

2

As Origens do Controle Judicial de Constitucionalidade¹

2.1

Estado Liberal de Direito, separação de poderes e constitucionalismo

A idéia de Constituição surgida no final do século XVIII está intimamente ligada ao conceito de Estado de Direito² nascido então, o qual, embora imaginado como contraponto ao Estado absolutista do *ancien régime*, é, não obstante, nas palavras de Gustavo Zagrebelsky, conceito “*tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad*”.³ Por conta disso, a rigor, o que se deve entender pela ordem constitucional inaugurada no final do século XVIII é a de um Estado de Direito influenciado fortemente pelos postulados dos liberalismos político e econômico.

Com efeito, a concepção liberal de Estado de Direito, ao atribuir primazia ao espaço privado sobre o público, ao indivíduo sobre o coletivo, foi, na verdade, a configuração, no plano jurídico, do modelo de Estado pensado primeiramente pelos filósofos liberais e, quase concomitantemente, pelos economistas liberais, os quais, para promover a segurança jurídica e a liberdade plena necessárias às relações comerciais da ascendente burguesia, propugnavam que o Direito se

¹ Há, na doutrina, vozes autorizadas que diferenciam conceitualmente os termos *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade*, numa relação, respectivamente, de gênero e espécie. Por todos, vide BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. 4ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3. Embora seja correta essa distinção, no presente trabalho, a expressão *jurisdição constitucional* é empregada vez por outra metonimicamente como sinônimo de sua espécie *controle judicial de constitucionalidade*. Assim também, v. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

² Como observa Kelsen, a “*questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, isto é, da regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados, pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de Constituição*”. v. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 316-7.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed. Valladolid: Editorial Trotta, 1999, p. 21.

preocupasse apenas com a promulgação de textos normativos, na forma de códigos redigidos de maneira altamente abstrata e genérica, que assegurassem a igualdade formal nas relações patrimoniais (e que se preocupasse apenas com estas).⁴

Nessa linha, o nascente Estado Liberal de Direito assentava-se, destarte, sobre dois pilares essenciais: o reconhecimento de uma larga zona de autonomia privada, a assegurar a liberdade individual, por um lado, e a limitação do próprio Estado, cuja ação cindia-se ao que fosse expressamente permitido por lei, por outro.⁵

Ademais, na conformação do Estado Liberal de Direito, deve-se, sem sombra de dúvida, ao processo de independência norte-americano e à revolução francesa a que talvez seja a contribuição jurídica mais relevante para a humanidade desde então: a inversão radical nas Constituições e declarações de direitos da lógica até então vigente acerca das relações entre os seres humanos e o Estado, da que se situava na perspectiva *ex parte principis* para sua antípoda, *ex parte populi*. O Estado de Direito, por assim dizer, original, o Estado liberal, foi fruto dessa inversão de sentido na relação súdito/soberano.

Sobre isso, é de inegável pertinência o seguinte trecho de célebre obra de Norberto Bobbio:

O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às

⁴ Nesse passo, confira-se a percuciente análise de Daniel Sarmiento, para quem “*a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão da burguesia ao Olimpo social, em substituição à nobreza. Estas medidas criavam o arcabouço institucional indispensável para o florescimento do regime capitalista, pois asseguravam a segurança e a previsibilidade tão indispensáveis para as relações econômicas*”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26.

⁵ Segundo precisamente afirmou Gustavo Zagrebelsky, a “*distinta posición frente a la ley, que diferenciaba a la Administración pública de los sujetos privados, era la consecuencia de asumir, junto al principio de legalidad, el principio de libertad como pilar del Estado de derecho decimonónico. La protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitiesen sólo como excepción, es decir, sólo cuando viniesen previstas en la ley. Por eso, para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía ninguna autonomía originaria, todo lo que no estaba permitido estaba prohibido; para los particulares, cuya autonomía, por el contrario, era reconocida como regla, todo lo que no estaba prohibido estaba permitido. La ausencia de leyes era un impedimento para la acción; suponía, en cambio, una implícita autorización para la acción de los particulares. Como acertadamente se há dicho, libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado em línea de principio*”. ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 28.

leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjuntos de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos. Ao contrário, observemos mais uma vez os dois primeiros artigos da Declaração. Primeiro, há a afirmação de que os indivíduos têm direitos; depois, a de que o governo, precisamente em consequência desses direitos, obriga-se a garanti-los. A relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos é invertida completamente. Até mesmo nas chamadas cartas de direitos que precederam as de 1776 na América e a de 1789 na França; desde a Magna Charta até o *Bill of Rights* de 1689, os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, mas eram concedidos ou concertados, devendo aparecer – mesmo que fossem resultado de um pacto entre súditos e soberano – como um ato unilateral deste último. O que equivale a dizer que, sem a concessão do soberano, o súdito jamais teria tido qualquer direito.⁶

Ocorre que essa transformação dos textos jurídicos de disposições de deveres para declarações de direitos, a impor limites à atuação do Estado em deferência à autonomia privada, fez-se não apenas com o reconhecimento expresso de direitos fundamentais individuais, mas com a criação de uma estrutura estatal apta a impedir que o Poder Público exorbitasse seus limites em afronta à liberdade individual, o que se deu com a adoção da teoria da separação dos poderes.⁷

É nesse sentido que Werner Kāgi, eminente professor da Universidade de Zurique, faz percucientemente a seguinte síntese:

El Estado constitucional nace de la disputa con el poder absoluto. Para aquél es una preocupación central la garantía de la esfera de libertad del individuo dentro del Estado. Para asegurar óptimamente esa libertad, el poder estatal fue relativizado a través de un sistema de separación y de frenos y controles recíprocos entre los ‘tres poderes’. En el artículo 16 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen del 26 de agosto de 1789, estos dos principios se

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 100-1.

⁷ Acerca do Estado Liberal de Direito e da importância da separação de poderes para a sua configuração, veja-se o que assevera Nuno Piçarra, *in verbis*: “Foi este modelo de Estado de matriz lockeana, enriquecido no mundo anglo-saxónico por contributos de natureza essencialmente empírico-pragmática, sobretudo de Bolingbroke e de Blackstone, e, no continente, pelo de Montesquieu, a que se juntaram os de Rousseau e de Kant, de natureza essencialmente racionalista-abstracta, que, na seqüência das Revoluções americana e francesa, se pretendeu institucionalizar ao longo do século XIX, e que ficou conhecido como Estado de Direito Liberal. Na prática, persistiu até os princípios do século XX e, naturalmente, deu lugar a diversas variantes, embora sempre redutíveis a um mínimo denominador comum. Neste mínimo denominador comum, figurava o princípio da separação dos poderes, ele próprio conhecedor de várias concretizações práticas que apresentavam entre si diversas diferenças. Seja como for, nas constituições escritas liberais assumiu sempre um lugar de destaque, chegando a ser considerada condição sine qua non da própria existência de uma constituição”. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 144-5.

*erigieron en pilares de la Constitución: los derechos de libertad y la separación de poderes.*⁸

Ora, ao se analisar o contexto do surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade, verifica-se de fato que a adoção, pelas Constituições do Estado de Direito Liberal, de uma estrutura orgânica tripartite para o exercício do Poder Público, é fator de inegável importância histórica, na medida em que, ao separar-se funcionalmente três órgãos, Legislativo, Executivo e Judiciário, sem prevalência formal de nenhum sobre os demais, e ao atribuir-se ao último a independência necessária para que pudesse atuar com imparcialidade, conferiu-se a ele a possibilidade de apreciar os atos dos outros dois órgãos, o que, sem tal separação equitativa, muito provavelmente não seria possível.

Note-se que essa alusão a uma separação equitativa do exercício do poder pretende enfatizar não apenas que há mais de uma forma de se conceber a separação de poderes,⁹ como, mais especificamente, que, dentre as já pensadas, há a que veja em um dos órgãos certa supremacia, o que pode dificultar e até impossibilitar, a depender da teoria adotada, o surgimento do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Veja-se aqui o caso inglês, por ser emblemático.

