

O CASO DOS CRIMES DE HERMENÊUTICA: PRECEDENTE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL*

THE HERMENEUTICS CRIME CASE: LEADING CASE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL REVIEW

Maria Fernanda Salcedo Repolês

RESUMO

Esta comunicação reconstrói um fragmento da história brasileira, a Revisão-crime contra o Juiz Alcides de Mendonça, defendido perante o Supremo Tribunal Federal pelo seu advogado Rui Barbosa. Essa reconstrução, no contexto do paradigma do Estado de Direito, tem o objetivo de mostrar as raízes históricas e teóricas do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e refletir sobre a herança que essas raízes firmam sobre a prática jurídica atual e sobre a cultura institucional forjada num processo longo de aprendizado social. Abordam-se, em especial, duas questões: a contribuição do Supremo Tribunal Federal como lugar de construção da identidade do sujeito constitucional e a tensão entre Direito e Política inerente à atuação desse órgão.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMES DE HERMENÊUTICA; CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; RUI BARBOSA; HISTÓRIA DO BRASIL; CULTURA BRASILEIRA

ABSTRACT

This paper reconstructs a fragment of brazilian history, the Criminal Case against a Judge Alcides de Mendonça, defended by Rui Barbosa in the Federal Supreme Court. The reconstruction aims to demonstrate – in the context of the Rule of Law paradigm, the historic and theoretical roots of the judicial constitutional review in Brazil and to think about the heritage that these roots consolidate in the contemporary juridical practice, as well as in the institutional culture constructed in a long process of social education. The paper focuses specially in two aspects: the contribution of the Federal Supreme Court as a place where the identity of the constitutional subject is built and the tension between Law and Politics inherent to the role of the Court.

KEYWORDS: HERMENEUTICS CRIME CASE; JUDICIAL CONSTITUTIONAL REVIEW; RUI BARBOSA; BRAZILIAN HISTORY; BRAZILIAN CULTURE

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre os sistemas de controle de constitucionalidade leva os juristas invariavelmente a estudarem, por um lado, a teoria de Hans Kelsen, que sintetizou o modelo austríaco de controle, e, por outro, à discussão sobre o caso *Marbury vs. Madison*, precedente norte-americano do controle difuso de constitucionalidade. Embora não neguemos a importância do estudo de fontes estrangeiras na elucidação do funcionamento de institutos jurídicos, como é o caso do sistema de controle de constitucionalidade, torna-se evidente para nós a pouca importância que se atribui e a escassa bibliografia que existe no estudo da formação desses institutos a partir das fontes nacionais.

A proposta do presente texto é a de reconstruir as raízes históricas brasileiras do controle de constitucionalidade com a convicção de que esta reflexão pode contribuir para uma compreensão mais ampla do tema e ao mesmo tempo mais específica quanto à formação de uma cultura jurídica da qual devemos respeitar e conhecer as especificidades. Uma reflexão sobre nossa história constitucional, com seus acertos e desacertos, lança novas luzes sobre o longo processo de aprendizado social e nos permite revisar a compreensão que temos sobre as instituições e as práticas jurídicas contemporâneas.

Propomos compreender o sistema de controle de constitucionalidade dentro do processo de atualização normativa, ou seja, inserido em sua historicidade, e, por isso, constitutivo de uma narrativa da comunidade política que constrói e reconstrói uma auto-imagem e, assim, toma esse discurso constitucional sobre o texto constitucional a ele submetido, como uma reflexão acerca da aprendizagem social da democracia. A definição de Constituição que nos serve de ponto de partida é a de Constituição como processo de atualização normativa do sistema de direitos. Por isso, a Constituição tal como é aqui definida e que pode ser chamada de “Constituição viva”, seguindo a terminologia norte-americana da “*living Constitution*”, pressupõe em seu conceito o de identidade do sujeito constitucional.

Como Michel Rosenfeld (2003) ressalta, a idéia de sujeito constitucional encerra na própria palavra uma ambigüidade. Porque ao mesmo tempo em que ela remete ao “sujeito”, no sentido daquele ou daqueles que redigiram a Constituição, a palavra também guarda a simbologia do “sujeito” enquanto aquele que se ‘submete a’. Essa ambigüidade - que está longe de ser meramente semântica - agrava-se ainda mais na Modernidade e nos regimes constitucionais contemporâneos, nos quais a crise de legitimidade do Direito torna-se evidente, na medida em que este fica impossibilitado de buscar fundamento na ética, na religião ou na moral. Assim, a construção de uma identidade para o sujeito constitucional moderno é cheia de complexidade e ambigüidade, fugaz e problemática, em face da incapacidade de encontrar uma fonte última de legitimidade e de autoridade da ordem constitucional.

Assim sendo, o resgate de momentos históricos que evidenciam e problematizam o processo de aprendizado social que define e redefine a identidade do sujeito constitucional torna-se relevante para a melhor compreensão do que é a Constituição no Brasil hoje. Como explica Dworkin (1999), voltar-se ao passado não quer dizer recuperar os objetivos e princípios práticos utilizados por aqueles que os criou, pois só se volta ao passado na medida em que os problemas contemporâneos assim o exijam.

Olhar para o passado é uma forma de buscar entender e justificar aquilo que foi feito de forma a lançar a melhor luz sobre a história institucional, mostrando as conquistas cotidianas envolvidas na construção da Constituição viva, que se efetiva nas práticas do dia-a-dia. Isso, no entanto não quer dizer que vejamos esses momentos passados de maneira acrítica e fora de contexto, não quer dizer, portanto que a formação do processo de aprendizado esteja livre de conflitos e transformações, ou, como diz Habermas (2001-b), não quer dizer que o processo esteja imune a interrupções e recaídas. O processo histórico encerra continuidades e descontinuidades, mas em longo prazo, pode ser interpretado como um processo que se corrige a si próprio (HABERMAS,2001-b).

