Suprema tem ainda jurisdição para apreciar em grau de recurso as decisões da corte federal em matéria do conflitos entre governo federal e provincial, ou entre governos provinciais.

Pode-se dizer que a Suprema Corte decide os casos que deve analisar tendo em conta sua importância, repercussão a nível nacional e, quando for o caso, a existência ou não de uma "questão constitucional" brotada no caso que lhe está sendo submetido. Esta questão constitucional, no entanto não precisa estar previamente demonstrada, como no caso brasileiro. Não se requer o pré-questionamento e tampouco a arguição de relevância. Por outro lado, é a corte que define se determinado caso tem importância nacional, se uma específica situação pode modificar, criar ou limitar um direito, limitando-se a decidir os casos que considera relevante.

Há inúmeras, e nem sempre claras, regras para estabelecer quem, e em que situação pode ser alegada a inconstitucionalidade de determinada norma. Em princípio esta inconstitucionalidade pode ser incidental, como no Brasil, mas com um rol de legitimados ativos que torna possível e viável a um cidadão ou grupo questionar determinadas regras, ou mesmo uma declaração direta de constitucionalidade.

Especialistas, no entanto sugerem que o Artigo 52 do "Ato constitucional" tem-se tornado o veículo através do qual de cidadão comum tem acesso à Suprema Corte para questionar a constitucionalidade de uma determinada legislação que contém (em sua opinião) disposições contrárias à "Carta Canadense de Direitos e Liberdades"¹¹³. Isto porque a natureza deste documento, que assemelha-se a uma declaração de direitos nos moldes do documento francês, amplia o espectro do espaço discricional para a atuação do Poder Judiciário. Também aí está um dos aspectos que podem ameaçar a distância (necessária para que se mantenha a independência) entre os Poderes da República.

Abaixo da Suprema Corte está a chamada Corte Federal do Canadá, que tem sua competência estabelecida em leis ordinárias e sua jurisdição alcança

¹¹³ *Charter of Rights and Freedoms*, em inglês; *Charte Canadienne de Droits e Libertés*, em francês.

apenas o direito federal e a jurisprudência a respeito do assunto. Este juízo comporta uma seção de primeira instância e uma de apelação, tem sede em Ottawa e está constituída composta por aproximadamente 25 juízes, dos quais oito provenientes do Quebec, buscando com isso assegurar que princípios formadores da *civil law* do Quebec sejam considerados quando da tomada de decisões que levam em conta as questões de competência federal. Onze são nomeados para a corte de apelação e quatorze à seção de primeira instância. (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 777; GALL, 1995, p. 187). De maneira geral, esta corte tem jurisdição sobre os litígios que envolvam a administração federal, além de interpretar legislação proveniente de diversos órgãos, juntas e conselhos federais, e apreciar as decisões tomadas por estes órgãos.

Na opinião dos professores BRUN e TREMBLAY (1997, p. 776): "La Cour fédéral n'est pas une cour supérieure comme la cour supérieure provinciale, car elle ne jouit pas de la double juridiction de common law que caractérise une cour supérieure, comme nous l'avons vu: sa compétence est strictement statutaire et non pas résiduelle, et son pouvoir de contrôle n'est pas général mais limité à l'administration fédérale¹¹⁴". Não obstante, no meio jurídico ela é compreendida como uma corte superior.

A Seção de primeira instância¹¹⁵, conforme disposição do artigo 17 da Lei sobre a Corte Federal (1970), é competente para julgar as demandas de reparação a favor ou contra o governo federal, fundadas sobre motivos contratuais ou delituais, devendo ainda decidir sobre questões que as leis federais lhe autorizem e todo recurso cuja matéria não seja de competência de uma corte superior provincial.

¹¹⁴ A Corte federal não é uma corte superior como a corte superior provincial, porque ela não possui a dupla jurisdição de *common law* que caracteriza um corte superior, como visto anteriormente: sua competência é estritamente estatutária e não residual, e seu poder de controle não é geral mas limitado à administração federal.

¹¹⁵ Trial Division.

Nesse sentido, possui, portanto, competência residual. Compete-lhe também julgar administrativamente os recursos de injunção, *certiorari*, *mandamus*, proibição, instaurados contra todo órgão federal (*board*, *commission* ou outro tribunal administrativo). Tal julgamento é de natureza declaratória e tem por objetivo acordar a reparação apropriada. Se a questão, no entanto mais de natureza jurídica que administrativa, o controle judiciário dependerá da Seção de Apelação desta corte. (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 778). Além destas, compete a esta Seção decidir questões concernentes à propriedade intelectual, direito marítimo e, em certa medida, letras de câmbio, direito aeronáutico, obras interprovinciais e apelação de cidadãos referentes às questões de cidadania, etc. (GALL, 1995, p. 188).

A Seção de 2. Instância desta corte tem competência exclusiva para decidir sobre todas os recursos provenientes da Corte Federal, com exceção aos recursos cuja competência são expressamente da 1. Instância. Esta Seção julga, sobretudo, demandas de revisão ou anulação de decisões de órgãos federais que sejam de natureza mais jurídica que administrativa.

Há ainda uma terceira corte federal, denominada *Tax Court of Canada*, constituída em 1983, que decide principalmente recursos relacionados ao Imposto sobre a Renda e está composta por 23 juízes nomeados pelo governo federal. Existia antes uma Comissão de revisão, a qual constituía um órgão administrativo, o que acabava levando grande parte das questões aos tribunais superiores não especializados.

Finalmente, existem ainda a Corte Marcial e o Corte da Cidadania Canadense¹¹⁶ que também são federais.

Além dos tribunais ditos federais, cada província tem competência para organizar-se no que diz respeito à matéria que lhes é própria. Esta organização é mais ou menos a mesma em cada uma das nove províncias que tanto em direito

¹¹⁶ Court of Canadian Citizenship.

público quanto em direito privado adotam os princípios da *common law*. A organização da justiça na província do Quebec segue de maneira geral a organização da federação canadense no que diz respeito ao direito federal. As cortes provinciais, no entanto organizam-se de forma um pouco diversa, tendo em conta as especificidades e a necessidade de garantir uma jurisdição de *civil law*.

Em cada uma das províncias existe uma Suprema Corte Provincial, também denominada Corte de Jurisdição Superior Provincial, compostas por juízes também nomeados pelo governo federal. Estas cortes normalmente possuem pelo menos duas divisões: a divisão de apelação e a divisão de processo (*trial division* - primeira instância), também chamada *Court of Queen's Bench* (Corte do Banco da Rainha), porque aí sentava a rainha. A primeira instância possui um escopo quase ilimitado, devendo julgar originariamente questões relativas a muitas matérias, tais como a maioria dos crimes contra o patrimônio e contra a pessoa, questões eleitorais, assuntos civis acima de uma determinada quantia, jurisdição administrativa, etc. Possui ainda, competência recursal em matéria de família, condenação de jovens, etc. A divisão de apelação, por seu turno, analisa as decisões em matéria de família proferidas pela *trial division*, julga os recursos em matérias criminais, decide em segunda instância as adoções procedentes das cortes distritais, etc. (GALL, 1995, p. 188).

Existem ainda as cortes distritais, chamadas *County Courts* ou *District Courts*, cuja competência está estabelecida pelos Poderes Legislativos de cada uma das províncias e varia de uma a outra. Estas cortes, no entanto não são competentes para dizer sobre a constitucionalidade de uma lei, devendo, na ocorrência de "questão incidental constitucional" remeter o caso à Corte Superior.

5.5.3 A Organização Judiciária do Quebec

A organização judiciária do Quebec segue o padrão canadense, com competência estabelecida para todas as províncias.

Compete ao Parlamento do Quebec legislar sobre a manutenção e organização de tribunais provinciais, obedecidas às determinações da Constituição e das leis federais "constitucionalizadas" sobre o assunto.

A jurisdição inferior está composta por inúmeros tribunais administrativos, cuja característica comum é possuírem jurisdição especializada em matérias como segurança do trabalho, seguros de saúde e de automóveis, ajuda social, entre outros.

Há juízes de paz e cortes municipais que exercem jurisdição civil e penal em questões de menor importância ou, em matéria penal, para ilícitos de menor potencial ofensivo.

Acima desta, mas ainda como corte inferior há a chamada Corte do Québec, criada por este Parlamento em setembro de 1988, reunindo quatro cortes provinciais existentes, que tratavam de questões ligadas à juventude, à expropriação, além de algumas questões familiares. Esta Corte possui uma jurisdição definida por lei com abrangência em toda a província. Para a maior parte dos litígios civis de montante inferior a 30.000\$ (trinta mil dólares canadenses) sua competência é exclusiva. Em matéria penal compete-lhe decidir sobre todos os atos passíveis de sanção penal, mas de suas decisões cabe recurso à Corte Superior da província.

A Corte Superior do Québec é composta de 143 juízes nomeados pelo governo federal, como todos os juízes que integram as cortes superiores da Província. Esta Corte é o tribunal de direito comum, com competência originária e residual para decidir sobre toda matéria que não seja atribuição exclusiva de outro tribunal na província. Por conta da forma como está organizada a federação, compete-lhe também a dupla jurisdição em matéria federal, sobretudo em questões que envolvam divisão federativa de competências. Compete-lhe ainda enfim exercer o poder geral de reforma e vigilância sobre todos os tribunais da província, salvo a Corte de Apelação.

No Quebec a chamada Corte de Apelação constitui-se como órgão autônomo, mas sua origem é também a Corte do Banco da Rainha que existia na Inglaterra desde o século XVII e que passou às outras províncias como uma divisão de apelação dentro das cortes superiores de cada província. É composta no Quebec por um juiz-presidente e outros dezenove juizes, todos nomeados também pelo governo federal. Este órgão exerce um duplo papel de revisão e de regulação do direito e, particularmente em matéria de direito civil constitui-se em um tribunal de última instância. Produz anualmente cerca de 1500 julgamentos, número que parece excessivo aos olhos canadenses, a ponto de os professores GUY e TREMBLAY (1997, p. 775) assumirem que "Il lui est par conséquent difficile d'exercer adéquatement son rôle de régulateur du droit, rôle qui, en droit civil en particulier, devrait prendre une importance toute spéciale vu le retrait marqué de la Cour suprême, vu la spécificité du droit civil québécois et vu la réforme récent de ce droit¹¹⁷".

A Corte de Apelação é, portanto, o tribunal de última instância na província do Quebec, possuindo também competência exclusiva sobre toda a matéria de competência da legislação provincial. Essa competência, no entanto pode lhe ser retirada nas questões que envolvem matéria tratada pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades constante da Lei de 1982. Este documento transferiu à Suprema Corte do Canadá assuntos de natureza criminal e constitucional, que envolvam a Carta porque esta, na verdade, estendeu enormemente o campo de intervenção judicial na defesa de direitos, abrindo também um grande espaço de subjetividade à atuação do Poder Judiciário.

¹¹⁷ É por consequência difícil de exercer adequadamente seu papel (da corte superior provincial) de regulador do direito, papel que, em direito civil particularmente, deveria tomar uma importância especial tendo em vista o traço marcante da Corte suprema, a especificidade do direito civil do Quebec, e a reforma recente deste direito.

5.5.4 O Controle Judicial da Constitucionalidade

A constituição canadense, assim como a norte-americana, não confere explicitamente ao Poder Judiciário o papel de invalidar leis contrárias à sua prescrição. Este papel, no entanto foi assumido naturalmente, como decorrente da "natureza das coisas". No caso dos Estados Unidos está marcado pela decisão da Suprema Corte no caso *Madison X Marbury* em 1803; no Canadá, pelo caso *Valin C. Langlois*, em 1880 (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 205).

A Lei Constitucional de 1867 não possuía em seu texto uma Carta de direitos, de forma que as questões constitucionais no período de sua vigência restringiam-se aos problemas de repartição de competências existente entre o governo federal e as províncias. Com a entrada em vigor da Lei Constitucional de 1982, esta realidade mudou. A nova constituição canadense inclui em seu texto a "Carta Canadense de Direitos e Liberdades", ampliando o elenco de direitos elevados à categoria de constitucionais. Este é o entendimento exarado pelo professor Robert GALL, para quem

In Canada, to date, we have only been concerned, by and large, with jurisdictional questions, namely, who has jurisdiction to pass what laws. However, we are now also concerned with the issue of whether those laws, in terms of their content or substance, conform to the Charter of Rights and Freedoms, which now forms an integral part of the Constitution. Thus, our orientation has changed from one of jurisdiction to one of jurisdiction and content¹¹⁸ (GALL, 1995, p. 95).

Tais direitos passaram a ser protegidos por um controle de constitucionalidade explícito, previsto no artigo 52, o qual precisa que a Constituição

¹¹⁸ No Canadá, até agora, nós temos estado preocupados, de uma maneira geral, com questões jurisdicionais, isto é, quem tem competência para passar que leis. Contudo, nós a partir de agora estaremos preocupados com a questão de saber se aquelas leis, em termos de conteúdo ou substância, estão conformes a Carta de Direitos e Liberdade, a qual integra agora a Constituição. Então, nossa orientação mudou da jurisdição para a jurisdição e conteúdo.

*"rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit"*¹¹⁹.

Apesar destas alterações, a Corte Suprema canadense já afirmou: "o que mudou foi o alcance das decisões constitucionais, e não sua natureza, que permanece a mesma".¹²⁰

De fato, o fundamento da autoridade judiciária não mudou: é dever do Poder Judiciário interpretar e aplicar as leis do Canadá e de cada uma das províncias, e é então dever do Poder Judiciário, assegurar que a lei constitucional seja cumprida.

O Controle de Constitucionalidade no Canadá é difuso, não estando, portanto, concentrado em uma corte constitucional. Ele pode ser exercido a partir da primeira instância, por toda corte superior provincial no Canadá, e, em alguns casos, até mesmo a Corte federal, as cortes inferiores e os tribunais administrativos podem interpretar e aplicar a Constituição (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 206). Deve-se observar também que a Suprema Corte não é exclusivamente uma corte constitucional. Além disso, devido à natureza da federação canadense e em respeito à autonomia legislativa das províncias, são as cortes superiores de cada província que em princípio exercem o controle de constitucionalidade de todas as normas. Acima de suas decisões está o posicionamento da Suprema Corte do Canadá que só se manifesta sobre questões relativas ao controle de constitucionalidade ante a existência de certos critérios que serão vistos em seguida.

Normalmente haverá um controle incidental, mas o governo pode também acionar diretamente a Corte de Apelação ou a Corte Suprema para apreciar a

¹¹⁹ Em inglês este trecho da lei foi traduzido pela expressão "(...) and any law that is inconsistent with provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". Esta expressão é mais exata que o conceito não muito jurídico da lei em francês, porque não deixa dúvidas de que a norma inconstitucional, quando assim declarada, não tem força nem efeito.

¹²⁰ (Afirmação constante do *Renvoi seu la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, 1985. 2 R.C.S, p. 486, 496, citado por BRUN, P., 206).

constitucionalidade de uma norma através de um Renvoi¹²¹.

Todas as normas, e inclusive os atos administrativos e as decisões dos tribunais administrativos, são submetidas ao controle de constitucionalidade. Não obstante, afirmam os professores BRUN e TREMBLAY (1997) que as leis votadas pelo Parlamento são, no entanto, as espécies normativas que o Poder Judiciário têm mais receio de declarar contrárias à Constituição¹²². Isto se dá porque as leis expressam, ainda que em tese, a vontade coletiva, expressa pela legislatura representativa. Em última instância, dizer da inconstitucionalidade de uma lei, votada pelo Parlamento, é dizer da vontade inconstitucional do povo. E quem afirma tal coisa são justamente membros de um poder de estado que não estão submetidos ao crivo do voto popular, e que, portanto, teriam em relação ao parlamentares eleitos, um déficit de legitimidade.

Existem diversos mecanismos adotados expressa e implicitamente pelas cortes que visam, de um lado, assegurar um necessário equilíbrio entre os poderes de estado e, por outro lado, garantir a independência necessária ao Poder Judiciário quando da apreciação de disposições normativas que lhes são submetidas.

Assim é que os tribunais repetem freqüentemente que seu papel constitucional não equivale a pronunciar-se sobre a "sabedoria" ou "conveniência" das leis postas em vigor, de forma que sua análise restringe-se à sua constitucionalidade e à constitucionalidade de seus efeitos. Mesmo assim, BRUN e TREMBLAY (1997, p. 208) afirmam que "la plupart des juristes reconnaissent depuis longtemps que la jurisprudence constitutionnelle au Canada est éminemment

¹²¹ A tradução poderá ser devolução ou mesmo apresentação em juízo. Significa um mecanismo através do qual o governo federal ou das províncias pode solicitar que uma determinada questão seja apreciada diretamente pela Suprema Corte do Canadá. Não pode ser comparado à advocatária que constava da PEC 96-B porque neste caso há a própria Corte que avoca para si o direito de julgar determinada questão, enquanto no Canadá esta é uma atitude dos governos.

¹²² BRUN e TREMBLAY (1997, p. 206).

politique"¹²³. Isto porque a generalidade dos termos utilizados, a dificuldade de modificá-los e a diversidade das escolhas permitidas pelos técnicos de interpretação acontecem de forma que os julgamentos de oportunidade e de valores entrem na dialética judiciária.

Em conformidade com este entendimento, vige a chamada doutrina *de la justiciabilité*, que aparece mais diretamente ligada à questão da divisão de papéis entre o Poder Judiciário, de um lado, e os Poderes Legislativo e Executivo de outro. Esta doutrina afirma que o Poder Judiciário, ao ser acionado para dizer sobre a constitucionalidade de uma norma, deve decidir antes de tudo, se as questões que lhe são estão sendo submetidas envolvem apenas considerações morais e políticas, situação em que os tribunais têm o poder discricionário de recusar-se a pronunciar-se sobre o caso, determinando a outras instâncias decisórias tal tarefa. Esta doutrina, no entanto não pode ser invocada quando o caso ou a inconstitucionalidade de lei coloca em questão dispositivos da Carta Canadense de Direitos (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 205-214).

Outro mecanismo importante é o da *retenue judiciaire*.¹²⁴ Parte-se da constatação de que, apesar do controle judiciário, normas inconstitucionais podem permanecer um certo tempo, vigentes no ordenamento, sem que as cortes declarem sua inconstitucionalidade. Isto ocorre por diversos fatores, entre os quais interessa ressaltar o seguinte: os tribunais não agem por impulso próprio, de forma que cabe às partes em litígio alegar determinada inconstitucionalidade de uma norma; além disso, tribunais recusam-se também a pronunciar-se sobre questões teóricas.¹²⁵ E, finalmente, em um *renvoi* podem abster-se de apreciar determinada disposição que

¹²³ A maior parte dos juristas reconhece há muito tempo que a jurisprudência constitucional no Canadá é eminentemente política.

¹²⁴ Em uma tradução literal, "moderação judiciária".

¹²⁵ O equivalente no Brasil à recusa do Poder Judiciário em apreciar normas "em tese".

o Governo lhes leva à apreciação, quando entenderem que a questão posta é hipotética ou muito abstrata.

Outra característica desta "moderação" é o fato de que os tribunais não se pronunciam sobre questões constitucionais validamente levantadas se o litígio puder ser resolvido sobre uma outra base; da mesma forma, ao pronunciar-se sobre a constitucionalidade de uma norma, eles o farão apenas na medida necessária para solucionar o conflito ou para responder à questão em foco.

Deve-se observar ainda que a sanção de inconstitucionalidade imposta a um ato normativo, embora determine que o mesmo não possui força nem efeito (como explicita a lei em língua inglesa), admite uma certa relativização, como o retardamento do efeito da invalidade, a fim de evitar uma lacuna jurídica¹²⁶, a restrição da declaração de invalidade a determinadas pessoas ou a certas circunstâncias, entre outros.

Em todos estes casos, como afirmam os professores BRUN e TREMBLAY (1997), os tribunais agem de uma forma essencialmente negativa, no sentido de que seu papel é de anular ou impedir os efeitos das prescrições que são declaradas inconstitucionais. De fato, os tribunais não podem, em princípio, substituir à penalidade de "invalidação" um tipo de sanção em que ele próprio determinaria em que condições a lei deve operar. Este é um papel do Poder Legislativo, e os tribunais não devem assumi-lo.

Além destes mecanismos supra referidos, através dos quais o Poder Judiciário procura garantir a aplicação da Constituição sem, no entanto, interferir desnecessária ou desmesuradamente nas atividades dos poderes executivo e Legislativo, há também diversas regras de interpretação da Constituição que sugerem

¹²⁶ Esta foi a técnica utilizada pela Suprema Corte do Canadá quando decidiu, em um *Renvoi* que a leis unilíngües da província de Manitoba adotadas após 1890 eram inválidas. Apesar da declaração de invalidade, aquela Corte determinou que, para evitar um vazio jurídico, as leis seriam reputadas temporariamente válidas durante o prazo necessário para que as leis fossem produzidas nas duas línguas.

esta mesma preocupação. Tais regras buscam uma decisão que leve em conta a intenção originária do legislador¹²⁷, a interpretação conciliatória¹²⁸, a interpretação conforme, a interpretação que leva em conta o preâmbulo¹²⁹, etc. e buscam, todas elas, encontrar soluções que possibilitem, por um lado, o exercício pleno e independente do Poder Judiciário, na sua função de guardião da Constituição; e por outro lado, o resguardo da atividade do legislador em votar e editar as regras de formação da sociedade em nome da qual foram eleitos representantes.

¹²⁷ Esta "fonte" tem uma importância muito grande no Canadá, em razão do processo de formação de seu sistema jurídico. Os trabalhos preparatórios para a edição do "Estatuto de Westminster" e as discussões em torno da Constituição de 1982, por exemplo, constituem-se em fontes importantes para a descoberta da "vontade originária" do legislador. Papel semelhante a este, no Brasil, pode ser cumprido pelo estudo dos debates entre o então "centrão" e a "oposição" nas subcomissões que discutiam as diferentes matérias constitucionais, bem como a análise dos anteprojetos que originaram a Constituição de 1988; além dos raros debates sérios em torno dos projetos de lei que tramitam na Câmara Federal e nas Assembléias dos Estados.