Na Inglaterra, desde a Revolução Gloriosa, em 1688, vigora um regime político de monarquia constitucional com a inegável supremacia política do Parlamento. Daí que, embora haja nesse país a separação de poderes, não há dúvida de que o Poder Legislativo goza de uma ascendência sobre os demais. A esse respeito, não se pode deixar de mencionar a teoria da divisão dos poderes tal como formulada por John Locke, que bem explicita as origens da experiência inglesa, em seu *Segundo tratado sobre o governo civil*, publicado inicialmente em 1690, em que ele, nas palavras de Nuno Piçarra, “*propõe-se justificar os efeitos constitucionais da Revolução de 1688: a entrega do trono a Guilherme de Orange*

⁸ KÄGI, Werner. *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*. Trad. Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madri: Editorial Dykinson, 2005, p. 81.

⁹ “*O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu.*” Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

e a Declaração de Direitos de 13 de fevereiro de 1689, que marcaram o triunfo definitivo da monarquia constitucional”¹⁰ sobre o absolutismo inglês.

Ao distinguir os Poderes do Estado em Legislativo, Federativo e Executivo (o qual estaria incumbido também da função judicial), Locke não vacilou ao afirmar que, numa sociedade política organizada, constituída para a “*preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o Legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados*”.¹¹ Desse modo, não é difícil inferir que num tal Estado, em que haja uma supremacia do Parlamento, e no qual a função judicial seja uma entre as conferidas ao órgão estabelecido para executar as leis do Parlamento, não venha a se desenvolver um controle de conformidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo com a Constituição por um corpo de juízes, como de fato nunca sucedeu sistematicamente na Inglaterra.

De qualquer sorte, não é lícito descurar que, embora seja adotada na Inglaterra a concepção de supremacia do Parlamento, temperada à moda do *King-in-Parliament*, a derrocada do absolutismo nesse país, um século antes de se dar na Europa continental, não se fundamentou na idéia de Estado de Direito, como se vem de tratar neste tópico, mas na de *rule of law*, que, apesar de seus inúmeros pontos de contato, na origem distinguia-se da primeira notadamente pelo papel do legislador desempenhado em cada modelo.

Veja-se, a esse respeito, o que sustenta Gustavo Zagrebelsky:

Rule of law and not of men no sólo evocaba en general el topos aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha histórico-concreta que el Parlamento inglés había sostenido y ganado contra el absolutismo regio. En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los “privilegios y libertades” tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento. No hay modo más categórico de indicar la diferencia que éste: el absolutismo regio fue derrotado, en un caso, como poder regio; en otro, como poder absoluto. Por eso, sólo en el primer caso se abrió la vía a lo que será el absolutismo parlamentario por medio de la ley; en el segundo, la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el

¹⁰ PIÇARRA, Nuno, op. cit., p. 65.

¹¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 173. É importante registrar que, além desses, Locke também se refere a um Poder de Prerrogativa no capítulo XIV do *Segundo tratado*.

*“common law”, nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de história y de tradiciones.*¹²

Desse modo, se de fato é de falar-se em uma predominância do Legislativo inglês sobre os demais órgãos do Estado, o Parlamento insere-se nesse país num sistema jurídico-estatal bem mais complexo que o dos Estados do continente europeu, seja porque o princípio da legalidade estrita não tem, no modelo do *rule of law*, o mesmo peso que no Estado de Direito liberal, seja porque o próprio funcionamento do Parlamento britânico, ao contrário das Casas legislativas nascidas no período revolucionário continental, assemelha-se em grande parte ao um tribunal de julgamentos.¹³

Seja como for, diferentemente de Locke, ainda que sob sua influência, como assevera Nuno Piçarra, é na doutrina da separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu, que se encontram, mesmo que por vezes *“apenas entrevistos, os traços que hão-de converter o princípio homônimo numa das bases imprescindíveis à realização de uma certa concepção de Estado e de Direito”*.¹⁴

Citada amiúde como a obra sistematizadora por excelência da teoria da separação dos poderes, em que pese sua copiosa extensão,¹⁵ *L'Esprit des lois* cuida propriamente da divisão do exercício do Poder Público em um único capítulo, que tem por escopo tratar justamente da Constituição da Inglaterra, considerada por Montesquieu a base do modelo de Estado cujo objeto seria a *“liberdade política”*.¹⁶

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 25.

¹³ É o que assenta o Zagrebelsky, *in verbis*: *“La naturaleza de órgano de garantía de las libertades inglesas armonizaba perfectamente, por lo demás, con una concepción de la actividad parlamentaria más 'jurisdiccional' que 'política', en el sentido continental. Como es sabido, el Parlamento inglés tiene su origen en los consejos que el rey consultaba para mejorar el derecho existente, que tenían – desde el punto de vista actual – carácter incierto. La consulta, con frecuencia, venía determinada por los malos resultados del common law en los casos concretos. Según las categorías actuales, podría hablarse de una función entre la normación y el juicio. El Parlamento podía considerarse, al estilo medieval, un Tribunal de justicia”*. ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 26.

¹⁴ PIÇARRA, Nuno, op. cit., p. 101.

¹⁵ O Espírito das Leis é composto de seis partes, divididas, ao todo, em centenas de capítulos que formam seus 31 livros. Boa parte dos capítulos trata de assuntos triviais, não raro quase prosaicos, como o XXIII do Livro XVIII, que cuida da “longa cabeleira dos reis francos”. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 167.

Nesse sentido, ao partir da célebre constatação de que, para que “*não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder*”,¹⁷ Montesquieu afirma existir em “*cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil*”.¹⁸

Apesar da utilização dessa nomenclatura peculiar, Montesquieu define cada um desses Poderes como ainda na atualidade, de maneira elementar, eles o são definidos. Destarte, ao lado do Legislativo, o que ele chama de “*poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes*” é basicamente o que se considera Poder Executivo, ao passo que o denominado “*executivo daquelas que dependem do direito civil*” é, como ele mesmo veio a apontar, “*o poder de julgar*”, o Judiciário.¹⁹

Quanto ao último, é preciso registrar que Montesquieu o reputava, “*de alguma forma, nulo*”,²⁰ uma vez que, para ele, “*os juízes da nação são apenas*”, em sua conhecida expressão, “*a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*”.²¹

Em vista disso, talvez possa mesmo parecer estranho que se aluda à teoria de Montesquieu como a base da separação dos poderes moderna, bem assim, e especialmente, como a da aceitação da possibilidade de fiscalização da constitucionalidade dos atos dos outros dois Poderes pelo Judiciário, já que um órgão por ele reputado quase “nulo”, por ser mero repetidor das “palavras da lei”, não seria, de modo algum, o indicado pelo Barão para de alguma forma controlar o Legislativo e o Executivo.

Embora tenha elaborado sua teoria tendo em mente a Constituição inglesa, Montesquieu foi igualmente dos autores que mais contribuíram para a conformação jurídica da concepção do Estado de Direito Liberal assumida pela

¹⁷ Ibidem, p. 166.

¹⁸ Ibidem, p. 167.

¹⁹ Veja-se o que diz o próprio autor: “*Com o primeiro [Legislativo], o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo [poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes], ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro [poder executivo daquelas que dependem do direito civil], ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado*”. (Op. cit., pp. 167-8.)

²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 172.

²¹ Ibidem, p. 175.

Europa continental, consoante se vem de aduzir neste item, com a conseqüente sistematização da proteção da segurança jurídica em prol das liberdades política e econômica dos súditos do Estado, mediante a elaboração de códigos legais vazados em linguagem altamente abstrata e genérica.