Assim, por mais autoritária que tenha sido a história do Brasil, todo autoritarismo teve que se afirmar, mesmo que de forma parasitária, pelo discurso dos direitos, teve, portanto, que fazer referência aos fundamentos do constitucionalismo para se legitimar. É nesse sentido que podemos entender a Constituição como tendo constituído, desde sempre, mesmo que em fragmentos, a identidade do sujeito constitucional.

Nosso interesse inicial parte do debate acerca da posição privilegiada que o Poder Judiciário, e principalmente o Supremo Tribunal Federal, ganha na medida em que o Estado Democrático de Direito exige não apenas lidar com problemas gerados pelos conflitos sociais que levantam questões a respeito dos “novos” direitos (difusos, biodireito, etc), como também a necessidade de lidar com os ‘velhos’ problemas. As heranças deixadas pelos paradigmas do ‘Estado de Direito’ e de ‘Bem-estar Social’ que ganham novos contornos e maior complexidade. Queremos contribuir para as discussões que buscam lançar luzes sobre o papel institucional que deve ser ocupado pelo Supremo nesse processo de aquisição da cidadania, que é o ponto central da formação do atual paradigma constitucional.

Esse papel institucional é correntemente chamado de papel político. Mas a definição do que venha a ser ‘política’ neste contexto gera debates nos mais variados âmbitos: sociológicos, filosóficos, políticos e jurídicos. A relação Direito e Política na Modernidade é capaz de desafiar os cientistas e os filósofos a pensarem sobre suas possibilidade e se reflete no debate sobre a politização do Poder Judiciário e principalmente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. A política nesse caso aparece em duas posições que mais do que antagônicas são intercambiáveis e ambivalentes. Os juristas constitucionais rejeitam o “partidarismo” dos juízes, a assunção de papéis políticos que minam o pressuposto da imparcialidade. Por outro lado, clamam por um ativismo judicial capaz de fazer frente a questões de cunho moral, ético-valorativo e político-ideológico que surgem nos processos marcados pelos conflitos sociais “novos” e “antigos” e que requerem uma resposta no mínimo menos pasteurizada do que aquela dada pelo Positivismo em suas mais variadas vertentes.

A pluralidade de visões sobre a relação Direito e Política se dá no contexto específico da formação de um Estado Democrático de Direito capaz de criar mecanismos institucionais, estruturas sociais, conceitos, idéias e práticas que promovam cidadania e inclusão social. Em definitiva, todos buscam cada um a sua maneira, a consolidação do Estado Democrático de Direito não apenas como uma idéia intelectual, mas como um paradigma social, ou seja, como pano de fundo de toda prática social. Por isso, queremos agregar ao enfoque interdisciplinar a dimensão da história, na medida em que entendemos, com Habermas, que:

O projeto de realização do Direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. (...) na medida em que [o novo paradigma] conseguisse cunhar o horizonte de pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da Constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do Direito. (HABERMAS, 1997, 188-190)

Para tratar da ocupação do espaço da identidade do sujeito constitucional e da demarcação da relação entre Direito e Política como papel do Poder Judiciário, na medida em que esta define e redefine o conceito de Constituição voltamos um holofote para um fragmento desse processo de aprendizado em que essas questões tornam-se evidentes e problemáticas. Trata-se da construção da tradição de controle de constitucionalidade no Brasil em que o Poder Judiciário é chamado a decidir sobre a adequação de leis e atos de governo à Constituição. Nessa tarefa que foi consagrada pela Constituição Republicana de 1891 e perdurou até a presente Constituição de 1988, fica clara a necessidade de discutir o papel do Poder Judiciário como político, não em um sentido partidário, mas no sentido de que as decisões tomadas por esse Poder fazem parte da dinâmica de formação da identidade constitucional. É nesse sentido que deve ser também compreendido o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, isto é, como guardião dos processos de definição e redefinição da identidade do sujeito constitucional, sempre carente e precária.

Leda Boechat Rodrigues nos diz que em 1889, Dom Pedro II constituiu uma comissão encarregada de estudar o funcionamento da Suprema Corte Americana, que inclusive chegou a viajar para aquele país em julho daquele ano, com a recomendação de ter o máximo de atenção e cuidado em conhecer o seu funcionamento. Poucos meses depois, a Monarquia era deposta e a família real exilada. Com a Proclamação da República, é criado o Supremo Tribunal Federal. Assim, intriga-nos saber que tipo de ganho funcional e hermenêutico representa essa mudança. O que mudaria qualitativamente na forma como a Constituição constituía a identidade? O que mudaria na forma como ela - Constituição viva - afirmava, pelas práticas sociais, a sua força integradora? Como a partir da criação do Supremo Tribunal Federal se tornaria possível ou não uma compreensão pós-convencional de Constituição? Isto é, uma compreensão de Constituição como comunidade de princípios em que o vazio simbólico entre '*autoritas*' e '*potestas*' não é mais visto como ferida aberta, mas como constitutiva do processo de aprendizado social? Até que ponto essa visão da crise como elemento inerente ao processo democrático, avançou na medida em que o controle jurisdicional foi sendo construído não apenas no nível legislativo, mas, sobretudo na medida em que foi se afirmando nas práticas da cultura jurídica brasileira, a partir do controle de constitucionalidade?

Nas próximas páginas procuraremos lançar algumas luzes sobre essas perguntas de forma a comprovar que a Constituição formal no Brasil foi indispensável no processo de construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional, embora ela por si só não seja capaz de desvendar a intricada questão da identidade do sujeito constitucional, ou dar resposta à difícil pergunta 'quem somos nós?', ou à tentativa da reconstrução histórico-teorética da 'fundação'.