¹²⁸ Esta leva em conta o sistema constitucional e a Constituição como um conjunto de regras que formam um sistema. Desta forma, a interpretação que será dada pela Suprema Corte, entre duas ou mais opções, deverá ser aquela que permita que o conjunto de normas funciona de uma forma melhor, concomitantemente (BRUN, 1997, p. 230).

¹²⁹ A esse respeito ver MENDES (1999).

6 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

6.1 PROCESSO DE FORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

61.1 O Poder Judiciário no Brasil-colônia

O Brasil integra o extenso rol de países cujo sistema jurídico é filiado à família romano-germânica. Esta inclusão se deve, sobretudo, ao próprio processo de formação do Estado brasileiro, primeiro como colônia portuguesa antes de tornar-se Império, até chegar à República Federativa.

Ilustraram o processo de colonização as mesmas influências presentes à época na Europa, conforme descritas na seção 2, embora em Portugal o processo de disseminação e aceitação destas idéias tenha ocorrido tardiamente, apenas após as reformas implementadas por Marquês de Pombal, já no século XVIII.

Portugal era um expoente nas artes da navegação, apresentava um processo de centralização política e formação de uma monarquia nacional precoce aliada a uma crescente burguesia mercantil. A expansão territorial através da navegação é corolário desta situação sócio-política, que buscava incrementar o comércio e abrir uma passagem comercial com direção às Índias. No Brasil tais influências de início se fizeram sentir indiretamente, através dos colonizadores, em um processo crescente que perdurou durante os séculos XVI e XVII, período em que falar em uma idéia de mundo brasileira não era possível.

Ao contrário da Holanda, Inglaterra e Alemanha, que abraçaram os ideais da Reforma, Portugal esteve, ao lado dos países ibéricos, aliado aos ideais da Contra-Reforma, tendo-se em consequência mantido afastado das novidades européias dos séculos XVI e XVII até praticamente metade do século XVIII, quando o Iluminismo, através do pensamento de Luis Antônio Verney (expoente teórico da

modernidade lusa) e as reformas operadas por Marquês de Pombal¹³⁰, deram um novo impulso à organização do Estado português (WOLKMER, 1999, p. 44).

O processo de colonização portuguesa operada o Brasil, no entanto aproxima-se mais de uma ocupação do que de uma conquista (MACHADO NETO¹³¹, apud WOLKMER, 1999, p. 45-46). Embora se tenha registrado traços de práticas jurídicas não-oficiais entre as comunidades indígenas nativas brasileiras e também entre os negros que vieram forçados ao Brasil¹³², o direito português acabou constituindo-se na base quase exclusiva do direito pátrio (WOLKMER, 1999, p. 46). Conforme registra Waldemar FERREIRA (1962, p. 39) sobre afirmação de Sílvio Romero, referir-se à história do direito brasileiro significa referir-se a um capítulo do direito português na América, advertindo ainda para o fato de que: "Não houve paralelismo no evolver dos dois direitos senão, em dado momento, sua separação, desenvolvendo-se ambos autônômamente [sic], como as instituições nacionais que passaram a reger".

Durante os anos de 1520 a 1549, sob o regime das capitanias hereditárias, as disposições legais vigentes no Brasil eram principalmente as dispostas nas

¹³⁰ A época pombalina estendeu-se de 1750 a 1808 e operou em Portugal uma profunda renovação da cultura jurídica que acabou por refletir também no Brasil. Contribuiu para esta renovação especialmente a chamada lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, a qual impôs uma centralização jurídica, determinando a aplicação incontroversa das decisões provenientes da Casa de Suplicação, ainda que contrárias às determinações constantes das Ordenações; impôs ainda a publicação dos Assentos da casa da Suplicação já estabelecidos, dando força de lei também aos Assentos que fossem estabelecidos dali em diante, com o propósito de firmar a genuína inteligência da lei antes de se julgar o direito das partes. Finalmente, diminuiu a influência do direito romano, impondo regras sobre aplicação do direito subsidiário, estilos e costumes, de forma a privilegiar a legislação pátria, que até então era muitas vezes esquecida em prol de princípios do direito romano, direito canônico e costumes (TRÍPOLI, 1936, p. 153-159).

¹³¹ MACHADO NETO, A. L. **Sociologia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 307-310.

¹³² MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. O direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil). **Estudos Jurídicos**, Curitiba, n. 1, 1993.

Cartas de Doação e nos Forais¹³³. Com o fracasso do regime das capitânicas, conforme registra WOLKMER (1999, p. 47-8),

tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação designada como sistema de governadores-gerais. Surgiu, assim, a utilização de um certo número de prescrições decretadas em Portugal, reunindo desde cartas de Doação e Forais das capitânicas até Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, leis e, finalmente, as Ordenações Reais. De fato, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contidas nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603).

Esses ordenamentos eram escritos e em grande parte codificados, na melhor tradição romanística. Além desses, havia regras próprias da Colônia, voltadas à solução de situações próprias do Brasil, as quais se dava o nome de "Leis Extravagantes", mas as mesmas eram de reduzida importância, se comparadas às leis portuguesas vigentes e aplicadas no Brasil. Assim, deve-se observar que durante os dois primeiros séculos posteriores à colonização, praticamente inexistia Direito pátrio, estando o "ordenamento jurídico brasileiro" composto quase que exclusivamente de leis portuguesas não adaptadas ou mal adaptadas à realidade brasileira.

A administração da justiça, ao tempo das capitânicas, estava a cargo dos donatários que, na qualidade de proprietários das terras, exerciam sobre ela domínio quase absoluto, acumulando as funções de administradores, chefes militares e juizes. A autoridade judicial era representada pelos ouvidores, os quais eram designados e subordinados aos donatários e atuavam como meros representantes judiciais daqueles, com competência sobre ações cíveis e criminais (WOLKMER, 1999, p. 58-59).

¹³³ Através das Cartas de Doação instituíam-se as capitânicas, determinando a porção territorial das mesmas e a outorga de tributos. Os Forais por sua vez eram documentos que acompanhavam as referidas Cartas, dispondo os mesmos sobre os direitos, foros, tributos e coisas que se pagariam ao Rei e ao capitão e governador. O foral, portanto, pressupunha a carta, e os dois formavam o estatuto da Capitania (FERREIRA, 1962, v. 1, p. 74-75).

Na segunda fase do período colonial, após o fracasso da maioria das capitanias, o Poder Judiciário no Brasil passou a ser exercido pelo governador-geral, que também combinava o poder de julgar com o poder de administrar, inexistindo a clássica divisão de funções que mais tarde seria proposta por Montesquieu. Havia também o ouvidor-geral, funcionário de confiança do rei, que primitivamente se constituiu em instância superior de decisão e detinha um poder quase absoluto para resolver as questões de justiça. Seus poderes foram sendo de alguma forma diluídos com o aumento das cidades e por conseqüência dos conflitos levados à justiça, o que de certa maneira acabou por impulsionar o incremento da organização judiciária no Brasil.

Ainda neste período foi criado o primeiro Tribunal de Relação da Bahia, o qual acabou por entrar em funcionamento apenas em 1652, tendo-se passado quase 100 anos até que fosse criado em 1751 o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro. Estes órgãos funcionavam, sobretudo, como instâncias recursais, embora tivesse competência originária em algumas ações novas nas áreas cível, criminal e do patrimônio, e ainda competência advocatória em situações de juízo criminal (WEHLING e WEHLING¹³⁴, apud WOLKMER, 1999, p. 62). Acima destes, como Corte Suprema, a Casa de Suplicação de Lisboa, transformada em Casa de Suplicação do Brasil com a vinda da família real em 1808 (ARAÚJO, 2000, p. 53).

À medida que as vilas se formavam, nela funcionavam juízes togados (juízes de fora) e leigos, como os juízes pedâneos e juízes da paz. Segundo WOLKMER (1999, p. 65), a grande maioria dos juízes togados que passou a compor o quadro burocrático da organização judiciária brasileira neste período era de origem portuguesa, escolhidos pela Coroa para exercer na colônia o papel de magistrado. Exigia-se a graduação na universidade de Coimbra, a prática profissional anterior de

¹³⁴ WEHLING, ARNO; WEHLING, Maria José. A atividade Jurisdicional do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 156, n. 386, p. 81, jan./mar. 1995.

pelo menos dois anos e a seleção através do exame de ingresso ao serviço público pelo Desembargo do Paço em Lisboa.

Um estudo sobre a organização da justiça no período colonial realizado por Stuart B. Schwartz (1979), revela duas espécies de relações conflitantes presentes na seleção e no exercício profissional do magistrado: relações burocráticas calcadas em procedimento racionais, formais e profissionais; relações primárias pessoais baseadas em parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno. Sobre ambas, observa WOLKMER (1999, p. 66): "O entrelaçamento desses dois sistemas de organização - burocracia e relações pessoais - projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional.

Para concluir, afirmando: "É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia, a administração da justiça atuou como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária e imperiosa identificação entre o aparato governamental e o poder judicial. Frise-se, deste modo, que a organização judicial estava diretamente vinculada aos níveis mais elevados da administração real, de tal forma que se tornava difícil distinguir, em certos lugares da colônia, a representação de poder das instituições uma da outra, pois ambas se confundiam" (WOLKMER, 1999, p. 68).

A partir especialmente da segunda metade do século XVIII e início do século XIX o sistema colonial tradicional europeu entra em crise, formando um quadro resultante de importantes acontecimentos, tais como a decadência do regime absolutista, o fortalecimento do liberalismo, a queda do *Anciën Régime* francês, a Revolução Industrial na Inglaterra e a Independência dos Estados Unidos, que vai impor mudanças estruturais em toda a Europa, América do Norte, e também nas colônias ultramarinas. Estas mudanças se fizeram sentir no Brasil, intensificando o processo com vistas à independência.

6.1.2 O Período Pós-Independência

Entre 1808, quando chegou ao Brasil a família real, e 1815, quando o Brasil é declarado Reino Unido, a Colônia se transformara em verdadeiro Estado autônomo, com suas próprias hierarquias religiosas, políticas, e seu próprio mecanismo de governo. A elevação do Brasil a Reino Unido de Portugal e Algarves atendia à conveniência da família real e também do Brasil, abrindo caminho a sua independência¹³⁵.

Com a Independência em 1822, inicia no Brasil o chamado Primeiro Reinado. Embora nova esta fase, não inaugurou uma ruptura com o passado, tendo resultado muito mais do processo de acomodação decorrente de uma multiplicidade de fatores, que vão da crise européia ao próprio fortalecimento do Brasil.

As influências liberais que ilustravam a Europa estavam também presentes no Brasil, mas a faceta liberal expressa no país é diferente daquela européia, o que se explica em grande parte pelo contexto de formação e desenvolvimento destas duas regiões. O liberalismo europeu foi forjado em uma realidade que combinava governos absolutistas, privilégios incomensuráveis à nobreza e ao clero e uma sociedade que excluía novos segmentos sociais formados a partir do incremento da produção industrial e do comércio. No Brasil, como afirma WOLKMER (1989, p. 97), foi "o liberalismo brasileiro canalizado e adequado a servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial". Foi um processo operado pelo próprio governo brasileiro e pela elite aqui dominante, como fruto de um processo de reordenação do poder nacional.

¹³⁵ A família real portuguesa não teria sua legitimidade reconhecida pelo Congresso de Viena realizado em 1814 para oficializar o reconhecimento das monarquias ou regimes políticos resultantes da revolução, porque estava instalada no Brasil, uma área colonial. A solução encontrada para reconhecer-lhe legitimidade sem correr os riscos de retornar a Portugal foi elevar o Brasil à categoria de Reino Unido, feito realizado em 1815.

A elite brasileira dessa fase é, na verdade, a mesma da fase colonial; a quem interessava um regime monárquico, firmado na centralização político-administrativa, garantidor da unidade nacional, uma elite aristocrata latifundiária, escravista, politicamente conservadora, defensora da monarquia e economicamente liberal, favorável à independência e crítica do Pacto Colonial. Esse é o grupo que compõe o quadro do Poder Judicial do Brasil.

A Constituição Imperial de 1824 consagrou formalmente as condições políticas em que se havia proclamado a Independência do Brasil, e constitui-se em um marco de construção do direito brasileiro, inaugurando um processo que toma vulto com a criação em 1827 dos cursos de direito em São Paulo e Olinda e com o desencadeamento do processo de elaboração legislativa própria, representado pelo Código Criminal, em 1830, Código de Processo Criminal, em 1832, e Código Comercial, de 1850 (WOLKMER, 1999, p. 85-90).

Esta legislação, de cunho liberal-conservador, estava voltada à solução dos conflitos da elite brasileira, privilegiava os direitos individuais, ignorava índios e escravos e, apesar de liberal, chancelou a manutenção da escravatura. Com respeito a certos segmentos marginais da sociedade, afirma MARÉS (1993, p.29) que a legislação mostrou-se "envergonhada", por não considerar o escravo como pessoa civil sujeita de direitos. Embora excludente e discriminatória, inaugurou um direito Brasileiro, minorando nas áreas respectivas a incidência das Ordenações portuguesas, cuja substituição definitiva só vai se dar no século seguinte, com a sanção em 1916 do Código Civil Brasileiro.

A Carta Constitucional Imperial é bastante centralizadora, inspirada no pensamento monarquista de Benjamin Constant¹³⁶. Este, temendo que a teoria da separação de poderes acabe por paralisar a ação governamental, elabora sua

¹³⁶ Henri Benjamin Constant de Rebechke, nome completo de Constant foi um constitucionalista francês do século XVIII que inspirou a Constituição imperial brasileira, mormente pela justificativa do poder moderador.

própria formulação, baseada "no princípio da neutralidade do poder real, incumbido de moderar e equilibrar a ação dos demais poderes, intervindo quando o equilíbrio recíproco fosse estremecido" (ARAÚJO, 2000, p. 25).

Constant defende o poder moderador, que fica conhecido como quarto poder, como um órgão capaz de garantir o equilíbrio em caso e conflito entre os poderes Executivo, Legislativo e Judicial. "Este quarto poder controlava os demais através do poder de prerrogativa, que permitia ao imperador sancionar resoluções, dissolver a Câmara dos Deputados, suspender os magistrados e conceder indulto ou anistia" (ARAÚJO, 2000, p. 44).

Esta Constituição consagra o princípio da separação de poderes e garante formalmente sua independência. Estruturou o Poder Judicial, fazendo-o composto de jurados, cuja função era pronunciar-se sobre os fatos, juízes de direito, nomeados pelo imperador com a função de aplicar a lei, e juízes de paz, eleitos, com funções conciliatórias¹³⁷. O Supremo Tribunal de Justiça que não funcionava como uma instância recursal, mas como uma instância de revista, representava a cúpula do poder, seguida dos Tribunais de Relação, a quem competiam os Recursos. As garantias funcionais existentes ficavam bastante esvaziadas com a prerrogativa do imperador e também com a ausência da garantia da inamovibilidade aos juízes, embora se lhes tivesse garantido a perpetuidade.

A real separação de poderes consagrada na Carta Imperial de 1824 permitiu à professora Rosalina ARAÚJO (2000, p. 60), afirmar, a respeito que "o Poder Judicial era um poder proscrito, pois sua autonomia - tanto estrutural quanto a judicial - era relativa, estando sujeita às interferências do poder Moderador."

A abdicação de D. Pedro I em 07 de abril de 1831 dá início ao período regencial. A composição política vigente naquele momento fez eclodir dois

¹³⁷ A complexidade da estrutura do Poder Judicial é mais ampla do que apresentada no texto. Para saber mais a respeito, ver entre outros, TRÍPOLI, 1936, v. 1: Época colonial.

movimentos sucessivos e opostos: o avanço liberal e o regresso. O avanço liberal ocorreu entre os anos de 1831 e 1834 e culminou no Ato Adicional à Constituição de 1824 que instituiu uma reforma liberal-descentralizadora àquela Carta, permitindo a instalação das Assembléias Legislativas Provinciais e suprimindo o Conselho de Estado previsto na Carta Imperial como um órgão de consulta do Poder Moderador, composto de conselheiros vitalícios nomeados pelo imperador, que acaba por concentrar muitos poderes, alguns próprios dos poderes Legislativo e do Poder Judicial.

Reagindo a esse movimento dá-se o regresso, resultado da pressão da classe dominante unida contra os avanços liberais, visando à sua consolidação no poder. Neste período ocorre a reforma judiciária de 1841 (Lei n. 261, de 03/12/1841) e seu Regulamento que acaba por modificar substancialmente as poucas bases liberais fincadas na Constituição de 1824, esvaziando a competência dos juízes de direito que passaram a ter como função principal na área cível a supervisão dos juízes municipais e de paz, além de outros funcionários inferiores, como tutores, testamenteiros e depositários; na área penal vêem sua competência ser destruída, porque o tribunal do júri torna-se o tribunal comum para o julgamento da maior parte dos crimes, além de definir o chefe de polícia como uma autoridade hierarquicamente superior aos juízes. Juízes de direito, promotores, juízes municipais e juízes dos tribunais superiores são nomeados pelo imperador, e podem ser por ele suspensos ou aposentados, ouvido o Conselho de Estado, recriado com a lei n. 234, de 23 de novembro de 1841 (KOERNER, 1998, p. 33-37).

Analisando a Carta Imperial e a lei que definiu as competências do Conselho de Estado, observa-se, como concluiu ARAÚJO (2000, p. 113) que: "A atividade jurisdicional no período imperial não era monopólio do Poder Judicial, mas sim um exercício dividido com o Conselho de Estado - que a exercia através do contencioso administrativo - e com o Poder Moderador, que a exercia através dos atributos constitucionais".

A função essencial do Poder Judicial ficava limitada a interpretar os atos do Poder Legislativo e a aplicá-los aos casos de direito privado que lhes eram submetidos. O Poder Judicial não tinha competência para julgar a legalidade dos atos da administração - esta era uma competência do Conselho de Estado - e tampouco para julgar as questões de interesse geral. Não lhe cabia tampouco o controle de constitucionalidade das leis, que era tido como uma função eminentemente legislativa, embora ao Conselho de Estado em determinado momento tenha sido estabelecida a competência para estabelecer a interpretação autêntica das leis, isto é, a determinação, em termos genéricos, do verdadeiro sentido ou disposição de uma norma legal, que deveria ser observado 'sem mais dúvida ou hesitação' (KOERNER, 1998, p. 43).

O Poder Judicial não tinha condições estruturais de exercer autonomamente sua função típica de prestação jurisdicional, já que seu exercício era bastante centralizado nas mãos do Poder Executivo. Deve-se considerar, no entanto, que os próprios membros do Poder Judicial nesta época não se preocupavam demasiadamente com o exercício independente de seu poder, já que na maior parte dos casos a nomeação para um cargo judiciário era a "porta de entrada" para o ingresso na carreira política imperial, cuja atividade, aliás, não era vedada aos juízes neste período. De fato, juízes exerciam freqüentemente a atividade político partidária, sendo bastante comum que estes ocupassem mais de um cargo simultaneamente.

Conforme adverte KOERNER (1998, p. 47) "na sua condição de membros dos partidos políticos e de representantes do poder central, os magistrados negociavam com os chefes políticos locais tanto no processo eleitoral, como no exercício de suas atividades normais." Sobre a função dos magistrados neste período, conclui: "a sua situação política era ao mesmo tempo a de representantes do poder imperial, de membros de um partido político, e portanto de aliados ou adversários das facções locais, e de juízes" (KOERNER, 1998, p. 48).

Nas últimas décadas do Império, mais precisamente em março de 1871, sacudido por pressões cada vez maiores de grupos sociais urbanos que vinham se fortalecendo na mesma medida do enfraquecimento da velha aristocracia escravista brasileira, tem início a Reforma Judiciária, a qual deveria abrir espaço para o Poder Judiciário que se delineia na Constituição republicana. Não obstante, KOERNER (1998, p. 100), ao analisar a Reforma aprovada afirma que a mesma "consistiu uma determinada política judiciária, pela qual foram reordenadas as relações entre o Poder Judiciário, o governo central e os poderes locais. Com essa política, foram mantidos controles sobre os indivíduos, crescentemente livres, sem que os mecanismos judiciais fossem estendidos à resolução dos seus conflitos."

Um aspecto referente à reforma que merece registro diz respeito à criação do inquérito policial, mantido nas mãos da polícia contrariamente ao que propunha o projeto liberal da reforma, a qual determinava que o preparo dos processos deveria ser atribuição dos juízes. KOERNER (1998), ao observar a reforma aprovada afirma a esse respeito que

a manutenção de atribuições discricionárias da polícia, sem controle judicial, consistiu em escolha política consciente, explicitamente reconhecida pelos defensores da reforma judiciária, que visava separar a justiça da polícia. Essa separação não estabeleceu, como afirma a interpretação corrente, a independência do Poder Judicial brasileiro; ao contrário, a reforma criou no Brasil a polícia independente de mecanismos de controle judicial mais imediato da legalidade de sua atividade. Essa escolha implicou uma espécie de estado de sítio permanente para os indivíduos livres e pobres, cujas garantias civis ficaram suspensas indefinidamente, estando eles sujeitos a procedimentos de controle policial, segundo o critério dessas autoridades. Ao mecanismo judicial, exercido por juízes profissionais, foi atribuído um papel apenas mediato, com uma ação corretiva dos excessos, e posterior a eles.

6.1.3 O Poder Judiciário na República

Com a proclamação da República e o conseqüente enfraquecimento da monarquia, o governo central vai perdendo força com vistas à implantação do modelo norte-americano de organização do Estado, baseado na existência de dois entes federativos distintos: a União e os Estados-membros.

O Poder Judiciário brasileiro havia estado durante todo o período do Brasil colônia, e depois durante o Império, baseado em poderes locais, onde os juízes eram representantes da elite local e não raras vezes exerciam concomitantemente cargos jurídicos e políticos. Os ventos liberais que varriam o Brasil com a proximidade de fim do Império, no entanto pretendiam um novo modelo de Poder Judiciário, verdadeiramente independente, autônomo e separado da política. Para tanto, uma primeira exigência era justamente afastar a influência que os chefes locais detinham sobre os membros do Poder Judiciário. Paradoxalmente, no entanto, muitas vezes os chefes locais eram também os próprios juízes, o que dificultava fortemente o processo.