Assim, não é que Montesquieu não tivesse vislumbrado a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis do Parlamento pelos magistrados incumbidos do “poder de julgar”; é que, antes mesmo de se aventar essa hipótese, cumpre reconhecer que o Barão sequer teve em mente, ao formular sua teoria, a existência de uma Constituição como texto normativo ao qual se vinculariam os órgãos do Estado. O “*arranjo institucional delineado pelo autor*”, anota Roger Stiefelmann Leal, “*tem a lei como elemento central*”.²²

A obra de Montesquieu, nesse esteio, pode ser considerada a matriz de duas vertentes, diversas já na origem, do Estado de Direito Liberal,²³ que, como dito, embora surgido no final do século XVIII com a Revolução Francesa e a independência norte-americana, desenvolveu-se ao longo do século XIX: exatamente a vertente francesa,²⁴ seguida por toda a Europa continental, e a plasmada pelos *framers* da Constituição dos Estados Unidos da América.

Em trabalho dedicado a analisar o constitucionalismo atual,²⁵ Luis Pietro Sanchís²⁶ resume bem essas duas tradições constitucionais distintas. Segundo o jurista espanhol, a que remonta à Revolução Francesa concebe a Constituição como um projeto político muito bem articulado, geralmente com um programa diretivo de transformação social. Pode-se dizer, por conseguinte, que as Constituições dessa tradição não se limitam a fixar as regras do jogo, mas

²² LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 10-1.

²³ Note-se que o que se está a cuidar neste tópico é da formação do *Estado Liberal de Direito*, que muitos – como o próprio Werner Kāgi citado anteriormente –, comumente, e de modo equivocado, identificam com *Estado Constitucional de Direito*. Embora o *constitucionalismo* possa ter sua origem remontada ao nascimento do primeiro, o segundo só se consubstanciou propriamente dito no século XX, após o Segundo Pós-Guerra. Para mais apropriadas considerações acerca das diversas concepções de *Estado de Direito*, v. ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., pp. 21 e ss.

²⁴ “*Tais noções traçadas em O espírito das leis constituíram de modo inequívoco as bases políticas do desenvolvimento do positivismo jurídico na França, desencadeado pela chamada escola da exegese. Sinais evidentes de tais noções são encontrados no famoso Código Civil de Napoleão*”. LEAL, Roger Stiefelmann, op. cit., p. 11, nota de rodapé 35.

²⁵ Que alguns têm designado, à falta de melhor nome, por mais carente de conteúdo que este seja, de *neoconstitucionalismo*.

²⁶ SANCHÍS, Luis Pietro. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. (Edición de Miguel Carbonell). 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 124.

pretendem participar ativamente como jogadoras-protagonistas. Sem embargo, como a ação política não se esgota no texto constitucional, essa tradição pretende que seu projeto transformador se perpetue no tempo pelo titular do Poder Constituinte, o povo, ou por quem lhe faz amiúde as vezes, o legislador, que é quem melhor incorpora a idéia rousseauiana da vontade geral. Como se pode perceber, essa tradição tem dificuldade de aceitar o caráter normativo da Constituição, assim como as limitações (também normativas) aos Poderes constituídos, em especial o Legislativo.

Ainda consoante Pietro Sanchís, a vertente norte-americana, por outro lado, concebe a Constituição como “regra do jogo” da competência social e política, como um pacto mínimo que permite assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e como agentes políticos, a fim de que sejam estes os protagonistas de seus próprios destinos. A Constituição aqui é concebida como norma juridicamente superior às demais do ordenamento e a garantia dessa sua superioridade é relegada ao mais “neutro” dos Poderes, ou seja, ao Judiciário. Nesse esteio, a idéia de Poder Constituinte é pensada como limitação ao Poder Político, em especial ao legislador. Por isso é que o constitucionalismo dessa linhagem dá ensejo a um sistema eminentemente judicialista.

Como se afirmou anteriormente, Montesquieu contribuiu para a formação da vertente franco-continental de Estado de Direito Liberal, na medida em que, embora conferindo independência aos juizes, estes nada mais representariam que “a boca que pronuncia as palavras da lei”, as quais, por sua vez, como expressão do legislador, haveriam de ser a própria vontade da Constituição do Estado.

Ocorre que a tradição americana é igualmente tributária do *Espírito das leis*.²⁷ E o é por dois motivos centrais: pela preocupação que perpassa toda a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, ou seja, a limitação do Poder para impedir abusos estatais,²⁸ e pela garantia de independência, em vista da idéia de

²⁷ Como anotam Nowak e Rotunda, “*When the new federal Constitution was drafted the power of the federal government was divided in a manner similar to that recommended by Montesquieu*”. NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1991, pp. 126-127.

²⁸ “*Ao contrário do que muitos pensam, Montesquieu não concebeu três funções e as conferiu a três órgãos distintos, de modo que cada órgão fosse responsável pelo exercício de apenas uma delas. Na verdade, Montesquieu teve por objetivo descrever um governo no qual, pela disposição das coisas, o poder limitasse o poder.*” LEAL, Roger Stiefelmann, op. cit., pp. 7-8, nota de rodapé 17.

freios e contrapesos que ele conferiu ao Poder Judiciário frente aos demais. Assim, embora o pensador francês considerasse o Judiciário a mera *bouche de la loi*, estritamente subordinado à lei – o que acarretaria, em sua visão, a total impossibilidade de um juiz declarar uma lei nula frente à Constituição, inviabilidade essa a que, é bom dizer, ele entendeu sequer ser necessária a menção expressa –, o fato é que sua teoria, ao tomar por escopo a sistematização de estruturas de controle e fiscalização do exercício do Poder Público, deu inovadora ênfase à independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes.

Como aponta Stephen Griffin, essa preocupação com a independência do Judiciário frente aos demais Poderes, para assegurar meios de contenção aos eventuais abusos do exercício do Poder Público em garantia dos direitos individuais, foi uma das tônicas dos *founding fathers*, como, segundo argumenta, manifesta-se naquele texto que, para ele, representa a melhor análise da posição do Judiciário no sistema político dos Estados Unidos: o *Federalista* n. 78, de Alexander Hamilton.²⁹ Com efeito, nesse texto histórico, Hamilton, pelo seu *alter ego Publius*, à moda de Montesquieu, sustenta que:

A completa independência das cortes de justiça é particularmente essencial numa Constituição limitada. Por uma Constituição limitada, eu entendo a que contenha certas exceções especificadas à autoridade legislativa; tais como a de que não deverá aprovar *bills of attainder*, nem leis *ex post facto*, ou análogas. Limitações dessa espécie não podem ser preservadas na prática por nenhum outro modo a não ser pelas cortes de justiça, cujo dever é o de declarar todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição nulos. Sem isso, todas as garantias de direitos ou privilégios individuais reduzir-se-iam a nada.³⁰

²⁹ “*The first analysis of the place of the judiciary in the American political system is still the best known. In The Federalist, n. 78, Alexander Hamilton argued in favor of giving federal judges life tenure as a necessary element of the independence of the judicial branch. Without life tenure, the judiciary would become dependent on the elected branches since the judicial power was the weakest of the three powers of government.*” GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: From theory to politics*. 2º print. New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 112.

³⁰ No original: “*The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex-post-facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.*” HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/federal/fed78.htm>>. Acesso em: 31 out. 2007. Cumpre anotar que, constituindo-se essa obra da reunião de uma série de ensaios, publicados todos como artigos jornalísticos em Nova York, com o fim de defender a aprovação pelos Estados confederados da que veio a ser a Constituição Federal dos Estados Unidos da América, seus citados autores, três dos proeminentes *founding fathers* da então jovem nação americana, assinavam os textos indistintamente sob o pseudônimo *Publius*. Só posteriormente, a

Aliás, nesse famoso ensaio, Hamilton chega mesmo a citar *O espírito das leis* expressamente duas vezes para fundamentar sua visão, de modo que, como se afirmou antes, a obra de Montesquieu influenciou inegavelmente a *founding generation* a traçar as linhas gerais do que seriam os Estados Unidos da América, e, *a fortiori*, posteriormente, seu constitucionalismo.