Nessa comunicação pretendemos contribuir para esse debate, avaliando o exercício de um modelo de controle de constitucionalidade que foi adotado nas raízes da jurisdição constitucional em nosso país, a partir do modelo norte-americano, e que é conhecido como controle difuso. Para isso, faremos o estudo de um julgado do Supremo Tribunal Federal, do ano de 1897. Trata-se de uma revisão crime^[1] interposta pelo juiz de direito da Comarca do Rio Grande, Dr. Alcides de Mendonça Lima, contra decisão do Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, que o condenou a nove meses de suspensão do cargo por ter se recusado a aplicar dois artigos de lei estadual, por considerá-los inconstitucionais. Esse caso é conhecido como o ‘Caso dos Crimes de Hermenêutica’, e lança luzes sobre o que poderíamos chamar de justificação pós-convencional de direitos. Permite-nos refletir sobre o processo de aprendizado social sobre esses direitos que encontra importantes fragmentos na conformação da Primeira República. Poderemos avaliar, a partir deste caso, quais os mecanismos discursivos que este momento da história do Brasil legou para uma melhor compreensão da relação entre Direito e Política e de que maneira esses mecanismos podem servir como uma lição para os processos de decisão democráticos atuais. Mostraremos a importância da afirmação da Constituição como forma indisponível a possibilitar a manutenção da dinâmica política de debate público. E reafirmaremos a importância do papel do Supremo Tribunal Federal na consolidação dessa visão de Constituição.

O CASO DOS CRIMES DE HERMENÊUTICA.

Sob a égide do poderoso Júlio de Castilhos que governava o Estado do Rio Grande do Sul com mão de ferro, uma reforma legislativa inspirada nos ensinamentos positivistas de Benjamin Constant, foi promovida em vários âmbitos, inclusive na forma da nova lei de organização judiciária. A Lei n. 10 de 16 de dezembro de 1895, que, entre outros pontos, modificou o instituto do júri popular, estabeleceu que as decisões do Júri “seriam proferidas pelo voto a descoberto da maioria” e que os jurados não poderiam ser recusados, apenas seria oposta suspeição motivada a ser decidida pelo presidente do tribunal.

Em seu plano de instituir uma “ditadura científica”, Júlio de Castilhos defendia a abolição do tribunal do júri, mas era impedido de acabar com o órgão devido à expressa determinação da Constituição de 1891, que dizia, na seção II – da Declaração de Direitos:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§31. É mantida a instituição do júri. (BRASIL, 1999: 99).

O Presidente do Estado optou, por isso, por modificar a instituição, diminuindo-a de doze para cinco membros, substituindo o sigilo pela publicidade nas deliberações do conselho de sentença e acabando com a prerrogativa do acusado e do Ministério Público de recusar jurados sem precisar justificar a recusa, mantendo apenas a possibilidade de

recusa motivada. A própria exposição de motivos da lei mostrava o ânimo do governo com essas reformas:

A simples observação commum reconhecerá facilmente o inilludível declínio dessa instituição, cujo destino histórico se approxima cada vez mais do seu termo fatal. (...) applicando o methodo positivo às investigações criminaes, tem chegado à conclusão de que é necessária a eliminação do Jury, em nome da defesa social, já que, em vez de ser factor de repressão, elle tem sido um elemento protector do crime. (apud. BRASIL, Revisão-crime, 1897: 46-47).

Essa lei de dezembro de 1895 teve que operar seus efeitos pela primeira vez em 28 de março de 1896, dia da abertura da sessão do júri da cidade do Rio Grande, presidida pelo juiz de direito da comarca daquela cidade, Dr. Alcides de Mendonça Lima, que declarou logo no início da sessão que não applicaria os artigos 65, § 1º e 66, da lei por julgá-los inconstitucionais. Os artigos regulamentavam precisamente o voto em descoberto e o fim da recusa peremptória. Dr. Alcides entendia que o voto secreto e as recusas peremptórias são características intrínsecas do instituto do júri, que não podem ser revogadas ao bel prazer dos interesses políticos, sem subverter o estabelecido pelo art. 72 §31 da Constituição Federal.

A reação do governo do Estado foi imediata e três dias mais tarde o Presidente Júlio de Castilhos oficiava ao Procurador Geral do Estado para que promovesse a responsabilidade do “juiz delinqüente e faccioso”. (BRASIL, Revisão Crime, 1897: 18). O juiz Alcides foi denunciado por crime de prevaricação (art. 207, §1º do Código Penal), alegando ter ele agido por ódio e interesses político[2]. O Tribunal do Estado não aceitou a capitulação do crime, mas entendeu que o juiz excedeu os limites das funções próprias de seu emprego, incorrendo no grau médio do crime estabelecido no art. 226 do Código Penal e condenou-o a pena de nove meses de suspensão do emprego, por abuso de autoridade.

Inconformado com a decisão, o Dr. Alcides requereu a revisão-crime ao Supremo Tribunal Federal, assistido em sua defesa pelo advogado Rui Barbosa, que apresentou uma monografia, que não apenas constava dos autos como petição inicial, como foi publicada pela imprensa, distribuída em círculos intelectuais e discutida nas ruas, intitulada: *O Jury e a responsabilidade penal dos juizes*. (BARBOSA, s.d. (1896)).