Esse contexto emoldurou as discussões da Constituinte que havia sido convocada quando da Proclamação da República, com a tarefa de desenhar a primeira Constituição republicana do Brasil.

A estrutura social já não é a mesma. A elite agrária, bastante forte no Brasil imperial, passa a dividir o poder com grupos urbanos industriais de importância política e econômica crescente. Com respeito ao Poder Judicial, defendem uma magistratura independente, como forma de ampliar garantias às liberdades individuais (KOERNER, 1998, p. 88). Na prática, questiona o papel político dos juízes e sua isenção para julgar imparcialmente os casos que lhes são submetidos, a necessidade de autonomia efetiva de julgamento do Poder Judicial, garantindo-lhes independência em relação ao governo e aos poderes locais, e a necessidade de estruturação da carreira dos magistrados.

O projeto de reforma do Poder Judicial que constou da primeira Constituição republicana mesclou propostas liberais e conservadores e foi fortemente influenciado pela atuação de Rui Barbosa¹³⁸, chamado a intervir no processo quando o mesmo já estava sob análise do Governo Provisório. Rui

¹³⁸ Sobre os projetos apresentados à constituinte nos três anos anteriores a entrada em vigor da Constituição republicana, conferir KOERNER (1998, p. 150 et seq.).

Barbosa defendeu a adoção no Brasil de um governo presidencialista do tipo norte-americano, cujo exercício do poder seria dividido em três poderes independentes e harmônicos, à forma de Montesquieu, assentados em mecanismos que permitiam controle mútuo de um poder sobre outro, ensejando o sistema que a partir dos Estados Unidos ficou conhecido como *checks and balances*.

A federação brasileira, no entanto formou-se em um contexto sócio-político e histórico diferente da federação norte-americana. Ao contrário desta que teve origem em um pacto entre os Estados para criar e fortalecer um Governo central, com vistas ao fortalecimento do novo Estado independente, aquela sofreu um processo inverso. Desde sua colonização o Brasil vinha sendo governado de maneira centralizada e forte. Os estados membros aos poucos buscavam uma maior autonomia em relação ao Governo central, mas a federação não era um objetivo central neste processo. Buscava-se primeiramente a independência e, em certo sentido, o fortalecimento do Governo central era um caminho a ser trilhado para atingir o objetivo colimado.

Após a independência, durante o Primeiro e Segundo Reinados, não seria exagero afirmar que o grande projeto era a construção de uma identidade nacional e, neste contexto, muitos grupos conservadores, membros da elite que vinha se formando, defendiam a monarquia como fator de unidade nacional.

Sem que houvesse por parte dos futuros Estados-membros um movimento visando sua crescente autonomia, a federação formou-se a partir da União, que outorgou os poderes constituintes aos estados. O Poder Judiciário era uma delegação da União, que exercia a soberania sobre os Estados-membros. (ARAÚJO, 2000, p. 142). Um processo centrífugo, em que forças emergem do

centro às laterais, completamente inverso ao processo centrípeto de formação da federação norte-americana¹³⁹.

A organização judiciária veio sendo abordada pelo ângulo dos limites do federalismo, uma discussão ligada à competência da federação para legislar sobre o direito civil, comercial e penal, e respectivos processos. Segundo informa KOERNER (1998, p. 168)

formaram-se, a esse respeito, três correntes: os 'dualistas', que entregavam aos estados a competência para legislar o direito material e processual, e defendiam a organização dual da magistratura; os 'unitaristas', que defendiam a unidade da magistratura e a atribuição exclusiva da união para legislar sobre estas matérias; e os que defendiam um 'sistema misto': entregavam aos estados apenas o poder de legislar sobre o direito processual e organizar as respectivas magistraturas, atribuindo à União a legislação sobre o direito substantivo.

Os debates constituintes em torno do Poder Judiciário acabaram limitados às discussões em torno da distribuição dos poderes entre os estados e a União, que importava em um posicionamento sobre as teses acima expostas. O interessante é que os magistrados que haviam sido reconhecidos em seus postos pelo ato de Proclamação da República desaprovavam a proposta dualista temerosos de perdê-los, já que o projeto propunha duas instâncias jurisdicionais independentes tanto na forma de organização quanto na sua competência material, criando-se um Poder Judiciário federal e concedendo-se aos estados, competência para organizar seu próprio Poder Judiciário.

A tese dualista, no entanto era defendida por Campos Sales, então Ministro

¹³⁹ Esta posição referente à federação brasileira não é consensual. Tese diferente é apresentada, por exemplo, por Osvaldo Ferreira de Melo que, ao comentar a origem da federação brasileira, afirma: "se é verdade que não tivemos, com a República, uma Federação formada por Estados que tivessem abdicado de uma soberania anterior em favor de um Estado Federal, verdade é também que as antigas províncias coloniais, oriundas de entidades quase autárquicas, que foram as capitânicas, tinham um sentimento autonômico, verificado na evolução política e econômica do País" (MELO, 198?, p. 40). A ainda: "Tais origens da autonomia política que a Constituição de 1891 consagraria, emprestam uma força histórica muito grande à nossa Federação que, na verdade, longe está de ter sido arbitrariamente formada por um artifício jurídico..." (MELO, 198?, p. 43).

da Justiça, como condição para a independência do Poder Judiciário e fortalecimento do sistema federativo. Neste contexto, conforme observa KOERNER (1998, p. 174), "a discussão na Constituinte sobre o Supremo Tribunal Federal não se deu sobre a questão do controle judicial da constitucionalidade, pois os debates se concentraram sobre quem controlaria a nomeação dos ministros do STF". A tônica da liberdade e da separação de poderes esteve em segundo plano, e em razão disso, paradoxalmente, passou à Constituinte sem grandes debates, por influência de Rui Barbosa. Para ele o Poder Judiciário deveria assumir a dupla função de árbitro da federação e de guardião das liberdades e garantias individuais.

No meio dos debates em torno dos projetos e da própria constituinte, Campos Sales, temendo a vitória dos unitaristas e a reação dos próprios magistrados contrários à tese dualista, fez aprovar em 11 de outubro de 1890 o Decreto n. 848 que impôs a reforma do Poder Judiciário, adotou a tese dualista, que acabou por atribuir ao Poder Judiciário o poder de conhecer e decidir sobre a validade das leis ou dos atos dos governos dos estados em face da Constituição, e ainda, conhecer e decidir sobre as leis federais e as decisões dos tribunais dos estados que considerassem válidos esses atos ou essas leis impugnadas.

Esse modelo forneceu as bases para o Poder Judiciário adotada na Constituição republicana de 1891, a qual inaugura um novo modelo de organização do Estado brasileiro que vai afetar de forma positiva o Poder Judiciário. O Brasil abandona a forma unitária e o regime monárquico, inaugura um sistema federativo republicano fortemente inspirado nos ideais liberais norte-americanos, e recebe um Poder Judiciário também pensado sobre as mesmas bases, com a dupla função de atuar como árbitro da federação e velar pela garantia das liberdades individuais contra o arbítrio do Estado.

A competência para julgar a constitucionalidade das leis não questionou a titularidade da soberania neste novo Estado, e tampouco foi precedida de um debate em torno do modelo da separação de poderes que se pretendia adotar. Contudo não

foi acidental, tendo antes sido conseqüência natural da excessiva preocupação em torno da divisão de poder entre os novos estados federados e a União.

De todo modo, a competência atribuída ao Poder Judiciário pela carta de 1891 deu-lhe uma certa importância política, porque além do controle de constitucionalidade das leis, deveria pelo seu novo perfil atuar como árbitro no conflito entre a União e os estados da federação. Estes julgamentos, no entanto cabiam ao Supremo Tribunal Federal, cujos membros eram vitalícios e nomeados pelo Presidente da República, "escolhidos dentre auxiliares do presidente da República ou entre os membros de facções políticas aliadas a ele" (KOERNER, 1998, p. 180). A vitaliciedade, no entanto impedia uma imediata associação entre o grupo político majoritário e os membros da STF, transferindo as decisões deste órgão para negociações no âmbito político que eram sempre questionadas, como tendo sido resultado da indevida intervenção do Judiciário na política. Analisando tal situação KOERNER (1998, p. 180) afirma: "Com isso, as decisões judiciais, em especial as do STF, não cumpriam o papel de moderador das lutas políticas, que continuavam após decisões do tribunal. De forma correspondente, as lutas políticas ingressaram no STF, tornando facciosas as próprias decisões deste tribunal."

Em 1926 o Governo Provisório, reagindo aos movimentos revolucionários que vinham movimentando o Brasil desde 1922 realizou uma reforma política marcada por uma centralização excessiva de poderes nas mãos do executivo que, por força de Decreto aprovado passava a ter as atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

A Constituição de 1934, segunda da República, buscou reequilibrar os poderes, e acabou colocando nas mãos do Senado a tarefa de coordená-los, lembrando as atribuições que haviam marcado o Poder Moderador do império. É interessante observar também que a composição da Câmara dos Deputados foi modificada para incluir entre seus membros, além de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional e sufrágio universal, representante de organizações

profissionais, na forma que a lei indicar, aproximando-se assim do Senado canadense.¹⁴⁰

O Poder Judiciário manteve basicamente as mesmas competências que lhe estavam designadas na Constituição de 1891, com algumas inovações relacionadas à adoção de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade. As decisões nos casos de inconstitucionalidade passaram a exigir maioria absoluta, cabendo ao Senado Federal a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, atribuindo ao Poder Legislativo, portanto a "última palavra" pois a decisão de STF apenas após ato do Senado tinha efeito *erga omnes*.

Aos magistrados, inclusive estaduais, foram asseguradas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, tendo-lhes sido vedado o exercício político-partidário e a competência para conhecer de questões exclusivamente políticas, excluindo assim do exame jurisdicional os fundamentos políticos dos atos do Poder Público (ARAÚJO, 2000, p. 243).

A Constituição de 1937 reflete o Estado novo getulista e institui uma ordem jurídica centralizadora do poder nas mãos do Executivo. O Poder Judiciário, bem como o Poder Legislativo, são bastante enfraquecidos em suas competências, parte das quais transferidas ao Poder Executivo.

Desde o ponto de vista organizacional, são muitas as inovações trazidas ao Poder Judiciário, desde a nomenclatura da Corte Suprema até a criação da justiça do trabalho e de uma justiça especial, além da supressão da Justiça Federal de primeira instância e a omissão com respeito à justiça eleitoral. A análise pontual destas disposições, no entanto passa ao largo deste trabalho.

¹⁴⁰ Conferir a esse respeito seção 5 sobre o direito canadense.

É importante notar, no entanto, que a centralização de poderes em torno do Executivo acaba por impor limitações ao exercício livre e independente dos outros dois poderes constitucionais. Assim, por exemplo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal voltam a ser nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Conselho Federal, um órgão criado para absorver as funções do extinto Senado Federal. Determina-se ainda que o Presidente e o vice-Presidente daquela Corte, também nomeados pelo Presidente, assumiriam seus postos por tempo indeterminado (ARAÚJO, 2000, p. 265).

No que se refere à função de guardião da Constituição, a atuação do Poder Judiciário é igualmente tolhida. Nesse sentido, é certa a afirmação da professora Rosalina ARAÚJO (2000, p. 281) que constata: "Em relação ao sistema de controle de constitucionalidade das leis, a Constituição de 1937 representou um verdadeiro retrocesso à supremacia do Poder Judiciário. A lei declarada inconstitucional poderia ser objeto de reexame pelo Poder Legislativo, se o Presidente da República entendesse necessário ao bem-estar do povo ou da defesa de interesse nacional".

Em 1946 buscava-se restaurar o equilíbrio entre os poderes, fortalecendo para isso as competências dos poderes Legislativo e Judiciário. Instituiu-se a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, suprimiu-se o sistema de reapreciação pelo Legislativo de leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, definiu-se que os órgãos de direção do Poder Judiciário seriam ocupados por membros eleitos por seus pares, entre presidentes, vice-presidentes e corregedores de Justiça (ARAÚJO, 2000, p. 287).

Ao processo de fortalecimento do Poder Judiciário e do Poder Legislativo operados pela sociedade a partir de 1946 e garantidos pela Constituição deste período, seguiu-se um novo período de profunda centralização de poder nas mãos do executivo, por obra de uma intensa militarização de toda a sociedade, operada a partir do Golpe de 64 e medidas posteriores, que buscaram legalizar os atos do novo governo militar, especialmente o Ato institucional n. 05/68 e a Emenda Constitucional

n. 07/77, conhecida por Pacote de Abril. Analisando este período, professora Rosalina ARAÚJO (2000, p. 356) conclui que

a sucessão entre atos de natureza revolucionária e providências legislativas, adotados através de emendas constitucionais, provocou um esfacelamento geral na estrutura do Poder Judiciário, ora prevalecendo as garantias tradicionais da magistratura, sempre restauradas através de emendas, ora os efeitos remanescentes dos atos institucionais, especialmente do ato institucional n. 05/68, que suspendia integralmente estas garantias. Esta situação, já constatada no próprio texto de 1967, tornou o Poder Judiciário acentuadamente vulnerável à ação revolucionária, refletindo-se sobre a eficácia de duas decisões, principalmente as superiores.

O período militar brasileiro oscilou entre momentos de profunda tensão, especialmente durante o Governo Emílio Médici, e períodos de distensão, a partir de Ernesto Geisel, mas com maior intensidade durante o Governo de João Baptista Figueiredo. Apesar desta oscilação operou-se durante o período da ditadura um verdadeiro desmanche da sociedade civil brasileira.

A separação sobre cujas bases estava estruturado o foi esfacelada, com o fortalecimento e a centralização do Poder Executivo. Os poderes Legislativo e Judiciário também oscilaram entre momentos de coragem em que buscaram contrapor-se aos desmandos do Governo e momentos de apatia e, por que não dizer, cumplicidade, em que omitiram-se frente aos descabros do Governo militar. A organização do estado brasileiro, no entanto foi esfacelada, não apenas pela força do Poder Executivo, mas pela excessiva militarização da vida civil, operada e controlada pela Lei de Segurança Nacional, e pela própria insegurança do aparelho judiciário, tolhido em sua competência pela instituição da justiça militar, competente para julgar crimes de natureza política ou que contrariassem a Lei de Segurança Nacional.

6.1.4 O Poder Judiciário da Constituição de 1988

A promulgação da Constituição de 1988 foi o ápice de um período iniciado em 1979 com a abertura iniciada por Geisel e operada a partir de João Baptista

Figueiredo, passando pelo movimento das Diretas-Já em 1984, a eleição via colégio eleitoral de Tancredo Neves e a posse de José Sarney em 1985. Culminou com a eleição direta de Fernando Collor de Mello, em 1989, já sob a vigência da nova e atual Carta Constitucional.

A Constituição de 1988 precisou reestruturar as bases do estado democrático e do estado de direito brasileiro, quebradas durante a ditadura. Entre muitos caminhos que precisaram ser adotados, a Carta consagrou a plena autonomia e independência do Poder Judiciário como meio assecuratório de efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivas consagrados na nova Constituição; como árbitro da federação e, principalmente, como poder encarregado de velar pela guarda, respeito e efetivação da própria Carta Constitucional brasileira.

As garantias constitucionais asseguradas ao Poder Judiciário não operaram por si só, como num passe de mágica, a autonomia e independência deste Poder. O fortalecimento do Poder Judiciário é um processo, lento e duradouro, mas que tem seu início marcado pela promulgação da Carta Magna vigente. Esse documento confirma as garantias da magistratura, amplia o papel do Ministério Público, que deixa de ser o "acusador", o "representante da sociedade", para atuar como garantidos da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Art. 127, caput da Constituição Federal).

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, a constituição inova em alguns pontos, embora não tenha ousado a ponto a transformar o STF em corte exclusivamente constitucional. Incumbe-lhe expressamente a guarda da Constituição, mas mantém para si algumas competências que poderiam não lhe ser próprias. Seja como for, a Carta vigente é resultado de uma luta vitoriosa da sociedade civil organizada, bem como de instituições governamentais ou não governamentais, para colocar o Brasil no rota dos países democráticos, e, mais do que isso, entre os Estados onde se consagra não apenas formalmente, mas materialmente o estado de direito.

O equilíbrio de forças desenhado pela Constituição de 88 pode ser frágil, se não apoiado pela sociedade brasileira, como tem se demonstrado frágil nas recentes crises da Argentina e da Venezuela. Em conseqüência, o eficaz equilíbrio entre os poderes de estado é condição essencial à consolidação do estado democrático de direito, e é justamente uma das faces desse equilíbrio que se vislumbra quando se analisa a extensão e os limites da atividade jurisdicional.

6.2 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DE *CIVIL LAW*

A formação do Poder Judiciário brasileiro está inserida no processo de formação do próprio país, desde a colônia, passando ao Império, e posteriormente à República. O Brasil, assim como Portugal, orientou-se sempre pela filiação ao sistema romano-germânico, cujas bases foram explicitadas na seção anterior. Após a proclamação da República, no entanto, com a adoção da forma federativa de Estado, vê-se que ele se aproxima da organização do Estado norte-americano, tendo havido neste processo influência decisiva de Rui Barbosa.

Embora não se possa negar tais influências, é necessário perceber-se que o direito privado, sob cujas bases constituem-se os sistemas jurídicos no século XIX e na primeira metade do século XX, foi fortemente influenciado pelo direito francês, sendo o Código Civil Brasileiro, datado de 1916 e ainda em vigor, totalmente inspirado no Código Napoleônico de 1804.

Somente no século XX o chamado direito público nos países que seguem a tradição romano-germânica passou a ter maior influência, tendo em conta especialmente o período após a Primeira Guerra Mundial, a partir do qual o passará a ter seu perfil redesenhado, de forma a responder aos grandes desafios sociais, políticos e econômicos que perpassam toda a segunda metade do século XX.

A partir da preponderância do Estado na política, na economia e também na sociedade, desenha-se um novo perfil do direito público, especialmente do direito constitucional e, neste, o papel do Poder Judiciário vai se redesenhar, não apenas

no Brasil, mas em todo o mundo.

A maior intervenção do Estado na sociedade e na economia após as Grandes Guerras, a crescente importância das Cartas de direitos e liberdades, o fortalecimento das Constituições como Lei Maior, superior a todas as demais e vinculante de todos os poderes respingaram no Brasil, que histórica e tradicionalmente havia adotado as bases do sistema romano-germânico. A função do Poder Judiciário brasileiro, no entanto também sofreu profunda influência do modo de organização e separação de poderes norte-americano.

Embora tivesse seguido o modelo americano de Federação e República, a história do Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito ao tema do controle de constitucionalidade das leis, preponderante no sistema norte-americano, não foi o foco central das preocupações da magistratura no Brasil. Seu papel como guardião da Constituição esteve consagrado em quase todas as Constituições do período republicano, mas apenas com a Constituição promulgada em 1988 a discussão deste tema toma corpo, com a intensidade que a importância do tema merece.

Entre outras modificações, a Carta de 88 criou o Superior Tribunal de Justiça como instância superior de decisão, deixando ao Supremo Tribunal Federal a atribuição central de guardião da Constituição.

É certo que os constituintes não ousaram tanto quanto deviam, mantendo entre as competências do Supremo Tribunal Federal para julgar casos comuns em situações que poderiam exigir foro especial, além de algumas atribuições externas à de corte constitucional. Não obstante, foi com a Constituição de 1988 que o STF dá seus definitivos passos com vistas à assunção de seu papel como guardião da Constituição. Esse seu novo papel impõe o redesenho da separação de poderes no Brasil, historicamente um Estado cujo poder esteve bastante centralizado nas mãos do chefe do Poder Executivo.

O sistema difuso de controle da constitucionalidade prevê que no Brasil o juiz de primeira e segunda instância deva se pronunciar incidentalmente sobre

questões atinentes à conformidade constitucional de qualquer norma editada pelo Poder Público. Além deste controle, o Supremo Tribunal Federal exerce ainda o chamado controle concentrado, para situações em que a lei em tese é questionada, sob o argumento de ser contrária a um dispositivo constitucional.

Este poder diluído entre os membros da magistratura em suas diversas espécies e instâncias, aliado ao poder do Supremo Tribunal Federal de declarar inconstitucional norma editada por outro poder da República, seja ele Executivo e Legislativo, importa na discussão da forma de exercício e dos limites da separação de poderes no Brasil. Além disso, impõe uma discussão acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário ao apreciar atos do Poder Público editados segundo todas as formalidades exigidas pela própria Carta Federal.

O Brasil, integrante da família romano-germânica, tem um sistema jurídico firmemente assentado na lei escrita. Sua fonte principal de direito é a lei, vista como manifestação legítima dos poderes constituídos, a qual proposta por representantes legítimos eleitos pelo povo deve traduzir a chamada vontade geral, de inspiração Rousseauiana.

De fato, a lei escrita, votada e aprovada pelo Congresso Nacional, é a fonte prioritária do direito brasileiro. Mas não é a única. Além da lei oriunda do Poder Legislativo, também espécies normativas de iniciativa do Poder Executivo, desde que obedecidas às determinações constitucionais e legais, também são consideradas fontes de direito. Após a lei, por ordem de importância, segundo disposição constante do Artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, estão a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

A discussão das fontes de direito não são objeto central deste trabalho, mas duas destas fontes, a jurisprudência e a lei, devem ser discutidas para que se possa definir e dimensionar o papel do Poder Judiciário no atual sistema de funcionamento do Estado brasileiro.

A lei é fonte primária e principal de todo o direito existente. Ao contrário de

sistemas jurídicos filiados à tradição de *common law*, a lei, como expressão do Poder Legislativo, legítimo, é a fonte principal do direito, devendo dar uma solução a toda situação fática que se apresente. Ao Poder Judiciário cumpre exercer a função jurisdicional, ou seja, dizer qual o direito a se aplicar no conflito exposto. Não é permitido ao Poder Judiciário deixar de julgar alegando para tanto a inexistência de lei que regule determinada situação, em virtude de ficção de completude que embasa os sistemas jurídicos romano-germânicos.