Ademais, conquanto a opinião de Griffin seja de que em “The Federalist n. 78, *Hamilton is clearly discussing judicial independence, not judicial review in the modern sense*”,³¹ o fato é que a argumentação de Hamilton, escudada no pensamento de Montesquieu, foi a primeira defesa clara da independência do Judiciário como via de um controle jurisdicional de constitucionalidade,³² que mais tarde seria estabelecido com mais precisão por Marshall em *Marbury v. Madison*, como se verá a seguir.

2.2

***Marbury v. Madison* e o nascimento do *Judicial Review* nos Estados Unidos da América**

O controle judicial de constitucionalidade, tal como reconhecido atualmente, originou-se no constitucionalismo norte-americano de dois séculos atrás, conquanto alguns juristas indiquem, com razão, outras fontes históricas, não raro substancialmente mais remotas no tempo, como a Grécia antiga,³³ ou

identidade dos autores foi revelada, bem como a autoria de cada qual dos ensaios. Para uma exposição didática dessa obra fundamental, v. LIMONGI, Fernando P. “O federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 1º v. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2005, pp. 243-87.

³¹ GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 94.

³² Veja-se a afirmação de Roger Stiefelmann Leal: “*Como se sabe, diz-se que o modelo político adotado nos Estados Unidos sofreu forte influência da obra de Montesquieu. Em relação ao Poder Judiciário, algumas de suas lições encontram-se expressamente reproduzidas nos Federalist Papers. Assim, na esteira do pensamento do autor francês, Hamilton denuncia a fragilidade política do Judiciário, afirmando que os juízes não têm poder nem sobre a espada nem sobre a bolsa – fatores controlados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Exatamente por serem inofensivos e, ao mesmo tempo, independentes dos demais poderes, é que Hamilton entende apropriado atribuir-se aos tribunais o controle da constitucionalidade dos atos editados pelos poderes públicos*”. LEAL, Roger Stiefelmann, op. cit., pp. 22-3.

³³ É o que sustenta, dentre outros, Álvaro Ricardo de Souza Cruz: “*Em Atenas, não se deu a profissionalização do Direito. Qualquer cidadão maior de 30 anos poderia mover a Graphé*

exemplos pontuais, como o da célebre manifestação de *Sir Edward Coke* no *Dr. Bonham's Case*, julgado em 1610 na Inglaterra.³⁴

Entretanto, se é certo que não se deve ignorar a existência de antecedentes embrionários do controle jurisdicional de constitucionalidade, não há como furtar-se ao reconhecimento de que a jurisdição constitucional, do modo pelo qual é entendida e praticada no presente, começou a ganhar forma e substrato nos Estados Unidos da América, em 1803, com o julgamento, pela Suprema Corte americana, do caso *Marbury v. Madison*³⁵, na linha do voto do *Chief Justice John Marshall*³⁶, comumente referido como o “*mais célebre caso constitucional de todos os tempos*”³⁷. E isso se deve, eminentemente, a uma conjunção de fatores cronologicamente contextualizados.

O primeiro e mais importante deles, cumpre reconhecer, já é entrevisto no artigo VI da Constituição dos Estados Unidos, o qual a estabelece como “*the supreme law of the land*”. Esse dispositivo, de modo absolutamente inovador até então na história do Direito, demonstrava que aquele texto escrito, composto originariamente de sete artigos, cada qual dividido em diversas seções, a um só

paranomón perante a Assembléa ateniense. Era possível tanto ao acusador quanto ao acusado a contratação de discursos junto a especialistas (logographoi), a despeito de os mesmos não serem treinados em escolas jurídicas especializadas. Embora seja uma ação criminal, inegavelmente a Graphé paranomón pode ser vista como importante antecedente histórico do atual controle de constitucionalidade das leis”. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 34-5.

³⁴ Assim, v.g., PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114. De todo modo, cumpre anotar que mesmo esse constitucionalista, sem embargo de referir-se aos precedentes do controle de constitucionalidade já “*na História da Inglaterra ou antes*”, é peremptório ao declarar que “*a afirmação dessa doutrina deveu-se, sem dúvida, ao direito norte-americano*” (op. cit., pp. 113-4). No mesmo sentido, Roger Stiefelmann Leal, o qual anota que os *framers* da Constituição norte-americana, quando da elaboração de seu texto, tinham em mente “*o famoso Dr. Bonham case, em que Sir Edward Coke asseverou de modo eloqüente a controlabilidade dos atos do Parlamento inglês*” (LEAL, Roger Stiefelmann, op. cit., p. 19). Segundo Nowak e Rotunda, embora *Marbury v. Madison* tenha sido o primeiro caso de *judicial review* propriamente dito, há antecedentes históricos de controle de constitucionalidade, os quais, contudo, não lhe tiram o caráter inovador. Assim, para os autores americanos, “*The first source of historical inquiry has been the English precedents for the judicial review and the colonial experience. There is the widely quoted statement of Lord Chief Justice Edward Coke in Dr. Bonham's Case: 'When an Act of Parliament is against common right and reason, the common law will control it and adjudge such Act to be Void'. But there is also no solid historical basis for finding any form of judicial review in British judicial practice*”. NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 11.

³⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

³⁶ Segundo Zeno Veloso, o “controle difuso, historicamente, tem origem nos Estados Unidos da América do Norte, em 1803, no famoso e inesgotável caso *Marbury versus Madison*, sentenciado pelo *Chief Justice John Marshall*”. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 37.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 5.

tempo constituiria o único documento ao qual se poderia reconhecer como a Constituição norte-americana e, como tal, seria a lei suprema ou fundamental do país³⁸.

Com efeito, essa consideração da Constituição americana como um único texto escrito no qual se dispõe a lei suprema dos Estados Unidos foi de relevância capital para a adoção posterior do controle da constitucionalidade das demais leis do país pelo Judiciário. Ora bem, ao definir a Constituição como “*supreme law of the land*”, os *framers* tinham o escopo de estabelecer o texto de uma lei – suprema, é verdade, mas ainda assim lei – que se aplicaria à maneira das demais leis. Como observa mais uma vez Stephen Griffin, acerca desse espírito comum entre os *founding fathers*,

conquanto a Constituição tivesse o status de lei suprema ou fundamental, ela deveria ser aplicada do mesmo modo que as demais leis. O constitucionalismo americano é baseado na analogia entre a Constituição e a lei ordinária. Assim como é desejável restringir e capacitar os indivíduos pela sua submissão à *rule of law*, é igualmente desejável restringir e capacitar o Estado. A idéia da condução do governo sob a lei é a essência do constitucionalismo americano. A Constituição e a lei ordinária são concebidas como análogas porque ambas são escritas e aprovadas de acordo com um procedimento autoritativo.³⁹

Essa analogia empreendida pela *founding generation* entre as leis ordinárias e a Constituição, como não é difícil perceber, acarretou a incumbência ao Judiciário, por ser ele, dentre os demais poderes, “*the branch of government with the greatest legal expertise*”,⁴⁰ da função de interpretar a Constituição, inclusive com a possibilidade de, nesse mister, reconhecer a nulidade de alguma

³⁸ “*Article VI of the United States Constitution proclaims it to be ‘the supreme law of the land’.* This signals the primary characteristics of American constitutionalism. It is based on a written document that is the fundamental law of the republic. These two characteristics are reinforcing - The Constitution of 1787 can be law because it is not based on oral tradition or a fragmentary written record. It is established all of a piece at a definite time and place”. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 11. Griffin chama a atenção para o fato de que, até a elaboração da Constituição dos Estados Unidos, o conceito de constituição variava em torno do conjunto de leis, costumes e tradições dispersos em inúmeros textos normativos ou na cultura oral da sociedade.

³⁹ No original: “*Although the Constitution would have the status of supreme or fundamental law, it would operate in the same manner as others laws. American constitutionalism is based on an analogy between a constitution and ordinary law. Just as it is desirable to restrain and empower individuals by subjecting them to the rule of law, so it is desirable to restrain and empower the state. The idea of conducting government under law is the core of American constitutionalism. The Constitution and ordinary law are thought to be analogous because they are both written and enacted according to authoritative procedure.*” GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 13.