Na fundamentação da denúncia ao Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Procurador Geral do Estado argumenta que:

Comquanto os poderes políticos e constitucionaes sejam orgams de um mesmo aparelho governativo, cada um tem sua órbita toda de acção definida, uma função especial a desempenhar e fora dessa órbita toda a sua actividade é illegal. Si o poder legislativo agio nos termos prestabelecidos pela Constituição, respeitando o processo decretado da mais completa publicidade e promulgou afinal a lei organização judiciária, não cabe ao poder judiciário e menos a um juiz singular e isolado oppôr embaraços à sua execução. O procedimento do denunciado é, portanto, criminoso. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 16).

Essa citação é reveladora da dificuldade na cultura institucional brasileira de aceitar o controle jurisdicional de constitucionalidade, principalmente tratando-se do modelo difuso, que abria possibilidade a qualquer juiz de primeira instância de confrontar poderes políticos e legislativos com grande autoridade local, no contexto coronelista da época.

A acusação contra o Dr. Alcides fundava-se basicamente no argumento de ter ele procedido contra literal disposição de lei, o que descaracterizava a sua função de aplicador, agravado pelo fato de ter sido movido por interesses políticos e paixões partidárias.

Em sua defesa, o Dr. Alcides admitiu ter se recusado a aplicar a lei naqueles dispositivos citados, mas no estrito cumprimento de seu dever, qual seja, o de interpretar a lei em face à Constituição Federal. Ele admitiu ter julgado que esses artigos contrariam a Constituição e subvertem a instituição por ela mantida como direito fundamental do cidadão. O juiz se valeu, conforme ele explica do art. 8º da mesma lei n. 10, que estabelece, em consonância com a própria Constituição Federal, que: “Os juizes deixarão de aplicar as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais” (BRASIL, Revisão-crime 1897: 21) Contra tal argumento, o Procurador do Estado alegou que os dispositivos em questão não eram ‘manifestamente’, ou seja, expressamente inconstitucionais, e que, portanto ao juiz não caberia “arvorar-se em supremo e original poder moderador para tardiamente oferecer seu veto à execução da lei” (BRASIL, Revisão-crime 1897: 16). [\[3\]](#)

O Dr. Alcides tentou ainda convencer o Tribunal de que este não poderia se pronunciar sobre a denúncia até que o STF se manifestasse sobre a constitucionalidade da lei *in casu*, do qual o processo de responsabilidade é incidente. Levantada a preliminar, aprofundou nos argumentos em favor da inconstitucionalidade da lei riograndense, e buscou comprovar que a interpretação da lei é atributo especial do Poder Judiciário, a ser exercida com a maior responsabilidade possível e por isso mesmo, mister se faz negar a aplicabilidade de toda lei que contrarie a lei maior. Essa tarefa de interpretação não pode ser vista como crime, mesmo que contrarie os interesses de facções políticas ou mesmo que seja exercida de maneira errada.

Desqualificou, ainda, a capitulação do crime de acordo com o art. 207 §1º, tendo em vista que este fala em o juiz ir contra a literal disposição de lei para se beneficiar pessoalmente da decisão tomada. Ou seja, o artigo exige, para surtir seus efeitos sancionatórios, do dolo do agente, da intenção, que nesse caso estava completamente ausente. E aqui é desenvolvido um argumento muito interessante por parte do Dr. Alcides quando alega que o Procurador do Estado, ao se referir a ‘ódio político’ ou ‘interesse político’ teria alargado o sentido do art. 207, que falava apenas em ódio ou interesse, referindo-se à tentativa do juiz se beneficiar pessoalmente e introduzir a corrupção em suas decisões. E continua o Dr. Alcides: as divergências políticas por si só não podem ser tidas como ódio pessoal, mas como elementos que trazem contribuições a um assunto que é essencialmente jurídico.

A ligação entre Direito e Política que este argumento faz, elucida o tema introduzido neste texto. Para este juiz estadual, homem de surpreendente lucidez, os juizes podem

discutir assuntos que tenham aspectos políticos envolvidos e nisso não reside qualquer impedimento para o juiz. Mas o farão dentro de uma perspectiva jurídica, buscando contribuir para o debate com argumentos que lancem luzes sobre a adequação das disputas e controvérsias políticas no âmbito da legislação e, sobretudo no âmbito da sua adequação à Constituição Federal. E termina dizendo:

Sem dúvida que o meu acto foi premeditado, reflectido, maduramente pensado e estudado com calma e frieza de raciocínio, não sob a pressão dos moveis subalternos mencionados na denuncia, mas debaixo da suggestão natural dos princípios geraes de direito, a que está subordinado o exercício do meu cargo. (BRASIL, Revisão-crime 1897: 85).

Para concluir a sua defesa perante o Tribunal de segunda instância, o Dr. Alcides mostra que se houve alguém que se moveu por interesses políticos e paixões partidárias, esse alguém foi precisamente o Presidente do Estado, que, ao invés de recorrer da sentença, mandou processar criminalmente o juiz por interpretar a lei, instituindo uma figura desconhecida do código penal brasileiro: o crime de hermenêutica.

Rejeitada a preliminar, o Tribunal passou a decidir primeiramente sobre a pronuncia. Essa decisão é interessante, pois acaba por consagrar a idéia de que o juiz pode ser processado criminalmente por fazer uma interpretação equivocada da lei. O relator argumenta que a falsa interpretação do juiz, que confunde o direito com a forma e a instituição com a organização, teria como consequência a restrição das prerrogativas constitucionais dadas aos governos dos Estados-membros, atentando contra o princípio federativo.