O juiz frente à lei posta deve, portanto, interpretá-la. Os limites do ato interpretativo constituem uma das principais questões de política jurídica no mundo romano-germânico. Ninguém mais discute as possibilidades interpretativas ou os métodos que estão colocados nas mãos dos intérpretes. Busca-se definir limites e possibilidades do ato interpretativo, tendo-se em conta a função e a legitimidade de cada um dos poderes dentro do Estado.

A interpretação da norma é atitude corrente em toda atuação jurisdicional. A questão adquire maior complexidade a partir do momento em que passa a caber ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato editado pelo Poder Público. O Supremo Tribunal Federal ao analisar a constitucionalidade de uma norma, seja através de recurso extraordinário em um caso concreto, seja por meio de qualquer dos mecanismos que lhe permita decidir sobre a constitucionalidade de lei em tese, estará julgando um outro poder de estado, cuja legitimidade está assentada em bases mais objetivas (eleições, mandato temporário, mecanismos de controle mais apropriados, etc.) que as que fundamentam o próprio Poder Judiciário. Daí decorre um déficit de legitimidade do exercente do Poder Judiciário em efetivar o controle de constitucionalidade. Além deste, há também a questão da função deste poder, em um sistema que consagra a independência e a harmonia entre os poderes de estado.

6.3 PROPOSTA DA SÚMULA DE EFEITO VINCULANTE

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 96-D de 1992, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, teve início em 1992 e foi aprovada em 07 de junho de 2000 pela Câmara dos Deputados. Iniciou-se com um projeto do Deputado Hélio Bicudo para transformar alguns pontos específicos da organização judiciária brasileira (PEC n. 96/92), foi aditado para contemplar o controle externo do Poder Judiciário (PEC n. 112/95), e substituído por uma Emenda Substitutiva do Deputado Jairo Carneiro, por meio da qual incluiu-se a proposta da adoção da súmula vinculante, entre outras.

O texto aprovado propõe inúmeras alterações relativas à organização e funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, entre as quais pode-se nominar as seguintes: direito à celeridade processual (art. 5., LXXVIII), criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 92, I A), exigências maiores para os candidatos a ingresso na magistratura, bem como para promoção por antiguidade e merecimento (art. 93 e incisos), suspensão de subsídio (vencimentos) no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais (art. 95, III), quarentena (art. 95, V), previsão expressa de perda de cargo em casos de desídia ou negligência (art. 95, § 2.), criação do juízo arbitral (art. 98, § 4.), prerrogativa de foro privilegiado restrita aos ocupantes de cargos, enquanto no exercício do mesmo (art. 102, I, b e c), ampliação da legitimidade ativa para propor Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 103, *caput*); criação pela Justiça Federal de órgãos itinerantes (art. 107, § 2.); prerrogativa de foro à Justiça Federal nos casos que envolvam grave violação dos direitos humanos, quando suscitado pelo Procurador-Geral da República (art. 109 § 5.), submissão à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, nos casos em que tenha havido adesão do Brasil (art. 109, § 6.), extinção dos juízes classistas (art. 112, com nova redação), criação de varas especializadas para apreciar as questões agrárias (art. 126, *caput*), criação do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A), extinção dos Tribunais de Alçada estaduais (art. 41 PEC), entre outras.

Tais modificações foram propostas visando reestruturar o Poder Judiciário brasileiro, tornando-o mais célere, acessível e eficaz. Análises acuradas das modificações já aprovadas ainda se fazem necessárias e, em muitos casos, apenas a implementação poderá possibilitar um julgamento acertado. As duas situações, no entanto passam ao largo do presente trabalho e por esta razão não são realizadas.

Interessa à pesquisa as modificações propostas relativas ao efeito das decisões do Supremo Tribunal Federal, especificamente com respeito ao alcance das decisões tomadas em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, além das súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal. Esses itens são abordados no trabalho, com o propósito de demonstrar que não se constituem em simples modificações referentes ao alcance das decisões da corte superior. Ao contrário importam na modificação do equilíbrio de poderes em que está assentado o estado democrático de direito, e na imposição de uma nova função a ser atribuída ao Poder Judiciário, que extrapola as tradicionais próprias deste poder na *civil law*, consagrada pelo Poder Constituinte na Constituição Brasileira de 88

As modificações constam dos Artigos 12 e 14 da PEC 96-D, em anexo, os quais dão nova redação a Art. 102 e incisos da Constituição Federal, além de incluir o Art. 103-A, conforme se pode observar do anexo 01. Considerações relativas aos dispositivos indicados são realizadas na seção 07.

7 SISTEMA JURISDICIONAL MISTO BRASILEIRO

Common Law e *Civil Law* são sistemas jurídicos distintos, embora ambos tenham tido em alguns momentos o *jus commune* como ponto comum. Suas construções deram-se de forma paralela e em seus desenvolvimentos houve momentos de maior ou menor aproximação, mas a abordagem que realizam sobre o direito e suas concepções a respeito do papel do juiz no exercício da prestação jurisdicional é substancialmente diferente. Embora seja possível identificar o objetivo comum de prestação jurisdicional adequada, de forma a pôr fim à solução de conflitos e tornar possível a convivência no seio da sociedade, cada um dos sistemas privilegia, pode-se dizer, um método próprio para atingi-lo. O sistema *common law* está centrado no processo, quer dizer, nos mecanismos através dos quais vai-se obter a prestação jurisdicional, enquanto o *civil law* procura a correta e isonômica aplicação da lei, para a boa solução legal.

O sistema jurídico canadense é, como se viu, um sistema híbrido, resultante da existência e funcionamento paralelos dos dois modelos acima referidos em um único sistema jurídico nacional. A compreensão do padrão canadense depende da análise de algumas das características específicas desses dois tipos analisados a partir de seus modelos paradigmáticos, quais sejam, os sistemas jurídicos da Inglaterra, Estados Unidos e França. O Canadá, no entanto apresenta suas especificidades históricas, as quais condicionaram o sistema nacional e explicam em parte a adoção, ainda que dificultosa, do sistema canadense misto.

7.1 ORIGEM E FORMAÇÃO

O modelo *civil law* inspira-se no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano e tem sua expansão facilitada pelo fato de não estar ligado à afirmação de um específico poder político ou à centralização do poder soberano. Afirma-se como um direito

erudito, estudado nas Universidades, assente em bases racionais que questionam as determinações de ordem divina preponderantes na época.

O modelo *common law* ao contrário esteve desde o início ligado à Inglaterra. É o direito comum desse Estado, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região (GILISSEN, 1995, p. 207). Forma-se a partir dos costumes dos povos que integravam aquele território antes da própria formação do Estado moderno liberal inglês, sendo por isso normalmente considerado um direito consuetudinário.

A origem diversa justifica algumas das diferenças existentes entre estes dois modelos, mas é preciso relacioná-los ainda ao processo de transição do absolutismo para o liberalismo, e compreendê-lo à luz do papel que os juízes exerceram na Inglaterra e França nos períodos próximos da Revolução Gloriosa e da Revolução Francesa, tomadas como marcos históricos deste momento de passagem.

A história inglesa é de certa forma também a história dos conflitos existentes entre Rei e Parlamento, na busca do poder político. Cedo o Parlamento busca enquadrar o poder soberano dentro de limites admissíveis à sociedade inglesa da época. Assim o rei, já no século XIII, com a edição da Magna Carta, busca apoio dos nobres para custear a manutenção do governo e administrar o Estado nascente. Para tanto, lhes reconhece alguns privilégios, limitando em conseqüência seu próprio poder, antes tido por ilimitado. No século XVI e XVII, com a *Petition of Rights* e a *Bill of Rights*, o Parlamento limita o poder do soberano, obrigando-o a exercer suas prerrogativas respeitando os direitos individuais. É também na Inglaterra que primeiro se fortalece a classe burguesa, como uma classe rica desprovida de poderes políticos por sua origem plebéia. Em conseqüência, em sua fase contemporânea o Parlamento, pela força da Câmara dos Comuns, já pressiona o rei a não aumentar impostos e fazê-lo respeitar certas regras comuns, existentes "desde sempre".

Neste quebra-cabeças os juizes estiveram em muitas oportunidades ao lado do Parlamento, lutando para estabelecer e fazer cumprir regras que obrigassem a todos, inclusive ao Soberano. Estas regras, no entanto eram baseadas nos costumes, de forma que as soluções jurídicas postas as tomavam como ponto de partida na tomada de decisões, constituindo o que se considera o direito inglês que é, sobretudo, um direito judiciário. A especial posição do Parlamento na sociedade inglesa fez viger na Inglaterra o princípio da soberania parlamentar, segundo a qual "Le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme¹⁴¹" (BRUN; TREMBLAY, 1997, p. 614).

Os Estados Unidos nascem profundamente influenciados não apenas pelo direito inglês como também por toda a organização política daquele Estado. Suas especificidades, no entanto, acabam impondo-lhe a busca de soluções diferentes para situações novas decorrentes da forma de Estado adotado, da inexistência no Estado recém formado de um poder soberano facilmente identificado, e ainda da impossibilidade de os costumes imemoriais que formavam a base do sistema jurídico inglês solucionarem de forma satisfatória os novos conflitos postos, no vasto território a ser conquistado.

Muitas razões impulsionam os Estados Unidos para a adoção de uma Constituição suprema e escrita, bem como o delineamento de um sistema jurídico que, embora identificado ao *common law*, tem traços diferentes e específicos para o povo do novo território. Os magistrados participam intensamente desse contexto, primeiramente atuando como juizes das causas que envolvem conflitos entre colônias e metrópole, em seguida como árbitros da federação recém instaurada, e, por último, como guardiões da Constituição que fundou o Estado norte-americano. Em consequência ali os juizes acabam por adquirir poderes que até então não se lhes havia determinado em nenhum outro Estado.

¹⁴¹ O Parlamento pode tudo fazer, salvo transformar homem em mulher.

Finalmente, é preciso entender a posição dos juízes na França do *Anciën Régime* para que se possa compreender a posição francesa a respeito do Poder Judiciário. Na França absolutista anterior à Revolução Francesa cargos jurídicos são mercadorias que podem ser negociadas, e os juízes compõem um grupo aristocrático que costumeiramente sustenta os interesses da aristocracia rural e nobiliária contra os interesses do povo. Com a Revolução Francesa há o desejo de ruptura com o regime até então vigente, busca-se garantir uma nova França alicerçada sobre bases diferentes daquelas até então estabelecidas. O chamado terceiro-estado estará pela primeira vez no poder, e é natural que procure estabelecer novos princípios que lhe dê segurança e estabilidade. O novo regime instaurado na França pela revolução tem como marcos constitucionais a adoção pela França de uma Constituição escrita e a Declaração dos Direitos do Homem, documentos onde se pode identificar facilmente a consagração do indivíduo e a limitação do exercício do poder político.

Neste contexto, a lei tida como expressão da vontade geral, e o Poder Legislativo formado por legítimos representantes do povo, devem ser os guardiões da liberdade neste novo Estado. Busca-se limitar a atuação do juiz, de maneira a torná-lo mero aplicador da lei, vale dizer, da vontade do povo. O ideal da magistratura francesa do período pode ser compreendido nas palavras do próprio Montesquieu, para quem os juízes são apenas "la bouche que prononce les paroles des lois"¹⁴². Em contrapartida o Poder Legislativo era o intérprete da vontade do povo, razão pela qual também na França soberano é o Parlamento, cabendo a ele o controle de constitucionalidade das leis.

¹⁴² A boca que pronuncia as palavras da lei.

7.2 LEI E PRECEDENTE

Além da posição histórica dos juízes, o racionalismo sobre cujas bases constrói-se o *civil law* também ajuda a explicar a função da lei como elemento central do sistema.

A Reforma contribui para o enfraquecimento do Poder da Igreja. O Humanismo fortalece o Homem como ser individual. O racionalismo aliado ao iluminismo desloca o conhecimento e possibilita a explicação do mundo fora de Deus, como um todo ordenado e racional. Os direitos individuais próprios do liberalismo, os direitos políticos do cidadão, passam então a ser estabelecidos pela lei, seja ela uma lei constitucional, seja uma Declaração de Direitos.

O questionamento do poder divino e a crença em uma lei natural de origem não divina, aliados ao fortalecimento do Estado-nação fundado em um novo conceito de soberania secular, acaba por conduzir à formação de sistemas jurídicos nacionais, que constrói seu direito privado à luz do sistema romano-germânico.

O Direito cada vez mais deixa de ser visto como instrumento na busca de soluções justas, passando a ser identificado com a expressão da soberania estatal, encontrando na codificação a racionalidade que procurava para fortalecer-se. De fato, a codificação prometia reunir em uma única lei todo o direito privado de um determinado Estado, além de consagrar a este Estado agora secular e não mais absoluto, o monopólio na elaboração das leis que se impunha a todos quantos submetidos à sua soberania.

A concepção racional e o processo de codificação que dão formato final ao sistema romano-germânico embasam o sistema jurídico do Quebec e inspiram o direito brasileiro. Estabelece a lei como fonte primordial do direito, e em conseqüência considera que a lei deve prever e oferecer solução a todo conflito, fornecendo subsídios para que o juiz ao aplicá-la, a fim de prestar adequadamente a função jurisdicional e realizar a Justiça.

O modelo codificado facilita a compreensão do Direito como um sistema, porque reúne em um mesmo texto, com técnicas próprias, toda a legislação que trata de um mesmo assunto. Esta apresentação como um todo ordenado, composto de argumentos que derivam logicamente uns dos outros, é pressuposto da noção de sistema.

Desde uma análise simplista, mas bastante difundida e ainda hoje majoritária na tomada do processo decisório, a prestação jurisdicional deve se dar com a simples aplicação de um raciocínio silogístico do tipo aristotélico, onde a lei é norma geral e deve fornecer a premissa maior, a situação de conflito é a premissa menor e deve encaixar-se na regra geral definida na premissa maior, e a decisão é a conclusão do raciocínio, derivando logicamente do mesmo.

O papel do juiz ideal aos olhos dos racionalistas seria o de aplicador mecânico das leis. As leis por sua vez formam um sistema consistente, coerente e completo, capaz de fornecer uma resposta certa a todo conflito que lhe é submetido¹⁴³.

Vige neste sistema o princípio do *non liquet*, que impõe ao juiz o dever de solução e o impede de abster-se de julgar sob alegação de inexistência de lei sobre o assunto. As leis devem dispor sobre todas as situações, razão pela qual sua redação deve ser tão genérica quanto possível, a fim de possibilitar que diferentes situações possam ser abrangidas por uma só norma.

Além do dogma da completude, o ordenamento jurídico para ser eficiente deve conter um grande valor informativo, o que só torna possível quando a partir de suas normas seja possível distinguir condutas permitidas, obrigatórias e proibidas. Dito de outra forma, o sistema deve ser coerente, no sentido de que deve evitar ao máximo antinomias e, em as havendo, deve ser capaz de solucioná-las, através de um processo de interpretação ou, em último caso, de ab-rogação de uma norma.

¹⁴³ Sobre os conceitos de coerência, consistência e completude, conferir nota de rodapé n. 76

A necessidade de coerência e completude do ordenamento no sistema de *common law* não se apresenta da mesma maneira porque nos países que a adotam há fontes de direito distintas, como os costumes, que não são considerados apenas supletivas, e há também a própria posição do juiz, que não é apenas um intérprete, mas um construtor, um arquiteto do sistema, cabendo-lhe suprir, por suas decisões, incoerências e incompletudes que se apresentam.

A lei, no entanto, tem sido desde o Estado Moderno substancialmente o resultado de um trabalho legislativo, de maneira que o funcionamento ótimo de um sistema jurídico romano-germânico prevê a elaboração pelo poder competente, a execução (em cada dia com mais força também a legislação) por parte do Poder Executivo, e a aplicação da Lei como atribuição do juiz.

Na prática, como se vê, sabe-se que o sistema não é em seu todo coerente e completo. Mesmo assim a ficção é importante porque sustenta a validade do sistema, dada por um mínimo de eficiência do conjunto (KELSEN, 1990, p. 36). Ou seja, a ficção é necessária para que a sociedade possa agir acreditando na eficiência do sistema, sem o qual, aliás, estaria ameaçado o convívio social e a própria noção de Estado. É justamente em nome dessa eficiência que admite-se que o juiz rompa os limites impostos pela aplicação da lei, procedendo à interpretação da mesma, de forma a dar completude e coerência a situações para as quais o sistema não previu soluções.

Aplicação e interpretação da lei se dão por processos de raciocínio dedutivo, partindo-se de regras gerais (lei) para solucionar casos específicos. Na realização deste raciocínio está em essência a função do juiz. Dito de outra forma, o funcionamento ótimo do sistema é refratário à intervenção do juiz além dos limites de aplicador e intérprete.

Admite-se em alguns casos a integração do direito pelo juiz, a fim de preencher lacunas que comprometam a eficiência do sistema. Não obstante, é preciso se ter em conta que a construção do direito pelo juiz pressupõe na verdade o

mau funcionamento do sistema. Esta é talvez outra razão para explicar seu papel bem menos importante nos países de *civil law* do que nos países de *common law*.

Os argumentos acima são puristas, porque explicam o funcionamento ótimo do sistema romano-germânico. Em maior ou menor grau, no entanto, assume-se que o ordenamento se completa com a atuação do juiz, e mesmo o magistrado menos ativista depara-se com situações onde sua intervenção é necessária para que o sistema funcione. De qualquer maneira, ainda que se admita que os juízes não ajam sempre como meros aplicadores, este subterfúgio é importante para, de um lado, garantir a independência do Poder Judiciário com relação ao Legislativo e, de outro lado, tornar crível a eficiência do sistema jurídico. A ficção atribui segurança ao sistema e, no fundo, é seu próprio sustentáculo.

Partidária desta tese é a advertência de François RIGAUX (2000, p. 137), para quem "a idéia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida. Sob sua variante mais perversa, essa doutrina apresenta a motivação do julgamento como um raciocínio factício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso de justiça ou a equidade do magistrado".

A situação é bastante diversa nos países de *common law*. Este sistema está baseado nos chamados *cases*, casos julgados pelas cortes superiores, em cujo procedimento para a tomada de decisão leva-se em conta situações fáticas e jurídicas conflituosas que dão origem a decisões, as quais, obedecidos alguns requisitos, acabam por constituir-se em precedentes.

A construção de precedentes prescinde da lei. Parte-se de casos concretos, analisa-se a semelhança dos fatos já julgados com o caso presente, constrói-se uma regra geral, a qual será aplicada a outros casos semelhantes no futuro, por força da doutrina do *stare decisis*.

Em alguns casos, a partir dos precedentes pode-se constituir *legal rules*

que farão os papel semelhante ao que é atribuído à lei nos países de *civil law*, com a diferença de que seu fundamento e ponto de partida são casos concretos que fornecerão excepcionalmente uma regra geral como decorrência de um raciocínio indutivo. Nas precisas palavras de Jorge LOBO (1990, p. 44), "a norma francesa é necessariamente mais ampla que a inglesa". Para afirmar ainda que "do ponto de vista inglês, a norma jurídica francesa está situada no nível do princípio jurídico. (...) A *legal rule* inglesa se nos apresenta, pelo contrário, como uma aplicação particular, realizada pelo juiz, de uma norma jurídica".

Ainda que suas bases sejam os costumes e os precedentes, existem também na Inglaterra e nos outros países da *common law* as chamadas *statutes*, cujo número vem aumentando nas últimas décadas em razão da complexidade crescente da sociedade e a qualidade de conflitos que vem produzindo, cuja solução demanda uma forte atuação do Estado, que muitas vezes deve atuar de forma preventiva.

As *statutes* assemelham-se a leis escritas e geralmente têm origem no Parlamento, mas sua função não é a mesma da lei da *civil law*. Na verdade ela é percebida de forma diferente pelos juízes formados no sistema *common law*, cujo raciocínio é construído de forma indutiva. Nos casos em que a aplicação de uma *statute* é apropriada, os juízes tenderão a considerá-la apenas subsidiariamente, para completar precedentes já existentes sobre o assunto, "aclarar ou retificar, em casos específicos, os princípios assentados através do trabalho dos juízes" (STRECK, 1998, p. 42).

Este modelo pode ser aceito como sistema apenas em razão da existência dos *law reports*, que condensam as decisões mais importantes e publicam-na, de forma a estabelecer os precedentes. Ao contrário do modelo romano-germânico em que o instrumental principal é a lei impessoal, tão abstrata e genérica quanto possível, o juiz de *common law* não se baseia fortemente na lei para tomar suas decisões. Procura identificar os fatos descritos e decisões judiciais anteriores para

produzir uma decisão justa. Todo o sistema está então erigido em torno da figura do juiz, o qual acaba por construir o direito. Não há que se considerar submissão à lei, já que são as próprias decisões judiciais que embasam outras decisões judiciais. Fala-se em conseqüência do juiz como o arquiteto da lei.

Ressalte-se, no entanto que o juiz em seu pronunciamento não é soberano. Na Inglaterra a última palavra caberá sempre ao Parlamento que poderá legislar sobre qualquer assunto e, se for o caso, modificar uma decisão judicial, através de demanda específica neste sentido encaminhada à Câmara dos Lordes. Este procedimento é, no entanto, bastante raro.

A estrutura das decisões norte-americanas obedece aos mesmos princípios acima descritos, devendo-se considerar, no entanto algumas circunstâncias específicas: a existência de uma Constituição suprema e escrita, que limita a atuação de todos os poderes, a forma federativa do Estado norte-americano, que desde o início impôs uma flexibilização dos precedentes, e a existência de um número muito maior de leis escritas que também relativiza a construção da decisão judicial baseada apenas em *cases*.