⁴⁰ GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 17.

lei ordinária, por sua contrariedade ao texto constitucional.⁴¹ Aliás, também aqui, Alexander Hamilton, no *Federalista* n. 78, resume bem essa concepção de aplicação judicial da Constituição em analogia às leis:

A interpretação das leis é a província própria e particular das cortes. Uma Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes como uma lei fundamental. É destes, portanto, a incumbência de declarar seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato oriundo do Poder Legislativo. Se acontecer um irreconciliável desacordo entre ambos, o que contar com a obrigatoriedade e a validade superior deverá, evidentemente, ser preferido; ou, em outras palavras, a Constituição deverá ser preferida à lei, a intenção do povo à intenção de seus agentes.⁴²

Por conseguinte, essa “legalização”⁴³ da Constituição, que representou, desde o nascimento do constitucionalismo nos Estados Unidos, e ao contrário – como se viu no item anterior – do que se verificou até a primeira metade do século XX nos países da Europa continental, o reconhecimento de seu caráter jurídico-normativo, com a conseqüente aplicabilidade pelos órgãos jurisdicionais, afigurou-se o pressuposto indispensável para que Marshall pudesse, em *Marbury v. Madison*, traçar as linhas do *judicial review*.

Texto jurídico com força normativa e hierarquicamente superior a todos os demais atos – normativos ou não – praticados pelos Poderes do Estado: eis o cumprimento das duas principais condições para o nascimento do controle jurisdicional de constitucionalidade. Mas, além destas, outra condição, igualmente

⁴¹ Para uma visão crítica do assunto, v. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 1ª ed. Nova York: The Bobbs-Merrill Company, 1962, Cap. I, pp. 1-33.

⁴² No original: “*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents*”. HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, n. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/federal/fed78.htm>>. Acesso em: 31 out. 2007.

⁴³ O termo é de Griffin: “*Thus, the Constitution was legalized. It was made enforceable in ordinary courts of law and interpreted as any other legal document. This legalization appeared to be consistent with the original idea of constitutionalism because it emphasized the importance of the Constitution as law*”. Cf. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 17.

necessária, teve de ser implementada para a adoção do *judicial review* nos Estados Unidos. Trata-se da rigidez da Constituição norte-americana.⁴⁴

Com efeito, quem quer que leia o texto de seu artigo V perceberá facilmente que o procedimento estabelecido pelo constituinte originário para a alteração formal da Constituição dos Estados Unidos é de uma rigidez incomum.⁴⁵ E é basicamente essa rigidez constitucional que, ao assentar-se na “*distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos*”,⁴⁶ torna possível falar em “*superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior*”.⁴⁷ Assim, se não for rígida a Constituição, “*a própria lei ordinária contrastante muda o texto constitucional*”.⁴⁸

Pois bem, a conjunção da consideração da Constituição dos Estados Unidos, já em sua origem, como uma lei, a rigor, não distinta das demais; qualificada, porém, ineludivelmente, por uma supremacia legal fundamental e condicionante, decorrente sobretudo da rigidez de seu procedimento de reforma, com o reconhecimento da independência do Judiciário frente aos outros Poderes do Estado foi o que possibilitou a Marshall desenvolver o *judicial review*, em *Marbury v. Madison*, a despeito de a Constituição não fazer em nenhum trecho

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴⁵ Diz o Artigo V da Constituição dos Estados Unidos da América: “*The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate*”. Esse artigo, que, nas palavras do amiúde citado Stephen Griffin, “*comes close to requiring unanimity to approve any amendment*”, foi a consequência de uma preocupação recorrente entre os *framers* da Constituição americana com a estabilidade constitucional em face das mudanças políticas ocasionais. Entretanto – ainda de acordo com Griffin –, embora possa ser apontada como causa primordial de a Carta Magna dos Estados Unidos só ter sido objeto de 27 emendas em seus cerca de 220 anos, a extrema rigidez do procedimento de reforma da Constituição estabelecida por esse dispositivo acabou por fazer com que a mutação constitucional assumisse outras formas além do disposto no artigo V, como a interpretação empreendida pelos juizes da Suprema Corte, uma vez que, como teria imaginado Roosevelt durante a crise de 1937, “*changing justices would always appear easier than changing the Constitution*”. Cf. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., pp. 29 e 39.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 296.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 42.

“menção expressa de um controle de constitucionalidade das leis deferidas aos seus tribunais”.⁴⁹

O voto de Marshall, nessa histórica decisão, segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “representou, a um só tempo, um primor na arte política associada a uma enorme robustez jurídica”.⁵⁰ Isso porque, a despeito da configuração da posição jurídica de supremacia da Constituição e da independência conferida ao Judiciário dos Estados Unidos, como se vem de destacar, a conjuntura política da jovem nação americana, quando William Marbury ajuizou na Suprema Corte seu *writ of mandamus*, era de aberta crise – a primeira da história dos Estados Unidos – entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e o Judiciário, do outro.

A origem dessa crise,⁵¹ que culminou no julgamento de *Marbury v. Madison*, encontra-se no final do mandato de John Adams como o segundo presidente dos Estados Unidos da América. Tendo perdido a eleição para um segundo mandato para o candidato do Partido Republicano, Thomas Jefferson, bem como com a derrota de seu partido, o Federalista, na luta pela maioria parlamentar, nas eleições para o Legislativo, Adams e seus correligionários pretenderam então assegurar a manutenção de sua força política com a nomeação de indivíduos vinculados de alguma forma a seu grupo partidário para o exercício de cargos no Judiciário. Assim, em fevereiro de 1801 – estando o Congresso ainda com maioria federalista –, Adams logrou a aprovação de duas leis que lhe

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 306. Gustavo Binbenbojm, após aludir aos debates travados na Convenção de 1787, bem como ao *Federalista n. 78* de Hamilton, afirma que, “*embora o texto constitucional norte-americano não contemplasse expressamente o controle judicial da constitucionalidade das leis, pode-se afirmar que, de certa forma, já o prenunciava*”. BINBENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29. Nesse mesmo sentido, veja-se o registro que faz o professor de Harvard Law School, Laurence H. Tribe: “*The records of the Constitutional Convention itself suggest to at least some scholars that the Framers did not explicitly grant federal courts the power of judicial review because they took that power for granted*”. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2ª ed. Mineola/Nova York: The Foundation Press, 1988, p. 26. Essa mesma proposição é enfaticamente afirmada por Charles Beard, em clássica – e provavelmente a mais renomada – obra em defesa da intenção original dos framers em estabelecer o *judicial review*. BEARD, Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*. Mineola/Nova York: Dover Publications, 2006.

⁵⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 326.

⁵¹ Um excelente resumo no vernáculo tanto da conjuntura política em que se situou como do conteúdo da decisão de *Marbury v. Madison* pode ser encontrado em BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 3-10. Em língua inglesa, não se pode deixar de mencionar o verbete escrito sobre o caso no famoso guia das decisões da Suprema Corte americana editado pelo professor Kermit Hall. Cf. HALL, Kermit L. (org.). *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 1999, pp. 173-5. Cumpre anotar que ambas as obras serviram de subsídio para a contextualização que se segue.

possibilitariam a indicação de diversos juizes, tanto federais como de paz, o que foi feito.

Ocorre que, entre a indicação, a aprovação pelo Senado dos nomes escolhidos por Adams e sua efetiva investidura, não houve tempo suficiente para que seu Secretário de Estado – justamente John Marshall, que já havia sido aprovado para assumir a presidência da Suprema Corte americana, logo, como seu novo *Chief Justice*, mas decidira permanecer no exercício da referida função até a posse do novo presidente dos Estados Unidos – conferisse a alguns dos aprovados o termo formal de investidura nos respectivos cargos (*commission*).