O Tribunal levanta outro argumento, o da necessidade da aplicação da doutrina norteamericana da ‘inconstitucionalidade manifesta’, segundo a qual o juiz deve considerar que toda lei goza da presunção de constitucionalidade, o que implica que a declaração de inconstitucionalidade só poderá ser feita em caso de clara e evidente violação à Constituição. Em caso de dúvida, ele deverá permanecer em favor do poder legislativo, de forma a não “subverter-se a necessária e legítima coordenação dos departamentos do poder público, e não se desprestigiar o regimen republicano, que deve ser verdadeiramente o governo da lei.” (BRASIL, Revisão-crime 1897: 39)

A decisão sobre a pronuncia, foi julgada procedente por maioria, para que seja o Dr. Alcides acusado e julgado pelo crime do art. 226 do Código Penal, portanto, pelo crime de abuso de autoridade. Os votos vencidos, um em favor da pronúncia, mas vencido quanto à classificação do crime, que a seu ver teria de ser o do art. 207 – prevaricação; e o voto do Desembargador Vieira da Cunha, pela improcedência da acusação porque “não se pode considerar crime a interpretação, embora errônea da lei dada pelo querellado no uso legítimo de suas funções de magistrado.” (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 40) E finalmente, em 18 de Agosto de 1896, a sentença condenatória, contra o Dr. Alcides, a nove meses de suspensão do emprego porque incurso no grau médio do art. 226 do Código Penal.

Foi nesse contexto que em novembro de 1896 chega ao Supremo Tribunal Federal revisão-crime cuja defesa é assinada pelo eminente Rui Barbosa. A estratégia de Rui

consiste em primeiramente discutir a instituição do tribunal do júri na Constituição de 1891, compará-la com o debate mundial, fazendo referências aos Estados Unidos, Inglaterra e países da Europa continental. Mostra o júri como instituição que desde a sua origem é ligada à idéia de liberdade, e que todo governo no mundo que tentou suprimi-la o fazia em virtude do alcance que esta instituição tem para o aprofundamento da democracia. É nesse espírito que o governo do Rio Grande do Sul a ela se opõe:

Está, portanto, na ordem lógica das causas e efeitos que, sob uma constituição, como a rio-grandense, onde o governo absorve o poder legislativo, o poder municipal e, até, o poder constituinte, a política se impacienta contra essa última barreira à sua onipotência. Há incompatibilidade essencial entre os mecanismos daquele regime e essa forma da justiça, que é uma das mais conspícuas feições do estado moderno entre as nações livres, e em todas as redistribuições da autoridade política neste século tem sido especificada como um dos direitos do povo. (BRASIL, Revisão-crime 1897: 56).

Desenvolve ainda em seu raciocínio a idéia que tanto o voto secreto quanto as recusas peremptórias são características intrínsecas ao tribunal do júri, e que ao suprimi-las estar-se-ia subvertendo a lógica da instituição e afetando a sua essência. O voto secreto tem como base a proteção da independência do julgador, que não se sujeita às pressões vindas da divulgação de seu voto, por isso sua abolição afeta a essência do júri. As recusas peremptórias têm sua base no princípio de confiança do réu, que se sente seguro de que será julgado com imparcialidade, por jurados que de certa maneira ele ajuda a escolher. Essa garantia é tão preciosa em países que a implantaram a ponto de se tornar direito irrenunciável, operando a nulidade do processo.

Rui Barbosa mostra que a questão apresentada nesse caso é um problema federativo; que diz respeito ao alcance que se dará ao legislativo estadual em face às proposições políticas da União; um problema que segundo ele, trata de um projeto nacional contra as idiossincrasias locais. E chega ao ponto crucial da defesa que é o da descaracterização do suposto crime de hermenêutica.

Para adentrar esse argumento, Rui lança um desafio – apesar de tudo o que foi dito sobre a instituição do júri e sobre a inconstitucionalidade das restrições impostas pela lei do Rio Grande do Sul, se partirá do pressuposto de que o Dr. Alcides esteja errado, tenha feito uma interpretação equivocada da lei n. 10, que na verdade é constitucional. Partir-se-á desse pressuposto para mostrar que mesmo o juiz tendo errado, não cometeu nenhum crime. Pois o poder de anular leis inconstitucionais não é uma faculdade dada aos juizes, mas antes um dever imposto a qualquer juiz e tribunal.

Tendo o juiz confrontado o poder político do Estado com “o imprevisto de uma força viva e independente”, foi inventado quase que por “geração espontânea” o crime de hermenêutica, a responsabilidade penal do juiz “pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos”. (BRASIL, Revisão-crime 1897: 99-100). E o Presidente do Estado, ao invés de utilizar a hierarquia judiciária para consertar os erros do juiz de primeira instância, mediante interposição de recurso, preferiu o terror, um mecanismo de pressão capaz de “dissolver o homem em escravo”. (BRASIL, Revisão-crime 1897: 100). O ofício do governador ao Tribunal dava a entender que se este absolvesse o juiz, seria igualmente constituído como faccioso.

A desconsideração por parte do poder “legislativo-administrativo” [4] do Rio Grande do Sul, do dever dos juizes de interpretar a lei e de negar a aplicação àquelas inconstitucionais, é a negação do próprio Estado de Direito. Pois, neste há uma separação entre a justificação das ações na esfera pública política e a capacidade de agir sem justificação, na esfera privada, que ao transmutar-se para a esfera pública se transforma em puro arbítrio. Rui Barbosa lembra o pensamento do norte-americano Bryce para quem o corpo legislativo que ultrapassa a Constituição, já não é um corpo legislativo, “mas um simples grupo de particulares, a *mere group of private persons*.” (BRASIL, Revisão-crime 1897: 101), ou seja, é a própria confusão entre esfera pública e esfera privada, uma indistinção cujo preço a sociedade paga com a tirania.