Da posição dos juízes em ou e outro sistema, depreende-se a forma como a doutrina do *stare decisis* é recepcionada em cada caso. Juízes nos países da *civil law* não estão limitados ou obrigados por precedentes, vale dizer, por soluções dadas a *cases* (casos solucionados). As leis, e não os precedentes, são supremos, porque a matéria-prima principal do sistema é o conjunto de leis, como fruto da vontade legislativa (do povo). Decisões judiciais anteriores podem ser consideradas fontes de direito, mas apenas subsidiariamente, porque sua assunção de outra forma (como fonte principal, por exemplo) desmistificaria todo o sistema, baseado justamente na ficção da completude legal. Decisões judiciais, consideradas jurisprudência devem ter apenas um caráter supletivo e, sobretudo, devem ser persuasivas e não obrigatórias. Há, todavia, regras que vinculam decisões judiciais, visando a segurança do sistema, como decisões de cortes superiores que obrigam

cortes inferiores, mas elas não são absolutas ou muito rígidas, tendo em conta a prioridade da lei no sistema e a função que a mesma exerce na realização do direito em cada país.

No sistema de *common law* as cortes extraem princípios de direito de decisões prévias existentes, e transferem estas razões ao caso que lhes é submetido. A rigidez com que os juízes estão obrigados por precedentes já estabelecidos varia de um sistema a outro, mas, em todos, os precedentes constituem-se na matéria-prima da decisão. A obrigatoriedade dos precedentes é mais rígida na Inglaterra, justamente porque lá o princípio de direito consuetudinário é mais puro, a estrutura do Estado é centralizada e o número de *statutes* é bem menor do que nos Estados Unidos e no Canadá.

A adesão a um precedente no processo decisório pode apresentar problemas e levar a soluções insatisfatórias, razão pela qual há técnicas por meio das quais é possível afastar-se de um precedente consagrado sem torná-lo ineficaz. Basicamente utilizam-se dois procedimentos: a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, já explicitada na seção 3 e o *distinguishing*.

A recusa à adesão aos precedentes, no entanto deve ser exceção, porque a segurança e a certeza do sistema, que na *civil law* dependem da lei, estão na *common law* baseadas nos precedentes. São eles organizados em repertórios que fornecem a segurança e a certeza necessárias ao sistema.

7.3 CONSTITUIÇÃO ESCRITA E PODER JUDICIÁRIO

Inglaterra e Estados Unidos são países de *common law*, enquanto a França é um país de *civil law*. Não obstante na Inglaterra e na França vige o princípio da soberania parlamentar, enquanto nos Estados Unidos o Poder Legislativo está limitado pelas regras constantes da Constituição. Os três países foram exemplos de , assentado nos princípios de limitação dos poderes do soberano, garantia de direitos individuais e tributários das teorias de Locke e

Montesquieu que inspiraram os princípios da separação de poderes. A construção teórica, no entanto, foi recepcionada de forma diferente em cada um destes países que desenharam à sua maneira mecanismos eficientes de freios e contrapesos, de maneira a contemplar Montesquieu.

Na Inglaterra o Parlamento é soberano e não se encontra limitado por regras constitucionais positivas, tendo em vista a ausência de uma Constituição rígida que limite a atuação de todos os poderes. Em consequência, não há que se falar em controle da constitucionalidade das leis. O Poder Judiciário segue o modelo *common law*, construindo suas decisões a partir de *cases*. A modificação de decisões judiciais "para o futuro" pode em alguns casos partir do próprio Poder Judiciário, mas a forma ordinária é sempre a via legislativa, vez que não é função do precedente criar regras gerais para situações futuras.

O sistema jurídico norte-americano, embora integrante da família *common law*, possui uma Constituição escrita rígida, que só pode ser alterada mediante processos específicos e dificultosos. Esta Lei Maior é superior e condiciona toda a legislação que lhe é superveniente, cabendo ao Poder Judiciário a guarda da Constituição através do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Por razões já explicitadas, a lei escrita nos EUA é também fonte de direito, mas por ser um sistema de *common law*, não aspira à completude e coerência próprios do sistema romano germânico. Na ausência de lei escrita, há os precedentes para dar sustentação à decisão judicial. A incoerência é resolvida afastando-se o precedente que não se julga conveniente aplicar, inexistindo a problema de normas contraditórias.

A França segue o modelo *civil law* e possui uma Constituição rígida, sistematizada, que condiciona toda a legislação infraconstitucional, havendo em seu texto regras específicas para emendá-la. Ao contrário dos Estados Unidos que determinaram ao Poder Judiciário a função de guarda da Constituição, a França, por razões históricas já explicitadas, preferiu manter soberano o Poder Legislativo,

deixando mesmo de atribuir ao Judiciário as características de poder independente, já que consagra a tese de uma autoridade judiciária, com poderes definidos e limitados pelo Legislativo. Em consequência, não se lhe atribuiu a função do controle de constitucionalidade das leis. A verificação da compatibilidade das normas com a Constituição, leva à formação do Conselho Constitucional, um órgão tecnicamente externo ao Poder Judiciário encarregado, sobretudo, de um controle preventivo que funciona durante o processo legislativo. Este Conselho vem tendo nos últimos vinte anos sua competência ampliada, aproximando-se de um efetivo controle de constitucionalidade.

Os exemplos apontados refutam a tese da associação entre o modelo de sistema jurídico a que se filia um determinado país, e o papel que o Poder Judiciário ali exerce com respeito ao controle de constitucionalidade. Se esta identificação não é possível nos casos paradigmáticos de Inglaterra, Estados Unidos e França, com muita razão pode-se refutá-la como exemplo para outros países.

Um aspecto a ser considerado, diz respeito à posição do juiz no processo decisório e ao papel preponderante do Poder Judiciário no equilíbrio dos sistemas em que está organizado o Estado Moderno.

A análise feita neste trabalho conduz à afirmação da existência de uma vinculação necessária entre o sistema jurídico adotado e a função do juiz no processo decisório, a qual perfila o Poder Judiciário. De outro lado, nega a associação entre o modelo jurídico adotado e o exercício pelo Poder Judiciário no controle da constitucionalidade das leis em um Estado, recusando também este elo nas situações que envolvem matérias infraconstitucionais submetidas em grau de recurso às cortes superiores. Em consequência, a associação comumente feita entre o estabelecimento de precedentes por cortes superiores, segurança e eficácia do sistema jurídico deve ser recusada. Da mesma forma deve ser refutada, porque falaciosa, a posição que vincula precedentes à função do Poder Judiciário como guardião da Constituição.

A decisão que estabelece precedentes e os impõe pela adoção do *stare decisis*, no caso de *binding precedents*, às outras cortes dentro de um Estado, em situações que envolvam ou não questões constitucionais, não são uma decorrência necessária da superioridade do corte (nas questões não constitucionais) ou do exercício pelo Poder Judiciário do controle da constitucionalidade das leis. Sua justificação deve-se ao fato de que a forma como está construído o sistema encontra nos precedentes a segurança necessária para que o mesmo seja eficaz. De fato, na ausência da lei ou na consideração da mesma de forma supletiva, a imposição de precedentes é o mecanismo que dá segurança ao sistema.

O problema do controle da constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário deve ser analisado sob prismas diferentes, distantes do que o relaciona à segurança do sistema. Seu fundamento, justificação, forma, extensão e meios de controle variam de um Estado a outro, independente do modelo jurídico adotado, *civil law* ou *common law*. Dependem, conforme se demonstrou nas seções anteriores, de uma decisão política que encontra fundamentos históricos, jurídicos e políticos que remontam em alguns casos a mais de 500 anos. Mais uma vez, ressalte-se: a imposição da decisão tomada por cortes superiores no exercício do controle da constitucionalidade aos órgãos judiciários inferiores, administração pública e particulares, ao contrário do que se pretende fazer crer, não está vinculada ao tipo de controle adotado (abstrato ou concreto), devendo-se, sobretudo, à opção política que o Estado fez, tendo em conta a função que o Poder Judiciário deve exercer no equilíbrio de poderes.

A confusão em torno destas duas questões é um dos elementos que conduz à construção do que se está denominando sistema jurídico misto, o qual reúne elementos de ambos os sistemas, de uma maneira nem sempre satisfatória.

7.4 HIBRIDEZ CANADENSE

O sistema jurídico canadense por excelência é o do *common law*, já que todo o direito de nove das dez províncias tem origem no direito inglês. Sua proximidade geográfica e semelhança política com os Estados Unidos o aproximam também do modelo norte-americano, em razão principalmente da existência de uma Constituição suprema e escrita, mas também em função do sistema federativo adotado. A compreensão do sistema não será correta sem que se considere também o *civil law*, em cujo modelo esta fundado todo o direito privado da província do Quebec e, ainda, por via indireta, também o direito público. A própria divisão público/privado, inexistente nas outras províncias, consta da estrutura jurídica canadense, como critério definidor de competências em questões que envolvem os cidadãos ou as instituições do Quebec.

A convivência entre estes dois sistemas nem sempre foi pacífica. A histórica canadense é marcada pela constante busca do Quebec para firmar-se como uma sociedade distinta no seio do Canadá e a reação das outras províncias que buscam o fortalecimento da federação. Os pontos de confusão entre os dois sistemas não costumam ser muito freqüentes, em virtude da formação do edifício constitucional canadense e do sistema de repartição de competências adotado. A concepção da organização judiciária canadense em torno de um modelo integrado também colabora para minorar os conflitos.

De fato, a ausência de distinção entre jurisdições constitucional, administrativa, civil, e competência em matéria federal ou provincial (as cortes provinciais podem aplicar e julgar questões que envolvem matéria federal), faz com que todo o processo iniciado em uma província seja ali mesmo concluído.

As várias espécies normativas que antecedem a Constituição canadense de 1982, incluindo quatorze leis constitucionais de 1867 a 1982, e onze textos legislativos de origem e natureza diversas, tornava difícil a identificação formal da Constituição, havendo ainda hoje, quase vinte anos depois da entrada em vigor da

nova Constituição, questionamentos em torno do assunto. A dificuldade em se identificar quais normas tem caráter constitucional e de que maneira podem ser alteradas, dificultava o controle de constitucionalidade. Além disso, como a Lei constitucional de 1867, não continha uma carta de direitos, o controle judiciário de constitucionalidade das leis no Canadá tratava quase que exclusivamente da repartição de competências entre o governo central e as províncias.

Esta situação alterou-se sensivelmente com a aprovação em 1982 da nova Constituição canadense. Em seu interior a Carta canadense adotou a *Charte Canadienne de Droits et Libertés (Charte)*, mais ou menos nos moldes das Declarações e direitos existentes em outros países. Embora este documento não contemple os direitos econômicos e sociais, como faz, por exemplo, a Constituição brasileira, garante majoritariamente direitos individuais e alguns coletivos, no sentido de que estão voltados à proteção de certas coletividades, como por exemplo, os direitos lingüísticos previstos em seus artigos 16 a 20 e 23.

Pela própria natureza do texto, apresenta textura aberta, cuja aplicação demanda comumente uma grande carga de subjetividade, transposta aos autos disfarçadamente, às vezes em forma de interpretação de texto legal. Além disso, "permet surtout una intervention 'négative' des tribunaux, que amène ceux-ci à censurer ou à empêcher les actions du législatif et du gouvernement" (MORIN; WOEHLING, 1994, p. 471)¹⁴⁴.

Estas circunstâncias alargaram muito o controle judiciário, mantendo, no entanto sua mesma natureza. A Suprema Corte canadense passou a apreciar a decidir inúmeros casos envolvendo a *Charte*, cujas decisões alcançam todas as províncias canadenses. Algumas situações têm origem no Quebec e deveriam ali se encerrar. No entanto, em virtude da extensão do controle na atualidade, acabam ultrapassando suas fronteiras, chegando à Suprema Corte, onde as decisões são

¹⁴⁴ permite sobretudo uma intervenção 'negativa' dos tribunais, levando-os a censurar ou a impedir as ações do legislador e do governo.

tomadas tendo como base o sistema *common law*.

Além deste, outro fator que contribuiu para o alargamento da função do Poder Judiciário foi a assunção expressa pela lei de 1982 do exercício do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário canadense. Com efeito, o Art. 52 estabelece o princípio da superioridade constitucional e precisa que a Constituição "rend inopérants lês dispositions incompatibles de tout autre règle de droit"¹⁴⁵.

Sobre o novo perfil do Poder Judiciário canadense, afirmam os professores MORIN e WOEHLING (1994, p. 471) que: "L'adoption d'une Charte constitutionnelle tend à éloigner le système politique canadien du modèle de la Grande-Bretagne, où le Parlement élu par la population est l'arbitre ultime des intérêts particuliers et de l'intérêt général, et à l'aligner sur le système américain, dans lequel certains 'choix de société' appartiennent en définitive au pouvoir judiciaire."¹⁴⁶

Esta nova realidade ampliou os pontos de atrito entre os sistemas *common law* e *civil law* dentro do próprio Canadá. Desde o ponto de vista da prestação jurisdicional, a hibridez do sistema manifesta-se em duas situações. Quando o processo tem início no Quebec e toma por base o direito civil vigente nesta província. Estes princípios inspiram e influenciam outros ramos do direito cuja competência para editar normas seja da província. A prestação jurisdicional, no entanto acaba não se esgotando no Quebec porque envolve questões atualmente previstas na *Charte*, com caráter constitucional, portanto. Conflitos envolvendo limitações ao direito de propriedade, direitos lingüísticos e direitos ligados à educação, por exemplo, têm sido cada vez mais discutidos pela Corte Suprema.

¹⁴⁵ Torna inoperantes (sem efeito) as disposições incompatíveis com qualquer outra regra de direito.

¹⁴⁶ A adoção de uma Carta Constitucional tende a afastar o sistema político canadense do modelo da Grã-Bretanha, onde o Parlamento eleito pela população é o arbitro final dos interesses particulares e do interesse geral, e a aproximá-lo do sistema americano, no qual certas "escolhas da sociedade" pertencem em definitivo ao Poder Judiciário.

Outra situação cada vez mais comum, diz respeito a questões constitucionais iniciadas em outras províncias, decididas pela Suprema Corte, com alcance em todo o Canadá. O sistema jurídico do Quebec não recebe estas decisões como *judge-made-law*, criando conflitos com as outras províncias. Destas decisões tratar-se-á quando da análise do controle de constitucionalidade.

Na primeira situação, o caso que tem início no Quebec, é instruído e fundamentado a partir de leis escritas. As decisões de primeira e segunda instância, quando for o caso, seguem o modelo *civil law* de arazoamento, atendo-se mais ao direito que à descrição dos fatos. É bastante comum o uso da fórmula "Vistos, etc". Importa a subsunção do fato à norma e a demonstração de que os princípios nela estabelecidos oferecem antecipadamente uma resposta ao conflito posto. Sobre esta assunto, esclarecedora é a afirmação do professor GALL (1995, p. 221), para quem "Quebec judges tend not to write lengthy judgments setting out facts, reasons and conclusions in much the same style as one sees in common law jurisdictions."

147

O juiz neste processo estará aplicando a lei, podendo também interpretá-la quando necessário, ou seja, quando a conformidade do fato descrito à norma estabelecida não puder se dar de forma imediata. O efeito desta decisão, salvo exceções, é *inter partes*, mas não se constitui em regra de direito para casos futuros. Criar normas não é atividade do juiz. Os princípios que embasam a *civil law* asseguram a suficiência do sistema que está fundamentado em leis. Os juízes aplicam as leis aos casos concretos, havendo pouco espaço para a criação de regras jurídicas por parte do juiz.

Chegando à Suprema Corte, há uma ruptura na lógica do processo. Embora a Suprema Corte canadense esteja composta por pelo menos três (na

¹⁴⁷ Juízes do Quebec tendem não elaborar julgamentos de forma prolixa, esclarecendo fatos, razões e conclusões, no mesmo estilo que se vê nas jurisdições de *common law*.

prática este tem sido o número máximo) juizes provenientes do Quebec, com formação, portanto de *civil law*, o caso será julgado em plenário, por juizes filiados e educados sob a jurisdição de *common law*, com base em regras desse modelo, muitas vezes tendo em conta princípios definidos neste sistema de maneira diversa daquela.

Entre os vários problemas decorrentes desta situação, a natureza da decisão prolatada é questão central no contexto deste trabalho. A manifestação da Corte Suprema em um caso próprio de *civil law* poderá constituir-se em precedente obrigatório inclusive para o Quebec, cujo sistema jurídico não recepciona esta qualidade de decisão. A reação comum acaba sendo a adoção do processo de *distinguishing*, de forma a afastar, por via transversa, o precedente obrigatório, que deixa então de ser vinculativo.

7.5 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade, por sua própria natureza, importa na sobreposição de um poder de estado sobre outro. Há basicamente duas posturas a serem tomadas, curiosamente ambas tendo origem em países que seguem o sistema de *common law*. A primeira importa na soberania do Parlamento, o que significa que os juizes não têm o poder de apreciar a constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo. É o sistema em curso na Inglaterra.

A outra posição, contrária àquela, própria dos EUA, baseia-se na tese da soberania do povo, a qual deve ser respeitada por todos os poderes, incluindo o Poder Legislativo, também ele um poder constituído, limitado pelos princípios constantes da Carta. Nesse contexto, os juizes são os defensores da Constituição, devendo proteger sua integridade, declarando inconstitucionais os atos que contrariem quaisquer de seus dispositivos.

Para que este controle seja exercido e os juizes possam proteger a Constituição, os Estados Unidos adotam um sistema de controle de constitucionalidade do tipo difuso, que autoriza qualquer juiz no curso de um ação, incidentalmente portanto, apreciar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, federal ou estadual, quando esta análise for necessária é imprescindível para a solução do caso que se lhe apresenta. Sua decisão tem efeito inter partes.

Não há, porém, controle *in abstracto* das leis, por pelo menos duas razões: o controle em tese importa no julgamento de um processo sem lide, sem partes e, principalmente, sem que alguém tenha se sentido agredido em seu direito. A segunda razão diz respeito à natureza da manifestação do Poder Judiciário nestes casos. Decidir sobre a constitucionalidade de uma lei em tese importa no julgamento sobre a conveniência e oportunidade de um ato de origem legislativa. O Poder Judiciário está sendo chamado para responder a uma consulta sobre determinada lei. Como a mesma não gerou conflito, o Poder Judiciário ao manifestar-se sobre ela estaria no fundo exercendo impropriamente uma atividade legislativa, ainda que negativa, sem que estejam presentes os elementos que pudessem justificar esta intervenção, qual seja, o prejuízo de alguém que demanda a intervenção do Poder Judiciário.

Em sede de controle concreto, a competência da Suprema Corte pode ser originária ou recursal. No primeiro caso, sua decisão é final e obrigatória para as partes envolvidas no processo. No segundo, (a imensa maioria dos casos), a Corte poder reformar a decisão, obrigando as partes, ou pode anulá-la, caso em que o processo retorna ao tribunal inferior para que este o reaprecie conforme as diretrizes da Corte Suprema. Suas decisões de mérito podem tornar-se precedentes obrigatórios a todos os tribunais inferiores e também ao Poder Público, que não mais poderão atuar de forma a desrespeitar as determinações da Corte. Estes precedentes, no entanto não são mandamentos genéricos, mas decisões relacionadas a casos concretos que podem servir de diretrizes para decisões nos casos futuros em que estejam presentes as mesmas características fáticas e

jurídicas. Embora o sistema norte-americano baseie-se na doutrina do *stare decisis*, não é difícil afastar-se de sua aplicação, porque dificilmente os casos são tão semelhantes que impossibilitem uma competente argumentação a partir de distinções para afastá-lo quando indesejável.

Assim, é necessário observar-se que a natureza da decisão da Suprema Corte não leva necessariamente à construção por este órgão de regras jurídicas que deverão condicionar casos futuros. Não é o que ocorrerá no Brasil, caso seja aprovado o efeito vinculante de suas decisões.

Parte-se desta análise para compreender de que maneira ocorre o controle da constitucionalidade no sistema jurídico canadense, que mistura elementos de *civil law* com outros próprios do *common law*.

O controle da constitucionalidade no Canadá é semelhante ao sistema norte-americano. Um sistema difuso em que a Suprema Corte não é uma corte constitucional propriamente dita, mas o órgão superior dentro da organização judiciária, atuando como instância recursal e em alguns casos originária. A competência das províncias para legislar sobre o direito privado e também sobre o direito público que não seja de natureza federal, faz com que a instância ordinária, por assim dizer, para exercer o controle de constitucionalidade, caiba, no entanto, às cortes superiores das províncias. Seu objeto de controle não são apenas as leis dos parlamentos, mas os atos normativos de todos os outros órgãos do Estado. Apenas as questões constitucionais que envolvam temas relativos à *Charte* e as questões de competência, serão submetidas à Suprema Corte. Este órgão, por força da doutrina *de la justiciabilité*, pode recusar-se a julgar questões que lhe são submetidas, quando entender que seu pronunciamento não envolve uma questão constitucional, mas um julgamento de oportunidade, sobre a "sabedoria" de uma determinada lei. A invocação desta doutrina, porém, não é permitida nos casos em que a questão sobre a qual se solicita a manifestação do Poder Judiciário envolva a *Charte Canadienne des Droits*. Nesses casos a Suprema Corte canadense é obrigada a

manifestar-se. Suas decisões podem ter três tipos de alcance, conforme os efeitos que produzem.

A decisão faz coisa julgada impedindo novas decisões quando houver identidade de partes, de objeto (pedido) e causa de pedir. Esta decisão faz lei entre as partes quando dela não couber mais recurso, e seu alcance a elas está limitado, não se estendendo a terceiros que não integraram o processo.

É um conceito de coisa julgada bastante semelhante ao existente no direito brasileiro, conforme previsão do art. 467 do Código de Processo Civil. Por ser um direito misto, é preciso ter em conta que nas decisões de direito público no Quebec e de direito federal a noção de *res judicata* é compreendida de forma mais ampla, uma coisa julgada que, como foi dito, se presta mais à criatividade judiciária que a *res judicata* do direito civil. Assim, a decisão de anular uma lei por considerá-la inconstitucional poderá ter seu efeito estendido *erga omnes*, nos casos em que o governo envolvido no litígio deixará de aplicar ou considerar tal ato. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à declaração de inconstitucionalidade, mas a validade *erga omnes*, nestes casos se dará apenas como precedente.