Jefferson, ao tomar posse, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que deixasse de formalizar a investidura – mediante a entrega das respectivas *commissions* – dos indivíduos, que, embora aprovados pelo Senado, ainda não haviam assumido a judicatura. Entre esses, estava William Marbury, previamente aprovado para o cargo de juiz de paz no Condado de Washington, *District of Columbia*, cuja *commission* não lhe fora conferida no mandato de Adams por falta de tempo.

Em razão disso, William Marbury ajuizou *writ of mandamus* originariamente perante a Suprema Corte no qual pretendia obrigar o Secretário de Estado James Madison a entregar-lhe sua *commission* de juiz de paz do Condado de Washington.

Ao lavrar seu voto – que exprimiu a decisão da Suprema Corte no caso –, Marshall tinha então diante de si, como dito antes, uma controvérsia jurídica cuja solução, notadamente se favorável a Marbury, poderia acarretar sérias conseqüências à independência e ao próprio funcionamento do Poder Judiciário americano como um todo, porquanto havia forte movimento político no Congresso dos Estados Unidos, que contava com o aval de Jefferson, em favor da deflagração de processo de *impeachment* tanto de Marshall quanto de outros juizes considerados ideologicamente ligados ao Partido Federalista.⁵² Por conseguinte, Marshall sabia que não poderia enfrentar os demais Poderes.

⁵² Como observa Laurence H. Tribe, “*Marshall and his fellow Justices, however, probably would not have described their situation as ‘delightful’. Congress had canceled Supreme Court’s 1802 Term as part of its effort to undo President’s Adams’ packing the federal bench; moreover, there was much sentiment in Congress favoring impeachment of Marshall and his fellow Federalist Justices, for purely political reasons. By declaring the jurisdictional statute unconstitutional,*

Entretanto – e aqui se mostrou plenamente a astúcia de Marshall –, se por um lado não lhe seria possível resistir à pressão política de Jefferson e do Congresso de maioria republicana, por outro, ele poderia fazer de *Marbury* um precedente em que a Suprema Corte firmaria o Judiciário como o órgão por excelência de revisão da adequação constitucional dos atos dos demais Poderes.⁵³ E foi exatamente o que ele fez.

Marshall, assim, começa seu voto formulando três perguntas, às quais responde de forma concatenada ao longo de sua fundamentação: 1) Marbury tem direito ao cargo por ele pleiteado? Se afirmativa essa indagação, tendo sido seu direito violado, o ordenamento jurídico dos Estados Unidos lhe confere algum meio de reparação? Se afirmativa também essa, teria a Suprema Corte americana competência para apreciar seu *writ of mandamus*?⁵⁴

Após responder afirmativamente às duas primeiras perguntas; portanto, depois de reputar que Marbury teria, sim, direito à sua *commission* de juiz de paz, bem como que o *writ of mandamus* seria demanda juridicamente adequada ao fim proposto, Marshall,⁵⁵ ao se deter sobre a última questão, expõe então o argumento que fixaria o postulado do *judicial review* e tornaria o referido caso notório pelos próximos duzentos anos.

Marshall was able to avoid a direct confrontation with Jefferson, although Marshall structured the Marbury opinion in a way which allowed for an extended dictum proclaiming the illegality of Madison's conduct and asserting the power of the judiciary to remedy lawless executive action". TRIBE, Laurence H., op. cit., p. 26.

⁵³ TRIBE, Laurence H., op. cit., pp. 25-6.

⁵⁴ Nas palavras de Marshall: “*In the order in which the court has viewed this subject, the following questions have been considered and decided. 1. Has the applicant a right to the commission he demands? 2. If he has a right, and that right has been violated, do the laws of this country afford him a remedy? 3. If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?*” *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>> Acesso em: 23 nov. 2007.

⁵⁵ Cumpre anotar que, embora *Marbury v. Madison* deva sua notoriedade como primeiro precedente do *judicial review*, não se pode deixar já aqui de registrar que, ao responder às duas primeiras questões por ele mesmo formuladas, Marshall assentou também nesse julgado a origem na jurisprudência americana da chamada *political questions doctrine*, como se verifica do famoso trecho do seu voto, *in verbis*: “*The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court.*” *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Sobre o tema, v. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 488. Confira-se também, para uma análise mais detalhada dessa doutrina, em língua portuguesa, MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 246-65. Confira-se, ainda, TRIBE, Laurence H., op. cit., pp. 96-107.

Sua indagação sobre se seria a Suprema Corte competente para apreciar o *mandamus* proposto por Marbury levou-o a interpretar o artigo III da Constituição americana de maneira estrita, de modo que não pôde deixar de concluir que não teria sido dado pelo constituinte originário ao Congresso dos Estados Unidos o poder de ampliar os limites da competência originária da Corte, fora os já previstos pela própria Lei Fundamental, dentre os quais não figura o conhecimento de *writs of mandamus* contra autoridades públicas, o que somente veio a ser posteriormente prescrito por lei ordinária do Congresso (o *Judiciary Act* de 1789), a qual, portanto, por alargar a competência originária da Suprema Corte sem o respaldo da Constituição, seria, por isso mesmo, inconstitucional.⁵⁶

Ao fazer essa consideração, Marshall teve em linha de conta – na esteira, aliás, de Hamilton no *Federalista* n. 78 – que, como documento escrito, a Constituição americana seria “*the fundamental and paramount law of the nation*”, e, conseqüentemente, qualquer ato do Legislativo que contra ela se voltasse restaria eivado de nulidade.⁵⁷ Além disso, como os juízes teriam por dever dizer o Direito – prosseguiu o *Chief Justice* –, eles nunca poderiam deixar de atentar para as normas constitucionais, o que lhes imporia o ônus funcional de revisar a constitucionalidade dos atos dos demais Poderes.⁵⁸ Fixavam-se aqui, assim, as concepções de que *i*) ato inconstitucional é ato nulo (*void*) – o chamado princípio

⁵⁶ “*The authority, therefore, given to the supreme court, by the act establishing the judicial courts of the United States, to issue writs of mandamus to public officers, appears not to be warranted by the constitution; and it becomes necessary to inquire whether a jurisdiction, so conferred, can be exercised*”. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁵⁷ “*Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void. (...) Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.*” *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁵⁸ “*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. [5 U.S. 137, 178] So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*” *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

da nulidade dos atos inconstitucionais⁵⁹ – e de que *ii*) a última palavra em matéria de interpretação e aplicação da Constituição é tarefa do Judiciário.⁶⁰

Com isso, de fato, apesar do inequívoco “clima de beligerância”⁶¹ entre o Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo, *Marbury v. Madison* acabou constituindo-se em “*precedente decisivo para o fortalecimento do Judiciário e para o Constitucionalismo futuro*”.⁶²

É bem de ver, contudo, que, como sustenta Stephen Griffin, à época do julgamento, o precedente firmado pelo voto de Marshall não foi particularmente percebido como uma pretensão institucional de supremacia da interpretação judicial da Constituição sobre os demais Poderes.⁶³ Isso, aliado ao fato de a Suprema Corte americana ter ficado, após *Marbury v. Madison*, mais de cinquenta anos sem pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei federal, o que só veio a fazer novamente em 1857 no “*infame*”⁶⁴ caso *Dred Scott v. Sandford*,⁶⁵ permite ao

⁵⁹ Princípio que vigoraria nos Estados Unidos incontestemente até o julgamento, na década de 60 do século XX, do caso *Linkletter v. Walker*, quando a Suprema Corte assentou que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de uma lei seria fruto de pura “política” judicial. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965). V. TRIBE, Laurence H., op. cit., p. 30.

⁶⁰ Nesse sentido, é de conferir o que dizem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, *in verbis*: “*O caso Marbury v. Madison reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a idéia de que a Constituição é uma lei e que sua essência é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolve a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante das hipóteses de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar esta última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem-se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição*”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 185.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 184.