A vedação contida na lei federal n.221, de 20 de novembro de 1894, segundo a qual os juizes devem negar aplicabilidade a leis inconstitucionais, foi repetido na lei estadual n.10, em questão, a qual agrega à frase o qualificativo ‘manifestamente inconstitucional’. Um qualificativo que permitiu a Júlio de Castilhos fundamentar seu feito contra o juiz Alcides de Mendonça, sob o fundamento de que a lei teria que se mostrar evidentemente, expressamente, claramente inconstitucional para gerar a prerrogativa jurisdicional de não aplicação.

Esse argumento levanta uma questão hermenêutica muito interessante. Há um pressuposto sob a iniciativa do poder constituinte derivado do Rio Grande do Sul ao fazer a alteração e qualificar a inconstitucionalidade de ‘manifesta’. É o pressuposto de fé no poder do texto, herança do positivismo legalista que carregamos até hoje em nossa cultura institucional. Essas visões legalistas, comuns e até hegemônicas na Europa do século XIX, partem da concepção de que um texto detalhado e específico é capaz de resolver, com uma ‘canetada’, o problema da interpretação. Por isso, a visão do juiz Alcides de Mendonça e a de Rui Barbosa ganham uma importância para a formação de alternativas dentro de nossa história institucional. A revolta de Rui contra essa visão vale a pena ser lida na íntegra:

Ahi está onde naufraga a ingenuidade dos que supõem ter, por esse manifestamente, delimitado com a precisão de uma raia inequívoca a linha entre o exercício correcto e o exercício incorrecto do poder confiado aos juizes, para joeirarem a constitucionalidade e a inconstitucionalidade na crítica das leis. O que é manifesto a um espírito, pode ser duvidoso ao critério de outros, ainda figurando que estes e aquellos occupem nível superior, emparellando, ao mesmo tempo, no talento e no desinteresse. Não se descobrio, até hoje, a pedra de toque, para discernir com certeza absoluta o oiro falso do verdadeiro na interpretação dos textos. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 104)

Rui Barbosa assenta com a sua defesa a idéia de que a divergência entre juristas e entre magistrados é parte do ofício. Não representa como pode parecer para o positivismo legalista, um erro, no sentido epistemológico. A divergência tem um caráter político – não político partidário, mas político-institucional, ela diz respeito a como se entendem as “bases orgânicas de toda a justiça”. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 105). Por isso, a declaração da inconstitucionalidade enquanto dever dos juizes é uma forma desses exercerem um papel político-institucional de guardiões da soberania constituinte contra a invasão por parte do poder legislativo. E por isso, raciocina Rui Barbosa, pouco importa se as partes entram num acordo no sentido de não considerar uma lei

inconstitucional, se elas se articulam para desobedecer a essa lei, pouco importa que a inconstitucionalidade não afete os interesses das partes no caso concreto, em qualquer circunstância: “a lei inconstitucional, neste regimem, é irrita de nascença: it is az if it had never been” (...) “Sua invalidade é irremediável. O consenso dos interessados não pode sana-la” (sic) (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 105)

O argumento de Rui imprime uma nova dimensão para o controle judicial de constitucionalidade, como garantidor das condições para um processo legislativo democrático que pressupõe e ao mesmo tempo implica na garantia da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, mediante o reconhecimento da abertura e indeterminação aludida no processo de interpretação.

O superior tribunal do estado não tem por graça da sua superioridade official esse direito [de ver a sua interpretação prevalecer]. O de fallibilidade também não lhe assiste. Um parecer subalterno pode ter razão contra julgados supremos; um voto individual, contra muitos. A questão, em ultima analyse, se reduz, pois, a isto; um conflicto intellectual de duas hermenêuticas, falliveis ambas e ambas convencidas. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 107)

Haveria de incriminar todo juiz vencido em uma dessas divergências, as prisões seriam pequenas para prender tantos juizes! A típica ironia bem-humorada de Rui Barbosa, termina por desqualificar os crimes de hermenêutica, aprofundando ainda em questões como a da responsabilidade civil e penal dos magistrados, a da definição de prevaricação, a da necessidade de dolo e intenção do autor, entre outros. [\[5\]](#)

Gostaríamos de terminar essa reconstrução com uma citação da defesa de Rui Barbosa em que ele expressa os dois sentidos da expressão ‘político’ que estão pressupostos na problemática levantada por esta comunicação. Ele os contrasta e com isso, ajuda a firmar uma compreensão inovadora e importante para lançar luzes sobre como devemos entender o papel dos juízes nos dias de hoje:

Vede como a intrepidez da magistratura contrasta, deante da força, com a covardia do interesse político. Nós confiamos que o Brasil tenha também magistrados, esperando que aquillo, que os grandes e brilhantes despotismos não extorquiram à justiça imperial da França, a justiça republicana do Brasil não conceda à estéril e obscura oppressão das tyrannias provincianas. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 140)

Mas essa história não estaria completa se não mostrássemos o final: a decisão curta e objetiva tomada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria, para quem o ato de deixar de aplicar os artigos 65 e 66 da Lei estadual n. 10 de 1895:

Não constitue excesso dos limites das funções próprias do cargo do recorrente, porquanto, os juizes estadoaes, assim como os federaes, têm faculdade para, no exercício das suas funções, deixarem de applicar as leis inconstituconaes, como é expresso na Constituição da República, art. 59 n. 3?, lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, art. 13 § 10, e na mesma lei rio-grandense de 16 de dezembro de 1895, art. 8?;

faculdade que pressupõe a competência para apreciar a inconstitucionalidade e declararem-na para aquele efeito. (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 141)

O caso do Dr. Alcides de Mendonça não foi um caso isolado durante a Primeira República. Leda Boechat Rodrigues descreve outros casos como esse, embora de menor repercussão. (RODRIGUES: 1965: 82-89). Ela relata que a perseguição a juizes também não foi exclusividade brasileira. A título de exemplo, entre os anos de 1802 e 1804, houve nada menos do que sete processos contra juizes nos Estados Unidos. Leda Boechat conclui que:

o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis foi aqui, como nos Estados Unidos, de certo modo, uma conquista do próprio Poder Judiciário. Enfrentando forte pressão contrária do Executivo, não permitiram os juizes brasileiros que se tornasse letra morta o poder que lhes conferira expressamente a Constituição de 1891. (RODRIGUES, 1965: 89)

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PROCESSO DE APRENDIZADO SOCIAL SOBRE ESTADO DE DIREITO E SEUS LIMITES.