O precedente canadense é muito próximo do sistema norte-americano, e não tem por si só o condão de vincular as decisões de instâncias inferiores. A sentença poderá servir de exemplo para casos análogos, mas não importará em um *binding precedent*, nos moldes do direito inglês. Possui um alto valor persuasivo, que deverá impedir decisão em sentido contrário, porque funcionará como fonte de interpretação. Esse "impedimento" porém, não é absoluto. O *binding precedent* produzido, no entanto não se constituirá como um mandamento geral, mas como uma decisão individual que poderá, por sua semelhança, ser seguida em casos análogos. Como a fundamentação é fática, sua adoção ou recusa ante um caso análogo dependerá sempre de uma análise caso a caso, podendo ser refutada através do *distinguishing*.

As duas qualidades da decisão supra referidas aplicam-se aos casos que envolvam julgamentos dentro do sistema *civil law* ou *common law*, conforme o caso.

Uma terceira possibilidade é a decisão possuir efeito de *judge-made-law*. Esta é uma situação que o sistema jurídico do Quebec não reconhece, porque pressupõe a ausência ou a insuficiência de legislação prévia para solucionar o caso em questão. De fato, conforme registra o professor GALL (1995, p. 350): “The Quebec Court of Appeal; (...) has not committed itself to adhere the doctrines of precedent and stare decisis and thus decisions of the highest court in that province are not binding, although they are, de facto, highly persuasive”.¹⁴⁸

Nesses casos a decisão pode ter alcance geral, tornando-se uma fonte criadora de direito e não simplesmente uma fonte interpretativa, inaceitável para o modelo *civil law* da província, pela concepção sistêmica de direito ali vigente, com as características de completude e coerência já expostas.

Apesar disso, em virtude do sistema híbrido adotado, uma decisão da Suprema Corte que envolva matéria constitucional, constituir-se-á como uma *judge-made-law*, em virtude do qual terá efeito *erga omnes* e servirá como regra geral, integradora do sistema. A qualidade do órgão que a pronunciou e a matéria de que trata obrigam todas as províncias canadenses a agir em conformidade com a decisão tomada. Esta situação tem causado conflitos com o Quebec, porque a província não reconhece às decisões da Suprema Corte o alcance de *judge-made-law* que, de resto, não são reconhecidas por seu sistema jurídico.

7.6 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

A Proposta de Emenda à constituição n. 96-D, aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados em junho de 2000, sugere a adoção do efeito vinculante

¹⁴⁸ A Corte de Apelação do Quebec não se obriga a aderir à doutrina do precedente e *stare decisis*, então a decisão da mais alta Corte na província não é impositiva, embora seja, de fato altamente persuasiva.

a súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Se aprovada, alterará substancialmente o alcance e os efeitos das decisões prolatadas pela mais alta corte de justiça brasileira.

As justificativas para sua adoção relacionam-se ao próprio diagnóstico da crise do Poder Judiciário, e estão ligadas à necessidade de “desafogar” o sistema, diminuindo o número de processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que pretende uniformizar as decisões, de maneira a dar maior garantia ao sistema jurídico brasileiro¹⁴⁹.

É preciso distinguir dois momentos distintos na proposta levantada: o que trata do efeito vinculante de decisões prolatadas quando o Supremo Tribunal Federal atua como instância originária, e o momento em que se pretende efeito vinculante às súmulas resultantes de “reiteradas decisões” sobre uma mesma matéria.

Em ambas as situações, a proposta de adoção do efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal importará na criação artificial de um modelo misto de direito, sem que estejam presentes no Brasil quaisquer das justificativas históricas e políticas encontradas no Canadá.

7.6.1 Efeito das Decisões do Supremo Tribunal Federal

O art. 102, I da Constituição Federal trata da competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade, dispondo seu parágrafo segundo, de acordo com a redação sugerida pela PEC, que em ambos os casos suas decisões

¹⁴⁹ A análise das causas da crise passam ao largo desta pesquisa. Há inúmeros trabalhos sobre o assunto, abordando a crise em geral e a crise do Poder Judiciário brasileiro. Podem ser consultados a respeito Carlos Aureliano Motta de SOUZA, Dalmo de Abreu DALLARI, Raúl ZAFFARONI, Maria Teresa SADEK e Rogério Bastos ARANTE, José Eduardo FARIA, José Reinaldo Lima LOPES, Mauro CAPPELLETTI, François OST, entre outros, cujas obras encontram-se assinaladas na bibliografia consultada.

de mérito produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Trata-se das hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, trazido ao sistema jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, por inspiração do sistema europeu, proposto por Kelsen para a Constituição da Áustria de 1920 (alterada em 1929), adotado atualmente também pela Espanha, Itália, Alemanha, Portugal, Turquia, entre outros (PALU, 1999, p. 138).

Alem deste, o art. 102, III da carta Federal explicita as situações em que o Supremo Tribunal Federal será demandado, através de recurso extraordinário, para manifestar-se em última instância sobre questões que envolvem (direta ou indiretamente) matéria constitucional atuando nestes casos como corte de última instância. Nessas situações, propõe que suas decisões reiteradas sobre qualquer matéria, poderão originar súmulas, com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei, constante se observa do texto sugerido, Art. 103-A .

Tendo em conta a exigência de "reiteradas decisões" no projeto, é de se concluir que a previsão da súmula de efeito vinculante estará restrita ao controle difuso, concreto, de constitucionalidade, previsto no art. 102, III da Constituição Federal, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal atua como corte instância final de recurso.

Apenas por amor a argumentação, deve-se observar que da redação do Art. 103-A, não se depreende que as decisões em sede de controle abstrato, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante dispensam a súmula vinculante. Pode-se aferir esta consequência porque a exigência de "reiteradas decisões" importa na existência de várias, embora não se saiba quantas, decisões sobre o mesmo assunto, situação, em tese, de difícil ocorrência em sede de controle abstrato. Não

há impedimento, no entanto, na edição de súmulas que tenham origem em decisões tomadas em sede de controle direto de constitucionalidade.

As sugestões constantes da redação proposta aos artigos 102, I, "a", 102, III e 103-A para a Constituição Federal, prevêm situações que ensejam o controle concentrado de constitucionalidade e ocasiões em que se dará o controle difuso, diante do caso concreto. A combinação desses dois sistemas, conforme constata Gilmar Ferreira MENDES (1999, p. 20), "outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das decisões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas."

Deve-se distinguir o efeito vinculante proposto nas ações de controle concentrado, da construção de súmulas de efeito vinculante a decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal. Na primeira hipótese a súmula é prescindível, porque o efeito de sua decisão será por si mesmo vinculatório e *erga omnes*. Não é outro o entendimento exarado por Carlos Aureliano Motta de SOUZA (2000, p. 188-9), para quem, "ocorrendo declaração de inconstitucionalidade no controle da via de ação, não será emitida súmula, pois o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* são intrínsecos das decisões no controle em abstrato.¹⁵⁰" A dispensabilidade da súmula em sede de controle abstrato ocorre não por sua desnecessidade, mas porque a decisão proferida nestes já têm o efeito que se pretende dar às decisões que poderiam ser objetos de edição de súmula vinculante.

¹⁵⁰ A obra aí referida intitula-se *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos*, data de 1999 e abrange as discussões em torno das propostas de reforma do Poder judiciário, correntes naquele ano, as quais acabaram por embasar a proposta votada em junho de 2000.

A maioria dos argumentos favoráveis à adoção do referido efeito vinculante em uma e outra situação, está calcado no exemplo da Suprema Corte norte-americana, que, como se viu, pode transformar em precedentes obrigatórios as suas decisões de mérito que apreciam a constitucionalidade de leis e atos dos poderes público federal e estadual. O exemplo canadense, contudo, presta-se melhor à análise da proposta de súmula vinculante brasileira, porque ali o controle de constitucionalidade é difuso, a Suprema Corte não se configura como Corte Constitucional, o sistema funciona sobre bases de *common law*, mas, ao contrário dos Estados Unidos, serve também a um sistema romano-germânico.

Analisa-se primeiramente o controle abstrato da constitucionalidade das normas.

O processo por meio do qual o Supremo Tribunal Federal deverá decidir atuando como corte constitucional é tido como um processo objetivo, inexistindo *in casu* um interesse jurídico-individual ou coletivo a ser tutelado. Busca-se a garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada (PALU, 1999, p. 168). O objeto é sempre um ato normativo abstrato e o que se busca é a apreciação por parte do Poder Judiciário da referida norma, afirmando-a constitucional, quando então deverá permanecer no sistema, ou inconstitucional, quando deverá ser anulada e excluída do sistema jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar este tipo de ação, deve manifestar-se com vistas à manter a integridade da Constituição. O mote das decisões não deverá ser a conveniência ou oportunidade da norma, porque que este julgamento não é de sua competência. O objeto sobre o qual se debruça é, no entanto um ato normativo ou administrativo, proveniente dos outros dois poderes da república. Ao manifestar-se sobre essa norma, a Corte suprema estará julgando um ato de outro poder, atuando para controlar a Constituição. O caráter intervencionista do Poder Judiciário sobre os poderes Executivo e Legislativo é inerente ao exercício do controle abstrato da constitucionalidade, de forma que sua

realização deve-se dar com parcimônia, na exata medida da proteção da Constituição, sob pena de desmoronar-se o equilíbrio entre os poderes.

A proposta em curso prevê que as decisões da Corte nestes casos terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente ao Poder Judiciário e à administração pública. Efeito semelhante já se encontra previsto para as decisões de mérito proferidas quando do julgamento de ações declaratórias de constitucionalidade, por força da Emenda Constitucional 03/93. Busca-se estendê-lo também ao julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Justifica-se a proposta de vinculação pela necessidade de segurança e eficiência do sistema, atribuindo-se à mesma o poder de evitar decisões contrárias sobre um mesmo assunto, além de evitar que novas ações sejam propostas para discutir a validade de uma lei cuja constitucionalidade já foi apreciada.

É curioso que se argumente de forma favorável ao efeito vinculante, comparando-o às decisões da Suprema Corte norte-americana. De um lado porque este país não acolhe o controle abstrato de constitucionalidade; de outro lado, a vinculação das decisões da Suprema Corte não têm naquele sistema o caráter de intangibilidade que se pretende dar às decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, podendo-se afastar por meio do *distinguishing* a incidência de um determinado precedente.

Em sede de controle abstrato, o *stare decisis* não se sustenta, porque seu fundamento está justamente na análise fática e na construção de *cases*, que vão fundamentar decisões semelhantes em casos análogos. E não se concebe na *common law* a construção de mandamento geral impositivo de conduta para situações futuras por parte do Poder Judiciário.

Mesmo o Canadá, com um sistema híbrido, não acolhe o modelo de fiscalização abstrata da constitucionalidade porque, apesar da presença do sistema *civil law* no Quebec, as questões constitucionais obedecem à tradição da *common law*. Não obstante, nas questões que envolvem o Quebec, o efeito do *stare decisis* é apenas de precedente, jamais de *judge-made-law*.

Um outro aspecto que deve ser analisado na PEC com respeito à edição de súmulas com efeito vinculante para as decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, é a função exercida pelo juiz na prestação jurisdicional. O magistrado brasileiro, diante de um caso concreto em que se alega incidentalmente a inconstitucionalidade de uma determinada norma, deve decidir o incidente para proferir seu julgamento. Ao fazê-lo, parte das normas relativas aos fatos descritos e ao direito alegado. Analisa os fatos, decide sobre a constitucionalidade da norma supostamente inconstitucional. Neste processo realiza uma série de raciocínios dedutivos de forma a subsumir o fato à norma, com a finalidade de aplicá-la de maneira a solucionar o caso concreto. Na insuficiência de solução legislativa clara, interpreta a norma e, ante a constatação de lacuna, integra o texto normativo. Tudo isso é realizado a partir de normas aprovadas pelo Poder Legislativo. O Poder Judiciário atua considerando a norma instrumento a partir das quais vai poder realizar a prestação jurisdicional. Não há fundamento para que o juiz brasileiro afaste-se da lei para proferir suas decisões. A questão não é perguntar-se se o juiz interpreta a norma quando profere uma decisão, já que toda subsunção impõe uma certa dose interpretativa, mas em que grau pode afastar-se de sua incidência para resolver um litígio. No sistema *common law* não há este problema, já que as decisões são baseadas em outras decisões jurídicas. Não é o que ocorre no Brasil, como de resto inexistente em todos os países de tradição romano-germânica.

Assim, a adoção do *stare decisis* no exercício do controle de constitucionalidade difuso induziria o Brasil à adoção de um sistema jurídico híbrido no que diz respeito ao processo para tomada de decisão, semelhante ao sistema canadense. Importaria por um lado na mudança da função do juiz e do Poder Judiciário no Estado Moderno, que deixariam de ser intérpretes para serem arquitetos do direito. Além disso, exigiria um modelo de raciocínio e decisão que poderia afastar a incidência da lei, comprometendo todo o sistema.

Além do controle abstrato, o sistema jurídico brasileiro contempla o controle concreto de constitucionalidade das leis. Neste, o Supremo Tribunal Federal é chamado a manifestar-se incidentalmente, diante de um caso concreto. Sua decisão tem eficácia apenas entre as partes que integram o processo, fazendo entre elas coisa julgada, sem, no entanto vincular outras instâncias do Poder Judiciário ou a própria administração pública. A aprovação da súmula de efeito vinculante prevista no art. 103-A modificará esta situação, tornando a mesma impositiva àqueles órgãos.

A ausência da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal é vista como um defeito do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido manifesta-se Carlos Aureliano Motta de SOUZA (2000) para afirmar:

Os defeitos hoje presentes nesse sistema são congênitos, baseiam-se em divergências de ordem juspolítica e nos remetem às origens do nosso ordenamento. (...) Ao aderir ao controle difuso, próprio do *common law*, sem adotar a doutrina do *stare decisis*, que confere necessária segurança ao sistema, o modelo inaugurado na República passou a viver o dilema: ou mantinha-se liberto da vinculação das decisões dos tribunais superiores, permitindo aos juizes a constante renovação do direito, ou aceitava a obrigatoriedade de seguir a orientação dos arestos das cortes superiores.

Nessa linha de argumentação, a vinculação da decisão do Supremo Tribunal Federal, operada pela súmula de efeito vinculante, dará segurança ao sistema, uma vez que impedirá o surgimento de decisões contrárias envolvendo as mesmas questões jurídicas e fáticas. Apesar deste possível efeito positivo, a proposta parte de premissas que não se sustentam, baseadas na equivalência entre a lei, ponto de partida do juiz na *civil law*; e os *cases*, instrumento de trabalho do magistrado na *common law*.

Estes elementos, conforme já se mostrou, diferenciam-se filosoficamente e politicamente, estruturalmente e funcionalmente. A lei constitui-se como mandamento genérico, fruto da atividade legislativa própria de um poder, cuja função principal no equilíbrio de poderes em que está assentado o Estado, é atuar como representante da vontade do povo. Não está voltado a casos concretos,

constituindo-se principalmente em forma de prescrição de conduta esperada. É o elemento central do sistema romano-germânico, fornecendo a segurança do mesmo.

A obrigatoriedade da decisão no *common law* dada pela doutrina do *stare decisis*, é conseqüência da ausência de lei escrita para realizar essa tarefa. Nessa situação, a decisão constituir-se-á em precedente, para servir de orientação na decisão de casos futuros semelhantes.

Refuta-se, porém, a equivalência entre o *stare decisis* e a súmula vinculante.

Deve-se inicialmente observar que nem todos os precedentes são obrigatórios. Apenas aqueles que se constituem como *binding precedents* devem servir de base a outras decisões jurídicas futuras. As regras para que um precedente transforme-se em um *binding* são variáveis, mas a decisão deve pelo menos constar de um *law report* e ter origem em uma corte superior. Nas situações que envolvem questões constitucionais, à exceção da Inglaterra, deve ter sido objeto de análise por parte das cortes supremas.

Constituindo-se como *binding precedent*, a decisão poderá embasar casos futuros, mas para isso é necessário ficar demonstrado que as questões fáticas e/ou jurídicas que justificaram aquela decisão são as mesmas presentes no caso que se pretende analisar. A adoção de um precedente é portanto contextualizada.

Além disso, apenas a *ratio* vincula outros órgãos jurídicos, não sendo difícil, seja nos Estados Unidos, seja no Canadá, afastar a incidência de um precedente que "não serve", alegando distinção entre ele e a questão no momento apresentada.

No sistema *common law*, o precedente serve como elemento integrador e unificador do sistema, porque sobre ele estão assentadas as bases do modelo. Na ausência ou insuficiência da lei, o precedente representa a certeza e segurança do direito, um papel que a lei deve realizar na *civil law*.

O propósito do efeito vinculante é diverso. A pretexto de tornar o sistema

mais seguro e previsível, pretende-se impor aos jurisdicionados, aos outros órgãos judiciários e à Administração, as decisões do Supremo Tribunal Federal. A proposta não contempla um mecanismo semelhante ao *distinguishing* pelo qual se possa afastar a incidência de uma decisão prévia indesejável. Além disso a súmula, por sua própria natureza, não está estruturada da mesma forma que o precedente. Na verdade a súmula desprende-se do caso que lhe deu origem transformando-se em verdadeiro mandamento autônomo. Não há contextualização futura, e a PEC não avança neste sentido, de maneira que é perfeitamente possível supor-se que, se aprovada, as decisões do Supremo Tribunal Federal poderão ser "muito mais obrigatórias" do que os *binding precedents* canadenses e norte-americanos.

A exigência de reiteradas decisões sobre a matéria nada assegura, uma vez que seu conteúdo é vazio. Reiteradas, quantas?

Não se pode ignorar a distinção de papel entre os juízes de um e outro sistema. O juiz da *civil law* deve decidir com base na lei, aplicando-a. Quando a subsunção do fato à norma depender da mediação do juiz, este deve interpretá-la, a fim de formar sua convicção. Na impossibilidade de decidir com base na lei existente, deve integrar a norma, usando recursos como a analogia.

Na *civil law* espera-se que o juiz julgue de acordo com a lei. Decisões jurídicas prévias podem ser tomadas como fontes de direito, como de fato já o são, mas apenas acessoriamente e como elemento persuasivo, porque o sistema é baseado na lei, e espera-se do juiz a atuação conforme disposição legal. A construção de mandamentos genéricos, para casos futuros, não é atividade típica de um juiz neste sistema.

Na *common law*, ao contrário, assume-se o sistema como incompleto. Os precedentes servem para completá-lo e a doutrina do *stare decisis* é primordial para evitar-se decisões contrárias. O papel do juiz é analisar os fatos, encontrar o(s) precedente(s) cabíveis e aplicá-lo, construindo assim o direito.

A situação canadense demonstra, conforme já se afirmou, não haver uma

associação necessária entre *stare decisis* e controle difuso de constitucionalidade.

O *stare decisis* é decorrência da *common law*. Como este sistema está construído, especialmente, sobre costumes e decisões judiciais que interpretaram situações fáticas, a compatibilidade das decisões e, logo, a unidade do sistema, é dada pela doutrina do *stare decisis*. É a partir dela que serão construídos mandamentos para casos futuros, que possam ordenar a ação decisória prospectiva do magistrado. Por essa razão as decisões que decorrem de sua aplicação estrita constituem-se em *judge-made-law*.

O controle de constitucionalidade difuso canadense, aliado a diferença de concepção em torno da lei e da decisão judicial no Canadá e no Quebec, tem criado conflitos decorrentes do sistema misto, justamente porque, em sede de controle, o Quebec não aceita que as decisões proferidas pela Suprema Corte canadense tenham autoridade de *judge-made-law*. Na prática admite-se que suas decisões são "altamente persuasivas", recebendo-as como precedentes, possibilitando-se, no entanto seu afastamento nos casos em que direitos sensíveis à questão da sobrevivência do Quebec como sociedade distinta no seio da federação, como, por exemplo, todos os temas ligados ao bilingüismo, sejam julgados pela Suprema Corte de forma contrária ao interesse dos "québecois". Nesses casos a decisão da Suprema Corte, porque envolve direitos previstos na *Charte*, é constitucional e deveria, nesta qualidade, vincular decisões futuras. O Quebec, porém, recusa-se a aceitá-las como *judge-made-law*, baseando-se justamente no fato de que esta "qualidade" de decisão é incompatível como o sistema baseado na lei escrita, fruto da atividade legislativa.

A proposta da PEC deseja atribuir efeito vinculante às súmulas editadas pelo Supremo após reiteradas decisões a respeito de uma mesma matéria. Está-se propondo na verdade a adoção do *stare decisis* para constituição de *binding precedents*, nos casos que envolvem controle difuso de constitucionalidade.

O *stare decisis*, no entanto é um mecanismo que não se coaduna com os

princípios que fundamentam o sistema romano-germânico. A tarefa de tornar o sistema seguro e as decisões dele provenientes uniformes estão relacionadas a esta doutrina porque, na ausência de lei escrita, ou, pelo menos, nos sistemas em que a lei escrita não é fonte primária de direito, é ela que fornece o elo de ligação entre as situações fáticas descritas, as decisões tomadas em casos concretos, e a construção de um sistema que possa prescrever condutas, através da aplicação da analogia. Os juízes constróem o direito, e a doutrina do *stare decisis* consubstancia-se no elemento que vai permitir a identificação do *common law* como um sistema, a partir do registro das decisões que o integram nos *law reports*.

O sistema jurídico brasileiro está erigido sobre leis. Pode-se mesmo dizer que há no Brasil uma "inflação legislativa", crescente na medida em que se demanda cada vez mais a atuação do Estado para regularizar situações novas na sociedade. A lei é o elemento central do sistema, fundamento e pilar das decisões jurídicas tomadas no curso de um processo. A unidade e coerência do sistema devem ser fornecidos pela norma, elaborada como mandamentos genéricos para situações futuras. Da coerência das normas decorre a segurança do sistema. Neste contexto, a adoção do *stare decisis* é desaconselhada.