⁶² *Ibidem*, p. 185.

⁶³ “*At the time, Marbury was not perceived as a claim of the supreme authority of the judiciary in matters of constitutional interpretation*”. V. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 96, nota de rodapé 32.

⁶⁴ TRIBE, Laurence H., op. cit., p. 549.

⁶⁵ 60 U.S. 393 (1857). Acerca de *Dred Scott v. Sandford* escreveu Laurence Tribe: “*Dred Scott is often recalled for its politically disastrous dictum, the wholly gratuitous announcement by Chief Justice Taney that the Missouri Compromise was unconstitutional. But the decision's greatest constitutional significance lay in its holding: whether enslaved or free, ‘persons who are descendants of Africans... imported into this country, and sold as slaves’, cannot bring suit in federal courts, even if their state citizenship is unquestioned. Access to federal courts presumed national citizenship, a status distinct from state citizenship and denied to such persons as Scott by the Constitution. The Dred Scott Court construed the Constitution to grant citizenship only to the residents of states that formed the Union and to the descendants of those initial arrivals, unless Congress legislated otherwise*”. TRIBE, Laurence H., op. cit., p. 549. O precedente firmado no caso *Dred Scott v. Sandford*, apontado comumente como um dos fatores que acarretaram a eclosão

mesmo Griffin afirmar que a concepção presente de *judicial review* só começou a ganhar de fato os contornos atuais após a Guerra Civil americana.⁶⁶

Seja como for, embora sem desautorizar a opinião desse ilustre professor da Universidade de Tulane, se de fato – como se verá no capítulo seguinte – foi somente após a Guerra da Secessão, notadamente após a promulgação da Emenda n. XIV à Constituição dos Estados Unidos,⁶⁷ que a Suprema Corte americana passou a desenvolver um crescente e acentuado ativismo judicial, que culminaria, na virada do século XIX para o XX, na chamada *Lochner Era*, em referência ao caso *Lochner v. People of State of New York*,⁶⁸ não se pode desconsiderar o papel de *Marbury v. Madison* como o primeiro paradigma do controle jurisdicional de constitucionalidade, que, para o bem e para o mal, assentou as premissas de que partiria ao longo do tempo o Judiciário americano para promover a fiscalização da adequação dos atos dos demais Poderes às normas constitucionais.

O desenvolvimento desse ativismo judicial nos Estados Unidos, posteriormente a *Marbury v. Madison*, por ser assunto intrinsecamente relacionado a este trabalho, será objeto de abordagem no capítulo seguinte. Por ora, cumpre atravessar o Atlântico e verificar o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no continente europeu.

2.3

O controle de constitucionalidade europeu e a doutrina de Kelsen

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pela esmagadora maioria dos países do continente europeu, com forte influência sobre o

da Guerra Civil dos Estados Unidos, foi logo após o fim do conflito desautorizado por força da aprovação da Emenda n. XIV à Constituição americana.

⁶⁶ “*Yet the version of judicial review that is the focus of the contemporary debate over the role of the Supreme Court is more a creation of the modern state than an accepted idea of the late eighteenth century. The modern version of judicial review is not simply a discrete judicial power, but a complex institution that includes important jurisdictional grants not made until after the Civil War and a series of understandings built up over the years among the branches of government. A key element of the modern institution of judicial review that only developed over time is the doctrine of judicial supremacy, the idea that the Supreme Court is the final authority in matters of constitutional interpretation*”. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 91.

⁶⁷ GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 97.

⁶⁸ 198 U.S. 45 (1905). Sobre a chamada *Lochner Era*, cf. TRIBE, Laurence H., op. cit., p. 567.

ordenamento jurídico de inúmeros outros nas mais variadas quadras do mundo, é basicamente o fruto da concepção teórica de um professor da Faculdade de Direito da Universidade de Viena, que, aos 38 anos, recebeu a incumbência de participar da redação do projeto da que viria a se tornar a Constituição austríaca de 1920: Hans Kelsen.⁶⁹

Como visto nos tópicos anteriores, enquanto a tradição constitucional norte-americana, por variados motivos, deu ensejo, já em seu nascimento, a uma postura judicialista de interpretação e aplicação da Constituição, na Europa de todo o século XIX e do início do XX a força normativa da Constituição, e sua decorrente jurisdicização, esbarrou no primado da sacralização da lei e, por conseguinte, de seu produtor: o legislador.⁷⁰ Como afirmou o conhecido jurista francês Louis Favoreu, ao explicar as causas da não-adoção do *judicial review of legislation* americano em plagas européias, nos “*Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa é a lei que é sagrada*”.⁷¹

Já o próprio Kelsen, em sua célebre exposição à sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, sustentou que o tema referente à adoção da garantia jurisdicional da Constituição começava, de fato, a despertar na Europa continental a atenção dos estudiosos do Direito e dos políticos somente àquela época por conta de a estrutura escalonada do Direito⁷² ter sido aceita há

⁶⁹ O constitucionalista francês Louis Favoreu é enfático na assertiva, de resto muito comum entre os juristas, *in verbis*: “*O modelo europeu, que possui atualmente uns trinta exemplos, não teria existido sem Kelsen. Com seus trabalhos e seu projeto da Constituição da Áustria de 1920, o mestre de Viena preparou um novo modelo de justiça constitucional, oposto ao modelo estadunidense*”. Cf. FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 17. Sobre uma breve nota biográfica de Hans Kelsen, v. SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*: John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert L.H. Hart, Ronald Dworkin. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63.

⁷⁰ É o que observa Luis Pietro Sanchís, em artigo já mencionado no tópico I.1, “*tanto em Francia como em el resto de Europa a lo largo del siglo XIX y de parte del XX, la Constitución tropezó con dificultades, singularmente frente al legislador y frente ao Gobierno. De modo que este constitucionalismo se resuelve más bien en legalismo*”. SANCHÍS, Luis Pietro, op. cit., p. 126.

⁷¹ FAVOREU, Louis, op. cit., p. 20. Na mesma obra e página, o autor, ainda ao explicar a rejeição ao modelo americano na Europa, assevera: “*A sacralização da lei é uma primeira explicação. A partir da Revolução de 1789, ao longo do século XIX e início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs e raramente foi posto em dúvida. O reino do Direito era o reino da lei*”. É bem de ver, ainda, que, além da sacralização da lei, Favoreu aponta, como causas da não-adoção do modelo americano de controle judicial de constitucionalidade, a alegada incapacidade do juiz ordinário de exercer a justiça constitucional, a ausência de unidade de jurisdição e a insuficiente rigidez das Constituições européias. FAVOREU, Louis, op. cit., pp. 20-2.

⁷² Sobre a estrutura escalonada do Direito, v. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 246-308. Para bem compreender o pensamento de Kelsen, inclusive sua formulação do instituto da jurisdição

pouco tempo e, especialmente, pela influência decisiva do papel da lei nas monarquias constitucionais que vigoraram, até então, na maior parte do continente europeu pelo século XIX. Segundo Kelsen, a idéia de que uma monarquia constitucional, em contraposição à monarquia absolutista do *ancien régime*, consubstanciar-se-ia essencialmente na limitação dos poderes do monarca, bem como do Parlamento pela Constituição, foi deturpada pela aceitação da tese – formulada para encobrir certo desprestígio, reputado perigoso, do chefe de Estado nessas monarquias constitucionais – de que as leis, oriundas que eram do Parlamento, seriam elas próprias expressões do rei, o qual, por sua vez, atestaria sua constitucionalidade pelo mero ato de sancioná-las.⁷³