O caso acima reconstruído nada mais é do que um fragmento da história constitucional brasileira. Mas enquanto tal, ele pode ser considerado uma peça de um quebra-cabeça que dentro de uma análise ampla revela a inauguração da tradição do controle difuso de constitucionalidade, desde a Primeira República e a estruturação do Poder Judiciário brasileiro, assim como, a criação do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. O caso nos permite indagar sobre a efetiva mudança perpetrada nas relações entre Direito e Política, a partir da criação desse tipo de controle. E assim, nos permite analisar criticamente os argumentos que discutem a politização do Poder Judiciário e sua consequência para a construção da identidade do sujeito constitucional numa sociedade que se quer democrática. Tal questão emerge do problema fundamental para a aplicação do Direito que pode ser traduzido como a tensão entre forma indisponível do Direito e decisão política, ou ainda, entre *autoridade e poder*.

Vimos no caso relatado como Alcides de Mendonça e Rui Barbosa, por meio de sua defesa, fornecem indícios do processo de consagração do controle judicial difuso de constitucionalidade. A base desse controle reside na idéia de que a divergência entre juristas e entre magistrados é parte da dinâmica de construção da identidade do sujeito constitucional. Não representa como pode parecer para o positivismo legalista, um erro, no sentido epistemológico. A divergência tem um caráter político – não político partidário, mas político-institucional, ela diz respeito a como se entende o lugar do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião dos espaços públicos de conformação da identidade constitucional. Por isso, a declaração da inconstitucionalidade enquanto dever dos juizes é uma forma desses exercerem um papel político-institucional de guardiões da soberania constituinte contra a invasão por parte do poder legislativo e executivo.

Este caso é exemplo de como o Supremo Tribunal Federal conseguiu construir uma cultura institucional voltada para a compreensão da Constituição principiológica. O paradigma do Estado de Direito foi dissolvido em virtude dos seus limites terem ficado

cada vez mais evidentes frente à crescente complexidade social. Mas, na perspectiva de que a história institucional é formada dentro de longo processo de aprendizado social, o Estado de Direito deixa diversas lições que podem servir de base para discutir o papel do Supremo Tribunal Federal no atual Estado Democrático de Direito.

Como vimos acima, a defesa de Alcides de Mendonça e de Rui Barbosa conseguiu afirmar uma idéia de Constituição como lei suprema, não apenas no sentido gramatical ou lógico, não apenas como texto cujos “princípios” inscritos se sobrepõem a outros textos gerados por autoridades competentes em conformidade com procedimentos formais. A Constituição como lei suprema é para esses dois juristas o reconhecimento da Constituição de um pacto fundamental entre cidadãos que se assenta na aceitação racional de princípios e na aceitação de cada um como membro livre e igual da comunidade jurídica. Essa é precisamente a força de uma instituição como o tribunal do júri. E como explicitado acima, tal compreensão de Constituição permite uma nova leitura da relação entre Direito e Política, em que o lugar da autoridade é ocupado na medida em que permanece vazio. Afirmar-se na autoridade, como guardador de lugar do pacto fundamental, a condição é que não se ocupe o espaço de decisão com visões político-partidárias, éticas, morais, religiosas, próprias. Apesar das contingências o Poder Judiciário guarda a integridade dos princípios constitucionais, mas em favor dessa contingência, ele mantém o espaço de decisão vazio e aberto à definição democrática.

A defesa deste caso aponta alguns caminhos nesse sentido, na medida em que reconhece que a interpretação é plural, mutável e aberta. Essa defesa reconhece na interpretação da Constituição a necessária flexibilidade para que enquanto elemento estável, ela não sofra mutações em virtude das forças políticas contingentes e instáveis em um País que tentava afirmar-se em quanto tal, e que ainda tinha que enfrentar o problema da formação de uma identidade que não fosse mais forjada (ROSENFELD, 2003) e ao mesmo tempo, que permanecesse aberta às mudanças sociais e a maior complexidade social trazida com a República. (CARVALHO NETTO, 1997).

Assim, uma parte da tradição constitucional brasileira e o próprio Supremo Tribunal Federal conseguiram, em muitos momentos, instituir na prática, ao longo da Primeira República, um espaço institucional de co-relação entre Direito e Política. E nesse sentido, o processo histórico de construção de um sistema de controle de constitucionalidade difuso conseguiu se colocar como garantidor das condições para um processo legislativo democrático que pressupõe e ao mesmo tempo implica a garantia da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, mesmo que em fragmentos sujeitos a contínuos fracassos e retrocessos.

Por esse fragmento de nossa história constitucional, é possível afirmar que o deslocamento da autoridade para o Supremo Tribunal Federal, por via do controle difuso, permitiu à Constituição ter a sua força normativa ampliada porque ela se transforma em argumento para a resolução de conflitos políticos, e é elevada em elemento de discurso. Dessa forma, o alcance que ela tem de ‘constituir’ amplia-se, dando à sociedade a possibilidade de se reformular como uma comunidade de princípios, (DWORKIN, 1999), e encontrar soluções para os seus conflitos num nível pós-convencional de justificação.