A proposta constante do artigo 103-A criaria um sistema jurídico decisório híbrido. O Brasil, de tradição romano-germânica, cujo sistema é baseado em leis, estaria por esta proposta alterando o perfil do juiz, atribuindo-lhe funções de construtor do direito; ao mesmo tempo enfraqueceria a lei, porque as decisões poderiam ser embasadas em precedentes vinculativos já estabelecidos em decisões pretéritas. No limite, o sistema brasileiro, sustentado na lei, poderia dela prescindir, para basear-se em decisões judiciais.

É imperioso observar ainda que a sistema híbrido brasileiro poderia ser mais amplo do que canadense, por conta do papel do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos extraordinários. Por meio deste instrumento tem-se provocado a manifestação da Corte em decisões sobre todas as matérias porque, a

rigor, sendo a Constituição Brasileira detalhista e prolixa, virtualmente toda questão pode ser constitucional. Na ausência de um sistema de filtragem eficiente, o Supremo é levado a manifestar-se sobre todos os assuntos e, por conta dos termos constantes do art. 103-A proposto, toda matéria poderá tornar-se objeto da súmula vinculante. Isto não ocorre no Canadá e nos Estados Unidos, cujo sistema de admissibilidade permite às cortes supremas recusarem manifestação nos casos em que entenderem não haver questão jurídica relevante. Em suma, pelo menos nos Estados Unidos e no Canadá decisões que não se constituam importantes não serão objeto de manifestação da Suprema Corte, o que não ocorre no Brasil.

Se aprovado o efeito vinculante das decisões tomadas em sede de ADIN e ADCON, estar-se-á aprovando a adoção do precedente em um sistema construído a partir de leis, um sistema em que a norma é produto da atividade legislativa (ainda que impropriamente o Poder Executivo tenha cada vez mais assumido essa função no mundo contemporâneo, especialmente após a 2. Guerra Mundial), e em que vige o sistema de freios e contrapesos. Essa possibilidade subverteria todo o sistema sobre o qual está assentada a organização política brasileira.

Importante ainda ressaltar um outro aspecto que de certa forma distancia a posição que o Supremo acabaria por ter no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis e, por consequência, seu papel na organização dos poderes.

Por força da autonomia dos Estados-membros norte-americanos, e da forma como aí está estruturada a ordem jurídica, inexistente um *common law* federal. Em consequência, as jurisdições federais não constroem o "seu" direito pelo exercício da adjudicação. Frente a um conflito ou indefinição quanto à lei a ser aplicada, opta-se, observando certas regras, pela legislação de um ou outro estado.

A situação é semelhante no Canadá onde, conforme ressalta BRUN e TREMBLAY (1997, p. 207), "D'abord, ce sont les cours supérieures provinciales que disposent en principe du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois"¹⁵¹.

No Brasil, a situação é inversa. Embora o sistema constitucional de divisão de competências busque realizar o equilíbrio federativo através da combinação da técnica de enumeração dos poderes da União, com poderes remanescentes para os Estados e poderes definidos indicativamente para os Municípios, a princípio da predominância do interesse geral, e a própria história da federação brasileira, centralizam a competência legislativa na União (SILVA, 2000, p. 479-480) que, entre outras, possui competência privativa para legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (Art. 22 da Constituição Federal). Em consequência, o campo de incidência da decisão por parte do Supremo Tribunal Federal é bem mais extenso no Brasil que nos outros dois países nominados.

Do exposto, conclui-se que é impossível misturar dois modelos decisórios, já que seu ponto de partida e objetivo são distintos. Na *civil law* parte-se da lei e espera-se do juiz primordialmente um raciocínio dedutivo, através do qual será dada a solução. Na *common law* a base é fática e pretende-se dar solução ao caso concreto, solucionando-o e fornecendo princípios para responder a casos futuros. Em consequência, o que se espera dos juízes é diferente em um e outro sistema. Em ambos se sabe que o processo de interpretação é necessário e faz parte da prestação jurisdicional. Mas a construção de precedentes no *common law*, que em última instância importam em uma atuação dos juízes como *law makers*, é que se espera do Poder Judiciário, já que assumidamente não há um conjunto de regras completo que dará subsistência às decisões judiciais.

A situação é diferente no *civil law*. Aqui espera-se que o juiz aplique a lei,

¹⁵¹ Primeiramente, são as cortes provinciais que dispõem em princípio do poder de controlar a constitucionalidade das leis

que tem origem nos Poderes Legislativos. Sabe-se que nesse processo de interpretação há sinais de construção de normas, mas essa deve ser uma exceção.

Em suma, a súmula vinculante e o efeito vinculante as ADIN's e ADCONs atribui ao STF poderes de uma suprema corte de país de *common law*, em um sistema jurídico de *civil law*. Estar-se-á artificialmente criando os problemas que o Canadá, por questões históricas, possui. Estar-se-á criando no Brasil um procedimento hiper-concentrado da constitucionalidade das leis, assentado em um sistema jurisdicional híbrido, com fortes riscos para a democracia, uma vez que a lei ficará em segundo plano, autorizando decisões de um Supremo Tribunal Federal que jamais primou por sua independência.

Além da subversão do sistema de freios e contrapesos, estar-se-á concedendo ao órgão máximo do Poder Judiciário o poder de dizer o que é e não é a Constituição, bem como o poder de apreciar os atos legislativos provenientes de poder legitimamente escolhido para legislar. É neste contexto que se justifica o título do trabalho, o qual sustenta ao mesmo tempo uma crítica e uma constatação: a Proposta de Emenda Constitucional aprovada na Câmara dos Deputados e encaminhada ao Senado Federal constata uma atuação do Poder Judiciário voltada a dizer o que é lei; esta nova função o transforma nos novos oráculos da lei, em um sistema que não é baseado em casos, ao contrário, tem a lei como ponto de partida e base de todo o sistema jurídico em que está assentado a organização do Estado brasileiro.

8 CONCLUSÃO

O sistema jurídico ocidental está quase que totalmente organizado sobre duas bases: a *common law* e a *civil law*, embora existam outros modelos jurídicos.

Sua origem é diversa e, ao longo da existência paralela, têm alternado momentos de afastamento, outros de avizinhamento. Embora haja estudiosos que vêem neste momento uma aproximação entre estes dois modelos, há fundamentos que os distinguem, os quais possuem fortes raízes históricas e filosóficas que os definem com precisão.

O sistema jurídico canadense é um exemplo moderno de direito misto. Essa característica permite que se vislumbre, de um lado, em que medida há convivência entre as duas matrizes citadas, e, de outro, os limites e problemas decorrentes dessa aproximação. Essa formação, conforme se viu, vincula-se ao próprio processo de formação da federação canadense, e, de certa forma, reflete os conflitos entre França e Inglaterra que a antecederam. A acomodação desses dois modelos em um mesmo sistema nacional não foi fácil, mas obedeceu condicionantes históricas que a justificam. Assim, o direito público da federação e das províncias canadenses segue o modelo *common law*, enquanto o direito privado da província do Quebec se direciona pelos elementos da *civil law*.

A análise do direito canadense se fez a partir dos seguintes aspectos interligados: o papel exercido pelo Direito na formação do Estado, a maneira como ali foi recepcionada a teoria da separação de poderes, a função que os juízes cumprem no Estado, o papel da lei e dos precedentes na prestação jurisdicional e, finalmente, a maneira como se opera o controle da constitucionalidade nesse país. Embora o Canadá possua um direito misto, seu sistema de controle da constitucionalidade não apresenta essa especificidade porque contempla apenas o sistema difuso, concreto, semelhante ao modelo norte-americano.

Além da hibridez do sistema, o exemplo canadense também é importante porque mescla uma influência inglesa, presente por razões históricas, e norte-americana, decorrente especialmente de razões geográficas e culturais.

O Brasil possui um sistema jurídico assentado em bases romano-germânicas, reflexo do próprio processo de colonização operado por Portugal. Ao contrário de França, que operou uma separação de poderes assentada na supremacia do Poder Legislativo e na dependência da autoridade judiciária, o Brasil, influenciado desde a Proclamação da República pelo exemplo norte-americano, está assentado em uma divisão de funções entre os três poderes, equilibrada por mecanismos, ainda que imperfeitos, de freios e contrapesos.

A base do direito brasileiro é legislativa, integrada por atos normativos de diversas espécies, em sua maioria de origem legislativa, embora seja forçoso reconhecer-se que esta realidade esteja se modificando, de forma a consagrar uma atuação cada vez mais forte do Poder Executivo na atividade legislativa. A lei é o instrumento central sobre o qual está erigido o sistema jurídico brasileiro, embora admitam-se outras fontes de direito, entre elas analogia, costumes e jurisprudência. Ainda que existam a cada dia mais leis esparsas e atos normativos que regulamentam situações específicas, o direito brasileiro ainda é um direito codificado, constituído enquanto sistema lógico-dedutivo, de maneira que em suas partes há conjuntos de argumentos que decorrem uns dos outros, formando um todo completo e coerente. Dessa maneira, o sistema busca oferecer uma resposta certa a todos os conflitos que se lhe apresentam por meio da aplicação da lei. Na insuficiência dessa, deve-se interpretá-la e, excepcionalmente, integrá-la. Esses procedimentos constituem a essência da atividade judicante no sistema da *civil law*. A atividade jurisdicional tem, portanto, a lei como ponto de partida, sendo esse o elemento que oferece segurança ao sistema.

A Proposta de Emenda à Constituição n. 96-D, se aprovada em seu inteiro teor, operará inúmeras modificações no Poder Judiciário brasileiro. Esta pesquisa

centrou-se no alcance e efeitos das decisões pronunciadas pelo Supremo Tribunal Federal, atuando como corte constitucional ou recursal. O tema consta especialmente dos art. 102, III da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda, e do art. 103-A, cuja inclusão na Carta Federal está sendo proposta. Ambos prevêm às decisões do Supremo Tribunal Federal um efeito vinculante, pelo qual os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ficam impedidos de decidir e agir de forma contrária ao disposto nos acórdãos.

Estas disposições não tratam apenas do alcance das decisões do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, operam uma mudança na estrutura sobre a qual está erigida o Poder Judiciário brasileiro e, por conseqüência, toda organização desse Estado, assente na teoria da separação de poderes, com a presença de mecanismos de freios e contrapesos capazes de equilibrar, ainda que de forma imperfeita, sua atuação.

A proposta importará na criação de um sistema jurídico misto no Brasil, que reúne elementos da *common law* e da *civil law*, incapaz, todavia, de fundamentar a nova posição do Supremo Tribunal Federal no modelo constitucional de separação/colaboração de poderes.

Estabeleceu-se a comparação abordando os mesmo aspectos já delineados acima para demarcar o sistema canadense, nos modelos norte-americano e inglês, contrapondo-os ao sistema romano-germânico. Esse modelo híbrido brasileiro assemelha-se em alguns aspectos ao da Canadá, mas nesse país há peculiaridades que em certa medida asseguram um equilíbrio necessário entre os poderes, os quais não se encontram no sistema brasileiro.

No estudo realizado sobre os sistemas jurídicos ocidentais predominantes, verifica-se uma vinculação necessária entre o sistema jurídico adotado e a função do juiz no processo decisório. Esse processo por sua vez é determinado pela concepção de lei, precedente e sistema logico-dedutivo em que se baseia a *common*

law ou a *civil law*, conforme o caso. Por outro lado, percebe-se não existir uma associação entre o modelo jurídico de um Estado, e o papel que o Poder Judiciário lá exerce com relação ao controle da constitucionalidade das leis. Destas premissas, conclui-se que os argumentos que em tese poderiam justificar as modificações propostas na PEC 96-D não se sustentam, por diversas razões apontadas adiante:

1. O processo decisório é determinado pela concepção de lei e precedente, conforme o caso, em que está fundamentado o sistema jurídico de um Estado.

O efeito vinculante constante da PEC 96-D é comparado aos precedentes jurídicos que resultam de decisões proferidas pelas cortes, especialmente as cortes superiores, nos Estados Unidos e na Inglaterra. A comparação com o Canadá é, no entanto, mais apropriada, porque nesse país o direito está assentado em precedentes, e o sistema de controle de constitucionalidade é muito próximo da norte-americano. Por ser um sistema híbrido, no entanto, distingue com clareza o que é próprio da *common law* e o específico da *civil law*, uma distinção que não se está fazendo no Brasil.

No contexto acima, afirma-se que o efeito vinculante é resultado lógico da adoção nos países de *common law* da doutrina do *stare decisis*. Nesta ordem de argumento, o sistema jurídico brasileiro tem pelo menos um defeito: ao importar o modelo americano de controle concreto da constitucionalidade, o fez sem ter imposto um valor vinculatório às decisões tomadas pela Suprema Corte. Por essa razão, o sistema estaria sendo ineficaz e inseguro, porque que não consegue garantir uma unidade decisória. A PEC está apenas corrigindo essa distorção, explicitando o referido efeito que, aliás, já consta da Carta Constitucional nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

Não há como assemelhar-se o efeito vinculante proposto, ao precedente. Aquele é muito mais rígido que a "mera" vinculação ao precedente, conforme se observa das considerações que se seguem.

A primeira considera a "base de dados" sobre a qual se forma a decisão no Canadá e no Brasil. Como os precedentes estão construídos sobre bases fáticas, embora possam estar também fundados em lei, não constituem mandamentos gerais para casos futuros. Para que um precedente seja indicado, é necessário demonstrar-se a semelhança do caso em questão com os fatos constantes do caso que lhe deu origem. Não é difícil recusar-lhe aplicação, vez que é possível utilizar-se toda sorte de argumentos para dizer que "este caso" não é semelhante "àquele caso". Deve-se ter em conta ainda que a antigüidade de muitos precedentes os torna naturalmente "antiquados" e, na medida em que não criam regras gerais, apenas deixam de ser citados para embasar novas decisões.

Isso não ocorre com a decisão de efeito vinculante, seja pela construção de súmula, seja pela própria decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. No primeiro caso, há de se considerar que a súmula desprende-se dos casos que lhe dão origem, e com o tempo passa a constituir-se como mandamento autônomo. Sua própria forma de citação e construção ressalta esse aspecto, porque, ao contrário do Canadá e dos Estados Unidos, onde as decisões são embasadas em precedentes indicados pela fórmula "fulano v. beltrano", a súmula adquire um número, pelo qual passa a ser identificada. A origem da súmula só poderá ser descoberta em obra específica sobre o assunto, jamais em um "repertório" de jurisprudência. Justamente esse valor normativo, que a súmula passa a adquirir na medida em que se transforma em fonte de direito é que deve ser recusado.

A segunda razão diz respeito à competência da Corte Suprema do Canadá. Embora possua competência residual, não está obrigada a decidir todos os casos que lhe são submetidos. Tem discricionariedade para deliberar sobre a conveniência de manifestar-se a respeito de determinado caso, e o faz apenas quando considera que sua decisão é importante para "dar uma orientação" ou definir uma diretriz faltante. Está obrigado a estatuir, no entanto, quando a questão que lhe

é submetida envolve assuntos ligados à Carta de Direitos e Liberdades. Via de regra, porém, os conflitos têm início e fim dentro de uma mesma província, esgotando-se a jurisdição nas cortes superiores ali existentes. Por conta da estrutura "integrada" do sistema canadense, as províncias tem competência para decidir também questões federais, de forma que as manifestações da Corte Suprema são excepcionais, da mesma maneira que as da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A realidade do Supremo Tribunal Federal é diferente. Não há um mecanismo eficiente de filtragem, de maneira este órgão acaba sendo obrigado a manifestar-se sobre virtualmente qualquer assuntos, Já que, se não pela via direta, mas pela indireta, toda questão envolve um direito, em última instância, protegido pela Constituição. Além disso, a estruturação do Poder Judiciário brasileiro, possibilita que todo caso que tenha início em um dos Estados da federação só termine quando decidido por um órgão judiciário superior, de caráter federal.

Assim, observa-se a Suprema Corte do Canadá possui competência mais limitada do que o Supremo Tribunal Federal. Todo o direito regulado pelas províncias (uma grande parte do direito privado, principalmente) tem início em fim em cortes provinciais, salvo nos casos que envolvem matéria constitucional. No Brasil, ao contrário, qualquer matéria é passível de chegar ao Supremo Tribunal Federal que, em consequência, poderá editar súmula vinculante a respeito de todas elas.

Uma terceira razão reporta à força vinculativa do precedente. Ela advém justamente da ausência de uma base legal que justifique integralmente a decisão prolatada. De fato, o papel do precedente é, de certa forma, suprir a ausência legal, por isso ele é o elemento fundamental no sistema decisório da *common law*. Mesmo com o aumento do número de leis das últimas décadas, nos países de *common law* ela é ainda vista como elemento acessório à decisão. Sem lei e sem precedentes, sobre que bases poderia estar assentado o Direito?

A situação do direito brasileiro é outra, por diversas razões:

1. Há uma profusão de leis, as quais se constituem por excelência no instrumento decisório do juiz. Ainda que a decisão seja baseada em uma súmula, sua argumentação tem base legal, sob pena de facilmente ser revista em grau superior de jurisdição. A lei exerce com mais perfeição o papel de segurança que se procura nos precedentes porque por seu intermédio é possível sustentar a ficção de completude e coerência do sistema.

2. Existe uma vinculação necessária entre o sistema jurídico a que se filia um Estado, a forma como o juiz profere suas decisões e o papel do Poder Judiciário na organização do Estado. Do juiz na *common law* espera-se a construção do direito, sendo-lhe adequado a metáfora de "arquitetos da lei"; do juiz na *civil law* espera-se a aplicação da leis votadas pelo Parlamento e, na insuficiência desse procedimento, a interpretação ou, excepcionalmente, a integração da norma. Essa diferença decorre de fatores históricos, como se viu, mas é conforme a própria concepção que se tem do direito. Apenas nos sistemas romano-germânicos, completos e coerentes, o juiz poderá ser um aplicador e intérprete da norma; por outro lado, a construção dos precedentes é fundamental para a concepção do mesmo enquanto sistema.

3. É incorreta a identificação entre o sistema jurídico de um Estado e a função exercida pelo Poder Judiciário com respeito ao controle da contitucionalidade das normas.

Canadá e Estados Unidos prevêem apenas o controle concreto, difuso, da constitucionalidade, pelo qual o juiz aprecia incidentalmente a questão constitucional, para decidir a respeito. Estas decisões podem transformar-se em *binding precedents* quando confirmadas por cortes superiores, e inclusive pela Suprema Corte. Sua qualidade de precedente será mantida, possibilitando de um lado a imposição aos outros órgãos do Poder Judiciário, de outro admitindo que estes podem afastá-lo se com ele não concordarem. É preciso se ter em conta também que esta decisão não gera um mandamento genérico, aplicável a casos

futuros descontextualizadamente. Além disso, o efeito destas decisões é *inter partes*.

No Brasil o exercício do controle difuso de constitucionalidade se dá por meio do recurso extraordinário. A aprovação de súmulas, com efeito vinculante aproxima o Supremo Tribunal Federal da atividade legislativa, afastando-o dos precedentes canadenses, já que estes possuem um forte valor persuasivo, mas não impedem seu afastamento por meio de distinções. A súmula vinculante, ao contrário, obriga os demais órgãos do Poder Judiciário e também a administração pública, através de um mandamento genérico descontextualizado, construído, às vezes, ao arrepio da lei.

Por óbvio, não se nega a força persuasiva das súmulas. Nesse sentido, encontra-se próxima do precedente. O que não se pode admitir é que, na medida em que a mesma possa ser construída, no limite, até mesmo ao arrepio da lei (e mesmo nesses casos sua força impositiva se estende aos outros órgãos do Poder Judiciário), aliada ao fato de que é um instrumento que se desprende de sua origem, as súmulas acabem por constituir-se em regras de direito, mandamentos genéricos impositivos, criados pelo Supremo Tribunal Federal.

A existência do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, convivendo com o sistema difuso, faz com que se diga existir no Brasil um sistema misto de controle de constitucionalidade. A qualificação "misto", neste caso, não o aproxima do modelo canadense por que, com respeito ao exercício do controle de constitucionalidade, dá-se apenas tão somente pelo modo difuso.

O controle concentrado no Brasil inspirou-se na experiência de vários países europeus, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. O modelo norte-americano não era considerado satisfatório na Europa porque havia dificuldades em se atribuir o controle da constitucionalidade das leis aos juízes ordinários. Diante dessa realidade, Kelsen propõe a criação de um modo concentrado de controle, o qual deveria ser exercido por órgão da natureza legislativa, não judicial. Sendo atividade legislativa, as dificuldades teóricas decorrentes de decisão de

inconstitucionalidade com força de lei e efeito *erga omnes* desaparecem. A natureza legislativa do órgão que atua como corte constitucional não é regra, havendo Tribunais Constitucionais que se constituem em órgãos do Poder Judiciário. De toda forma, o modelo segue sendo predominante na Europa, especialmente nos países de tradição romano-germânica, mas seu objeto é distinto do controle difuso. De fato, a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é a defesa de um direito subjetivo, mas a proteção da Constituição.

O efeito vinculante e alcance *erga omnes* que se pretende às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações constitucionais diretas não encontra paralelo no Canadá. De fato, o controle abstrato de constitucionalidade é considerado incompatível com a posição exercida pelo Poder Judiciário no equilíbrio de poderes da federação. O entendimento preponderante é de que a manifestação sobre a constitucionalidade de uma lei em tese, sem que haja um conflito posto, avizinha o Poder Judiciário da função legislativa, uma vez que, na ausência da lide, sua manifestação aproximar-se-ia de uma consulta, e sua resposta seria na verdade a manifestação de um juízo de oportunidade, que não se coaduna com a função que este poder exerce no Estado canadense.

A permissão para que o Supremo Tribunal Federal edite súmulas de efeito vinculante, que obriguem outros órgãos do Poder Judiciário, além da administração pública, constitui-se a subversão do modelo de organização de poderes em que está fundado o Estado brasileiro. Sua atuação como corte constitucional e também como Tribunal de última instância lhe permite criar direito, a despeito da lei, aproximando-o da atividade legislativa.