O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de afirmar a Constituição como forma indisponível, como ponto de partida da ordem política e social sem a qual a exercício político se torna um jogo sem regras. A utilização de argumentos constitucionais permite tratar das questões de liberdade e igualdade como questões que encerram dentro delas a tensão entre constitucionalismo e democracia, ou seja, entre direito e política. A Constituição colocada como limite e como condição de possibilidade. A política colocada como dinâmica de consecução de fins racionais, colocados de maneira plural. O Poder Judiciário transforma-se no “grande arquiteto, capaz de construir e reconstruir [as práticas sociais instituídas] por meio da interpretação dos textos”. (CARVALHO NETTO, 1999). Por sua vez, essa construção e reconstrução não implicam na apropriação, por parte do Poder Judiciário ou do STF, dos sentidos atribuídos às práticas sociais.

Uma outra questão importante é como o Supremo Tribunal Federal consegue lidar com a tensão entre autoridade e poder no interior do processo de tomada de decisão jurisdicional. Como afirmar a autoridade da Corte, assentando-a em um poder legítimo? Mediante a construção de um papel político-institucional de guarda da Constituição, pelo qual a Suprema Corte tem a atribuição de resguardar a integridade do Direito na medida em que exerce uma função corriqueira de solução de conflitos de lei. Dessa forma, a validade social das decisões não é obtida pela criação de poderes extraordinários, mas é decorrente do exercício regular das funções constitucionais.

Dessa maneira, por via de uma construção argumentativa e de produção de discursos de aplicação jurídica, erige-se uma nova forma de legitimidade do poder político, um novo conceito moderno de Constituição. A Constituição se constrói como essa nova dimensão do sagrado, ou do simbólico, capaz de representar a validade social de acordo com uma chave interpretativa também moderna. A Constituição constitui, pelo seu texto e pela geração de práticas sociais e institucionais, uma sociedade de membros livres e iguais, cuja única garantia é a própria Constituição como arcabouço principiológico, que se por um lado serve como fonte de autoridade e poder, por outro, rejeita a solução pré-Moderna de ocupação desse vazio por quem quer que seja.

REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Rui. Defesa do Dr. Alcides de Mendonça Lima no recurso de revisão contra a sentença do Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio de Janeiro: Tipologia do Jornal do Comércio, 1896.

BARBOSA, Rui. O Jury no Rio Grande e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, s.d. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 23, t. 3, 1896) p. 141.

BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. In: BARBOSA, Rui. Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 41, t.4, 1914)

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891. In: *Constituições Brasileiras – 1891/* Aliomar Baleeiro – Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Revisão-crime, s/n, Alcides de Mendonça Lima versus Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Aquino de Castro, decisão de 10 de fevereiro de 1897. O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, anno XXV, p. 15-146, maio a ago de 1897.

CARVALHO NETTO, Menelick de Teoria da Constituição: os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao Constitucionalismo. In Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos. p. 42-62

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, Editora Mandamentos, vol. 3, p. 473-486, maio de 1999. (semestral)

DWORKIN, Ronald *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Tradução de John Farrell. Nova Iorque: State University of New York: 1993.

HABERMAS, Jürgen *Direito e Democracia entre facticidade e validade* tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2vol.

HABERMAS, Jürgen. “Constitutional Democracy: A paradoxical union of contradictory principles?” *Political Theory*, vol. 29, n. 6, , p.766-781, dec. 2001-b

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001-a

HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other: studies in Political Theory*. Cambridge: MIT Press, 1996-b.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros *Direito Constitucional Tomo I*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. A construção da identidade do sujeito constitucional em teorias hermenêuticas representativas dos paradigmas de Estado e de Direito Modernos. In: Revista do Curso de Direito, Nova Lima: Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, v. 3, n. 3, p. 149 – 167, março de 2004.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência. In: Revista do Curso de Direito, Nova Lima: Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, v. 1, n. 1, p. 101-108, maio 2003 – b.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição: do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat *História do Supremo Tribunal Federal - TOMO I / 1891-1898: defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.

ROSENFELD, Michel (org.) *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspective*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto com Revisão técnica de Maria Fernanda Salcedo Repolês. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

[1] A revisão crime é um tipo de recurso consagrado na Constituição de 1891, que estabelecia: “Art. 81. Os processos findos, em matéria-crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar, ou confirmar a sentença”. (BRASIL, 1999: 101)

[2] O art. 207, §1º do Código Penal estabelecia: “Cometerá o crime de prevaricação o empregado público que, por afeição, odio, contemplação ou para promover interesse pessoal seu: 1º julgar ou proceder contra literal disposição da lei. Penas – de prisão celular por seis meses a um anno, perda do emprego com inhabilitação para exercer outro, e multa de 200\$ a 600\$000.” (BRASIL, Revisão-crime 1897: 33)

[3] Note-se a utilização da figura do Poder Moderador como metáfora para se referir a alegação de politização do judiciário.

[4] É importante salientar que a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul previa um processo legislativo em que o Presidente do Estado era a figura central, não se limitando a iniciativa e sanção, ele ainda participava das fases de discussão e votação e podia aceitar ou negar emendas apresentadas aos projetos de lei. Daí a ironia de Rui Barbosa ao se referir ao: “legislador administrativo ou administrador legislante (não sabemos como exprimir esse hybridismo indígena)” (BRASIL, Revisão-crime 1897: 101).

[5] Advertimos que a reconstrução do caso prioriza os argumentos que são mais importantes para o debate trazido nesta comunicação, e que dentro da complexidade ínsita a todo texto, há muitos aspectos que foram deixados de lado.