Os itens 1, 2 e 3 acima expostos constituem de certa forma os alicerces da pesquisa. A conclusão é uma só, deles depreendida. O efeito vinculante que se pretende atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal importa na criação de um modelo misto de direito brasileiro, baseado na combinação imperfeita e desastrosa de pilares dos dois modelos: o papel exercido pelos Ministros do Supremo Tribunal

Federal, como "arquitetos do direito", próprio dos países de *common law* e a possibilidade de desprezo à lei na construção de suas decisões, combinada a uma realidade própria do modelo *civil law*, em que a única garantia (ainda que frágil) contra o desrespeito aos direitos subjetivos é a própria lei.

A proximidade com o modelo canadense existe, mas a reação do Quebec à destruição de princípios que sustentam seu sistema, principalmente no que diz respeito à imposição de decisões com alcance de *judge-made-law* pela Corte Suprema do Canadá, não encontra paralelo no Brasil. Por outro lado, a combinação dos modos difuso e concentrado de controle da constitucionalidade no Brasil, aliado à súmula vinculante, permitirá que o Supremo Tribunal Federal realize no Brasil tanto o julgamento político, de conveniência, das leis, quanto estabeleça o direito a ser aplicado a casos concretos, tendo por base a sua própria concepção em torno do que seja a Constituição Brasileira.

Em suma, o modelo misto brasileiro será que o canadense. De um lado, porque não se justifica historicamente; de outro lado, porque combina de forma perigosa a autoridade do Supremo Tribunal Federal em criar direito, com a debilidade e fraqueza da lei. Nesse contexto, os Ministros do Supremo serão os Novos Oráculos da Lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O estado e o poder judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BADÍA, Miquel Caminal (Coord.). **Manual de ciência política**. Madrid: Tecnos, 1996.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Claudia Maria. **Contribuição ao estudo do direito no contexto da lógica atual**. Florianópolis, 1993. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINA, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BOUDIN, Louis B. **Government by judiciary**. U.S.A. Russell & Russel, 1968.
- BRUN, Henri; TREMBLAY, Guy. **Droit constitutionnel**. 3rd ed. Cowansville (Québec): Yvon Blais, 1997.
- CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciencia política e direito constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. reimp. Coimbra: Almedina, 1993. t. 1.
- CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CASTRO JR. Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do direito: estados unidos x brasil**. Florianópolis: IBRADD, 2001.
- CORDON, Juan Manuel; MARTINEZ, Tomas Calvo. **História da filosofia**. Trad. Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1983. 3 v.
- CROSS, Rupert. **Precedent in english law**. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- CUNHA, Fernando Whitaker da. **Teoria geral do estado: introdução ao direito constitucional - de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI RUFÍA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Trad. Héctor Fix-Zamudio. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins fontes, 2000.

DAWSON, John P. **The oracles of the law**. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA, Waldemar. **História do direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 1.

GALL, Gerald L. **The canadian legal system**. 4th ed. Scarourough, Canadá: Carswell, 1995.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HAINES, Charles Grove. **The american doctrine of judicial supremacy**. New York: The Macmillan, 1914.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jahn. **O federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência política, USP, 1998.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états-unis**. Paris: Marcel Giard, 1921.

LECLAIR, Jean. **Les fondements philosophiques du droit constitutionnel et l'avènement du constitutionnalisme em occident**. 1997. Inédito.

LINARES QUINTANA. Segundo V. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968. 3 t.

LOBO, Jorge. **O sistema jurídico americano: a crescente importância da legislação e o especial significado da decisão judicial**. São Paulo: RT, 1991. n. 654.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o Governo**. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores, v. 18).

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed., 2. reimp. Barcelona: Ariel, 1982.

- LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Lisboa: Presença, 1979.
- LOUREIRO JR. **O controle de constitucionalidade das leis**. São Paulo: Max Limonad, 1957.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 3. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.
- MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos F. O direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil). **Estudos Jurídicos**, Curitiba, n. 1, 1993.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Trad. Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MELLO, Celso de. Democratização do poder judiciário e acesso à justiça. **Revista da Associação Juizes para a Democracia**, ano 4, n. 12, abr. 1998.
- MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Tendências do federalismo no Brasil**. Florianópolis, Lunardelli, 1987.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MERRYMAN, John Henry. **The civil law tradition**. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 1997.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: 1997. t. 1.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORIN, Jacques-Yvan; WOEHLING, José. **Les constitutions du canada et du québec: du régime français à nos jours**. 2. ed. Montréal: Les Édition Thémis inc. , 1994. t.1: Études.
- PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. **História da filosofia**. 13. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1981.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- POUND, Roscoe. **Liberdade e garantias constitucionais**. Trad. de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores, v. 24).

RUSSELL, Bertrand. **Historia de la filosofía occidental**. La filosofía moderna. Trad. Julio Gómez de la Serna e Antonio Dorta. Madrid: Espasa, 1997. t.1.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O Papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TRÍPOLI, César. **História do direito brasileiro: ensaio**. São Paulo: E.G. da Revista os Tribunaes, 1936. v. 1.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direito sociais no brasil**. Porto Alegre: Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ANCEL, Marc. **Utilidade de métodos do direito comparado**. Trad. Sérgio José do Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. A crise do judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994.

ARAÚJO, Justino Magno. Aspectos da jurisdição nos sistemas da common law e civil law. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 40, 1987.

ARTHUR, A.; EKIRCH JR. **A democracia americana: teoria e prática**. Trad. Alvaro de Cabral e Constantino Paleólogo. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

BANCO MUNDIAL. **Reforma judicial em América Latina y el Caribe**: documento técnico del banco mundial n. 280S. Washington, D.C., 1997.

BANCO MUNDIAL. **El sector judicial en américa latina: elementos da reforma**. Documento tecnico del banco muncial n. 319S. Washington, D.C., 1997.

BECERRA, Manuel José Terol. **El consejo general del poder judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

BEDIN, Gilmar Antônio. Estado, cidadania e globalização do mundo: algumas reflexões e possíveis desdobramentos. In: **Relações internacionais & globalização**. Ijuí: Unijuí, 1998. p. 123-149.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2nd ed. Yale University Press, 1962.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. Trad. Sérgio Bath. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BOLÍVAR, Lúcia O. Poder judicial o sistema de justicia? **Centro Gumila**, n. 589, nov. 1996.

CANADÁ. Ministère da la Justice du Canadá. **L 'Harmonisation de la législation fédélare ave le droit civil québécois et le bijuridisme canadien**: recueil d'études. 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CORREA, Oscar Dias. **A crise da Constituição: a constituinte e o STF**. São Paulo: RT, 1985.

COX, Richard H. **Four pillars of constitutionalism**. New York: Prometheus Books, 1998.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. A hora do judiciário. In: **A reforma do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 7-16.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. London: Fontana Press, 1986.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade: inovação infeliz e inconstitucional. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 79-91.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: RT, 1997.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KREBS, Fernando Aurvalle (Org.). **A reforma do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 1998.

KYMLICKA, Will. **Les théories de la justice**. Trad. Marc Saint-Upéry. [S.l.]: Boréal, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

LLOYD, Denis. **A idéia de lei**. 2. ed. Trad. Alvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Apontamentos sobre os judiciários norte-americano e canadense. In: **O Judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 283-295.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Fabris/CPGD-UFSC, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Fabris/CMCJ-Univali, 1998.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA NETTO, Antonio Garcia et al. (Coord.). **Dicionário de ciências sociais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Documentação Benedito Silva, 1987.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Esboço de proposta de emenda à constituição para reforma do poder judiciário**. Brasília, 1997.

PERRY, Michael J. **The constitution in the courts: law or politics?** New York: Oxford University Press, 1994.

POSNER, Richard A. **Law and legal theory in the UK and USA**. New York: Oxford University Press, 1996.

PRESSBURGER, T. Miguel. **Apontamentos sobre a (dis)função e o (des)funcionamento do judiciário**. Rio de Janeiro, 1996. Inédito.

PUCEIRO, Henrique Zuleta. **Las fuentes del derecho en los sistemas romanistas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984. (Anuário de Filosofia Jurídica y Social. Asociación Argentina de Derecho Comparado).

ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do direito e do estado**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **El poder judicial en la constitución**. Barcelona: Bosch, 1980.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

ROUSSILLOM, Henri. **Le Conseil Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 1991.

ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do estado moderno. In: **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-27.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: AUTOR. **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 39-65.

SHAPIRO, Martin. **Who guards the guardians: judicial control of administration**. Richard B. Russell Lectures, Number Six. Athens, Georgia, 1934.

SILVA, Germán Burgos. Reforma judicial, desarrollo exonómico y banca multilateral: una aproximación crítica al tema. **El Otro Derecho**, Bogotá, v. 8, n. 1, p. 123-138, 1998.

SOUZA, Celso Marcos de. **Sistemas judiciales y desempeño económico**. Fev. 1994. Inédito.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3 ed. rec. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reforma do poder judiciário: diagnóstico.** Brasília, 1975.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O judiciário e a constituição.** São Paulo: Saraiva, 1994.

THONNARD, F. J. A. A. **Compêndio de história da filosofia.** Trad. Dr. Valente Pombo. São Paulo: Herder, 1968. 2 v.

VAN DER KERCHOVE, Michel; OST, François. **Le système juridique entre ordre e désordre.** Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZVEITER, Waldemar. O controle do poder judiciário. In: **O Judiciário e a constituição.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 65-74.

ANEXO - REFORMA DO JUDICIÁRIO: TEXTO FINAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REFORMA DO JUDICIÁRIO

**TEXTO FINAL
CÂMARA DOS DEPUTADOS**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 96-D, DE 1992 (Do Sr. Hélio Bicudo)

TEXTO APROVADO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS 07/06/2000

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 5º

.....
LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
.....

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Art. 2º. O inciso X do art. 29 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 29
.....

X – julgamento do Prefeito, enquanto no exercício do cargo, perante o Tribunal de Justiça;(NR)

....."

Art. 3º. O inciso III do art. 36 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 36
.....

III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (NR)

IV- revogado

....."

Art. 4º. O inciso II do art. 52 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 52.
.....

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (NR)

....."

Art. 5º. O art. 92 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 92.....

.....
 I A – o Conselho Nacional de Justiça;

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional." (NR)

Art. 6º. O art. 93 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 93.

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, a ordem de classificação; (NR)

II -

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento; (NR)

d) na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (NR)

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III- o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância; (NR)

IV- previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (NR)

.....
VII – o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal, sob pena de perda do cargo; (NR)

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (NR)

VIII-A – a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas *a*, *b*, *c* e *e* do inciso II;

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (NR)

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pela maioria absoluta de seus membros; (NR)

XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do

tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; (NR)

XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas ou recesso nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente. Nos Tribunais Superiores, haverá Órgão Especial de Férias para julgar matérias urgentes;

XIII – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

XIV – delegação aos servidores da prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.”

Art. 7º. O art. 94 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de efetivo exercício, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista tríplice pelo respectivo órgão de representação de classe ou instituição. (NR)

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Poder Executivo efetuará as nomeações no prazo de vinte dias, findo o qual estas caberão ao Presidente do tribunal. (NR)"

Art. 8º. O art. 95 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 95.

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após três anos de exercício, observado o disposto no art. 93, IV, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de

sentença judicial transitada em julgado ou de decisão do Conselho Nacional de Justiça; (NR)

.....
III- irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, e a suspensão no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei. (NR)

§ 1º Aos juízes é vedado:

.....
IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V – exercer a advocacia no Juízo ou Tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

§ 2º O juiz perderá também o cargo por decisão do Conselho Nacional de Justiça, tomada pelo voto de três quintos de seus membros, nos casos de:

I – infração ao disposto no parágrafo anterior;

II – negligência e desídia reiteradas no cumprimento dos deveres do cargo, arbitrariedade ou abuso de poder;

III – procedimento incompatível com o decoro de suas funções.

§ 3º A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo."

Art. 9º. O art. 96 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 96.

.....

III – aos Tribunais de Justiça, julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns, enquanto no exercício do cargo, e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral."
(NR)

Art. 10. O art. 98 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 98.

I - juizados especiais, providos por juízes togados, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de pequeno valor ou menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, cuja indicação, por período fixo, observará os critérios de merecimento e antigüidade, alternadamente; (NR)

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais na Justiça Federal.

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

§ 3º A distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

§ 4º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei."

Art. 11. O art. 99 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º a 5º:

"Art. 99
.....

§ 3º Se os órgãos referidos no parágrafo anterior não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais."

Art. 12. O art. 102 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 102.

I -

b) nas infrações penais comuns, enquanto no exercício do cargo, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; (NR)

c) nas infrações penais comuns, enquanto no exercício do cargo, e nos crimes de responsabilidade, os membros dos Tribunais Superiores e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (NR)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (NR)

.....

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas autarquias; (NR)

.....

h) revogado

.....

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal; (NR)

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

.....

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas, decididas em única ou última instância, por Tribunal, quando a decisão recorrida:(NR)

.....

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

.....

§ 2º As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos

do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (NR)

§ 3º As medidas cautelares concedidas nas ações diretas de inconstitucionalidade terão eficácia por até cento e vinte dias, exceto se confirmadas pela maioria absoluta dos membros do tribunal.

§ 4º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Art. 13. O art. 103 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:(NR)

.....
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (NR)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;(NR)

.....
§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser prévia e obrigatoriamente ouvido nas ações diretas de inconstitucionalidade. (NR)

.....
§ 3º revogado

§ 4º revogado”

Art. 14. A Seção II do Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 103-A:

“Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação ao demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Art. 15. O Capítulo III do Título IV da Constituição Federal passa a vigorar acrescido da seguinte Seção II-A:

Seção II-A

DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI - um juiz do Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos e das votações naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, a remoção, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos

proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de Juízos ou Tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho funcionarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.”

Art. 16. O parágrafo único do art. 104 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 104.

 Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (NR)
"

Art. 17. O art. 105 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 105.
 I –
 a) nos crimes comuns, enquanto no exercício do cargo, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes, enquanto no exercício do cargo, e nos de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros do Tribunal de Contas da União, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou

Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; (NR)

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, do Tribunal de Contas da União ou do próprio Tribunal; (NR)

.....
i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias;

.....
III-

.....
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(NR)

.....
Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: (NR)

I – a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II – o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.”

Art. 18. O art. 107 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações, acrescido dos §§ 2º e 3º, passando o atual parágrafo único para § 1º:

"Art. 107.....

§ 1º

§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. "

Art. 19. A alínea a do inciso I do art. 108 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 108

I -

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns, enquanto no exercício do cargo, e de responsabilidade, e os Membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (NR)

....."

Art. 20. O art. 109 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 109 109

.....

.....

V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

.....

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

§ 6º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Art. 21. O art. 112 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 112. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (NR)

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II – os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 2º Funcionará junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I – a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II – o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.”

Art. 22. O art. 113 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (NR)

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II - os demais, mediante promoção de juízes do trabalho com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. "

Art. 23. O art. 114 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 114. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes

de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

§ 1º revogado

§ 2º revogado

§ 3º revogado.” (NR)

Art. 24. O art. 115 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 115. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (NR)

I – as ações oriundas da relação de trabalho abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam o exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado, às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a justiça do trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Compete ainda à Justiça do Trabalho julgar a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

§ 4º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (NR)”

Art. 25. O art. 116 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 116. A lei criará órgãos de conciliação, mediação e arbitragem, sem caráter jurisdicional e sem ônus para os cofres públicos, com representação de trabalhadores e empregadores, que terão competência para conhecer de conflitos individuais de trabalho e tentar conciliá-los, no prazo legal. (NR)

Parágrafo único. A propositura de dissídio perante os órgãos previstos no *caput* interromperá a contagem do prazo prescricional do art. 7º, XXIX. (NR)

Art. 26. O art. 119 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 119.

.....

II- por nomeação do Presidente da República, de dois juízes dentre advogados de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados em lista tríplice, para cada vaga, pela Ordem dos Advogados do Brasil. (NR)

.....”

Art. 27. O art. 120 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 120.....

§ 1º

I -

a) de um juiz dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;(NR)

b) de dois juízes dentre os juízes de direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça. (NR)

II – de dois juízes dentre os do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juízes federais, escolhidos, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; (NR)

III – por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre advogados de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados em lista tríplice, para cada vaga, pela Ordem dos Advogados do Brasil. (NR)

§ 2º O Tribunal Regional Eleitoral será presidido pelo Desembargador.” (NR)

Art. 28. O *caput* do art. 121 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 121. A lei disporá sobre a organização da Justiça Eleitoral e a competência de seus órgãos. (NR)

....."

Art. 29. O art. 123 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de nove Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo dois dentre oficiais-generais da Marinha, dois dentre oficiais-generais do Exército e dois dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e três dentre civis. (NR)

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (NR)

I – um dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; (NR)

II – dois, por escolha paritária, dentre os juízes e membros do Ministério Público Militar. " (NR)

Art. 30. O art. 125 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.125.

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, justiça militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes, cujos cargos de juiz serão preenchidos pelos critérios adotados no Tribunal de Justiça.(NR)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as

ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do Juri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (NR)

§ 5º Compete aos juízes de direito dos juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civil e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 8º Os Estados criarão ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.”

Art. 31. O *caput* do art. 126 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.(NR)

....."

Art. 32. O art. 127 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º a 6º:

"Art. 127.....

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do parágrafo anterior.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais."

Art. 33. O art. 128 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 128.....

.....

§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida uma recondução. (NR)

.....

§ 5º.....

I-.....

a) vitaliciedade, após três anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado ou por decisão do Conselho Nacional do Ministério Público; (NR)

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (NR)

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, § 2º, I, e a suspensão no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei. (NR)

II-.....

e) exercer atividade político-partidária; (NR)

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

g) exercer a advocacia no âmbito da respectiva área de atuação, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

§ 6º Os membros do Ministério Público perderão também o cargo por decisão do Conselho Nacional do Ministério Público, tomada pelo voto de três quintos de seus membros, nos casos de:

I – infração ao disposto no inciso II do § 5º;

II – negligência e desídia reiteradas no cumprimento dos deveres do cargo, arbitrariedade ou abuso de poder;

III – procedimento incompatível com o decoro de suas funções."

Art. 34. O art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 129.

.....

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição, sob pena de perda do cargo.(NR)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.(NR)

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público o disposto no art. 93.(NR)

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata."

Art. 35. A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do artigo 130 A:

"Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de treze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – o Procurador-Geral da República, que o preside;

II – três membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III – três membros do Ministério Público dos Estados;

IV – dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

§ 2º Não poderá ser nomeado para cargo no Conselho Nacional do Ministério Público aquele que, nos três anos anteriores, tenha exercido mandato eletivo ou ocupado cargo de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Procurador-Geral da República, Procurador-Geral de Justiça, Advogado-Geral da União, Presidente dos Conselhos da Ordem dos Advogados do Brasil e seus respectivos Conselheiros.

§ 3º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a perda do cargo, a remoção, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou

proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – determinar a instauração das ações cabíveis, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

VI – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84,XI.

§ 4º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e de seus serviços auxiliares;

II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 5º Junto ao Conselho oficiará o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 6º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público."

Art.36. O art. 132 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte §2º, passando o atual parágrafo único a § 1º:

“Art 132

§ 1º.....

§ 2º Às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no artigo 99, § 2º.”

Art. 37. O art. 133 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites do estatuto do advogado." (NR)

Art. 38. O art. 134 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, passando o atual parágrafo único, a § 1º:

"Art. 134.

§ 1º

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º."

Art. 39. O Art.168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, das Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal e da

Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art.165, § 9º.”(NR)

Art. 40. A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.

Art. 41. Ficam extintos os Tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antigüidade e a classe de origem.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contados da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.

Art. 42. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação e escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

§ 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no *caput* deste artigo, caberá ao Supremo Tribunal Federal realizá-las.

§ 2º Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

Art. 43. Ficam transformadas em varas da Justiça do Trabalho as atuais Juntas de Conciliação e Julgamento.

Art. 44. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho será instalado no prazo de cento e oitenta dias, cabendo ao Tribunal Superior do Trabalho regulamentar seu funcionamento por resolução, enquanto não promulgada a lei a que se refere o art. 112, § 2º, II.

Art. 45. Mantidos os já existentes, a lei somente criará novos Tribunais Regionais do Trabalho quando demonstrada a efetiva necessidade do órgão, considerando-se o número de habitantes e de processos trabalhistas.

Art. 46. A composição do Superior Tribunal Militar será adaptada à medida que ocorrerem as vagas, sendo extintos os cargos de Ministro até que se chegue ao número paritário entre as Forças e seja reduzido para três o número de cargos de Ministro ocupados por civis, conforme estabelecido por esta Emenda.

Art. 47. O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como a promover alterações na legislação federal objetivando tomar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Art. 48. As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Art. 49. Ficam revogados o inciso IV do art. 36; a alínea *h* do inciso I do art. 102; os §§ 3º e 4º do art. 103 ; os §§ 1º a 3º do art. 111 e os §§ 1º a 3º do art. 114.



**PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

ASSESSORIA DE ARTICULAÇÃO PARLAMENTAR

Armando Sobral Rollemberg
Assessor-Chefe

Jefferson Paranhos Santos
Assessor

Suzi Raquel Lucas do Vale
Técnica Judiciária

Jadir da Fonseca Camargos
Técnico Judiciário

Cláudia Gonçalves Mancebo de Mendonça
Técnica Judiciária

Junho, 2000

Barbosa, Claudia Maria

Os novos oráculos da lei : a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil / Claudia Maria Barbosa; Universidade Federal de Santa Catarina. – 2002.

x, 226 f. + anexo

Orientador: Osvaldo Ferreira de Melo

Tese (doutorado) – Direito / Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

1. Sistemas jurídicos. 2. Decisões judiciais. 3. Sistemas comparados. I. Melo, Osvaldo Ferreira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. III. Título.

CDD 20. ed