É curioso anotar aqui, um tanto paradoxalmente, que, se para Kelsen o maior óbice à adoção da jurisdição constitucional na Europa teria sido a formulação da teoria desse “*princípio monárquico*”, que posicionou a lei, e não a Constituição, no centro do ordenamento, para velar pelo prestígio do monarca, isso não impediu, como aponta Gustavo Zagrebelsky, que a adoção do modelo de inspiração kelseniana de controle de constitucionalidade por um tribunal especial, não relacionado à jurisdição ordinária, tenha sido também uma forma de se assegurar o chamado *privilegio do legislador*, “*una expresión que indica, sobre todo, que el legislador tiene su propio juez*”.⁷⁴ Desse modo, ao se estabelecer no Tribunal Constitucional um especial *juiz do legislador*, como anteriormente a jurisdição administrativa já havia sido criada – e igualmente separada da jurisdição ordinária – para que se institísse um *juiz da Administração*, ter-se-ia resolvido as duas mais sérias objeções à aceitação do sistema proposto por

constitucional, não se pode de modo algum descurar que seu objetivo, ao longo de toda a sua prolifera vida acadêmica, foi criar uma teoria descritiva, e não prescritiva, do Direito – do Direito de qualquer sociedade. Nesse escopo, a identificação da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, que propugna, em apertadíssima síntese, que uma norma jurídica somente poderá ser reputada válida se encontrar seu fundamento de validade em norma jurídica hierarquicamente superior, é sem sombra de dúvida verdadeira premissa determinante não só da identificação de uma norma social como jurídica, mas também do reconhecimento da necessidade de se estabelecer um meio de proteção à normatividade da Constituição, o que, para Kelsen, seria obtido mediante a adoção da jurisdição constitucional.

⁷³ Como diz Kelsen, tal “*concepção tem por resultado não se considerar como uma imperfeição técnica da Constituição, mas antes como seu sentido profundo, que uma lei deva ser tida por válida a partir do momento em que é publicada no Diário Oficial com a assinatura do monarca, independentemente do fato de as prescrições relativas à sua adoção pelo Parlamento terem ou não sido obedecidas*”. KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional”. In: *Jurisdição constitucional*. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 129.

⁷⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 62.

Kelsen, é dizer, a de que a instituição da Jurisdição Constitucional afrontaria a soberania do Parlamento, como feriria a cláusula da separação dos poderes.

Sobre a primeira objeção acima mencionada, Kelsen é peremptório ao asseverar que, “à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular”, já que, para ele, “a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal”, em cujo vértice – nos termos da estrutura escalonada do Direito – se situa a Constituição, daí não haver uma tal soberania do Parlamento, “é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo”,⁷⁵ e, *a fortiori*, a validade dos atos do legislador. Desse modo, para ele, a crítica à jurisdição constitucional fundada nessa pretensa soberania do Legislativo é, na verdade, uma tentativa de dissimular o desejo político de este órgão não ter de se condicionar juridicamente pelas normas da Constituição, como ocorreu ao longo do século XIX e início do XX.

Com efeito, para Kelsen, é ingenuidade (ou, quiçá, muita astúcia) crer que o controle da constitucionalidade das leis será eficaz se ele for incumbido ao próprio legislador ou mesmo se for adotada a solução intermediária de conferir a um órgão próprio o poder de reconhecer a invalidade do ato e, após tal reconhecimento, ao Legislativo, o de anulá-lo definitivamente.⁷⁶ Para ele, a garantia da Constituição é de ser assegurada mediante a criação de um órgão completamente independente do Legislativo – e, *a fortiori*, de qualquer outro Poder – encarregado dessa particular função. É por isso que o jurista austríaco, ao abordar a questão de saber se o órgão incumbido de anular um ato irregular deve ser o mesmo que o criou ou outro, afirma que normalmente aqueles que se manifestam contrariamente à atribuição dessa função a órgão diverso daquele donde se originou o ato reputado inválido o fazem meramente por “condições de prestígio”,⁷⁷ isto é, para assegurar a pretensão de soberania do ente cujo ato seja

⁷⁵ KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional”. In: *Jurisdição constitucional*. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 150-1.

⁷⁶ Essa “solução intermediária”, aventada – e criticada – por Kelsen, foi em linhas gerais adotada no modelo concreto de controle de constitucionalidade brasileiro desde a Constituição de 1934, mantido em todas que se lhe seguiram, inclusive na Carta de 1988, em seu art. 52, X, o qual dispõe que compete ao Senado Federal suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A esse dispositivo - e à pretensão de sua desconsideração por mutação constitucional hermenêutica a ser empreendida pelo STF - será dedicado tópico específico mais adiante.

⁷⁷ KELSEN, Hans, op. cit., p. 146.

apontado como inválido e, com isso, evitar alguma forma de enfraquecimento perante o outro órgão. É nessa linha de interesses mais políticos do que jurídicos que surge a argumentação pretensamente legitimadora da soberania do Parlamento, conclui Kelsen.

Ao responder à segunda objeção, ou seja, a que invoca a separação dos poderes como óbice à jurisdição constitucional, o jurista de Viena formula sua clássica concepção do Tribunal Constitucional como legislador negativo. Nesse sentido, Kelsen argumenta que a anulação de um ato do Legislativo por um Tribunal Constitucional não é uma função propriamente jurisdicional, estando muito mais próxima da atividade legislativa do que da primeira. Com efeito, segundo as próprias palavras do renomado autor austríaco, *“anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, uma própria função legislativa”*.⁷⁸

Além dessa sua característica de um típico legislador negativo, para Kelsen a jurisdição constitucional, em vez de uma afronta à separação dos poderes, seria, isto sim, sua própria afirmação. Para fundamentar essa assertiva, ele lembra que, historicamente, o princípio da separação dos poderes (que ele prefere chamar, por fidelidade à idéia original, de *divisão* dos poderes) não nasceu do desejo de isolar os órgãos do Estado, mas *“para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros”*.⁷⁹ Nesse sentido, portanto, a jurisdição constitucional encarregada a um órgão independente⁸⁰ seria a garantia de respeito à Constituição pelo legislador.

De qualquer sorte, é certo que, se a anulação de uma lei é feita pelo estabelecimento de outra norma geral,⁸¹ só que com sinal negativo, e, por conseguinte, a anulação há de ter como atributo a generalidade, a inexorável conclusão kelseniana é que a *“centralização do poder de examinar a regularidade*

⁷⁸ Ibidem, pp. 150-1.

⁷⁹ Ibidem, p. 152.

⁸⁰ *“Sua independência diante do Parlamento e do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional.”* V. KELSEN, Hans, op. cit., p. 153.

⁸¹ Kelsen, evidentemente, admite que um ordenamento possa condescender apenas com a anulação de uma norma parcialmente, ou seja, tão-somente para o caso concreto sob julgamento. Entretanto, ele critica duramente essa opção como ensejadora de insegurança jurídica e desarmonia de soluções. V. op. cit., pp. 144-5.

das normas gerais se justifica sob todos os aspectos".⁸² Neste ponto, é preciso ter em vista que uma das premissas de que partiu Kelsen para formular sua teoria da jurisdição constitucional foi inegavelmente a da necessidade de garantia da segurança jurídica. Foi em nome dessa necessidade que ele aventou diversos efeitos às decisões do Tribunal Constitucional. Por conta disso, é exatamente em nome da segurança jurídica e da unidade de soluções que o citado autor não vê qualquer pertinência em admitir a possibilidade de se atribuir a mais de um órgão, como sucede no sistema judicial americano, o poder de decretar – concreta ou, o que seria pior, genericamente – a invalidade de uma norma geral. Justamente porque a cessação de validade de uma norma geral é, para o professor de Viena, uma atividade legislativa negativa, é que somente um ente, o Tribunal Constitucional, poderia ser legitimado a empreendê-la, sem que o caos se instaurasse na sociedade por uma miríade de decisões judiciais em sentidos contrários.

Aliás, foi por não prescindir da segurança jurídica que Kelsen formulou sua visão acerca da decretação da invalidade das normas gerais em face da Constituição. Explica-se. Tendo em linha de conta a estrutura escalonada do Direito, ele trata do que houve por bem chamar de garantias objetivas de regularidade dos atos estatais em relação à Constituição, distinguindo, no que toca à incompatibilidade de um ato ao que lhe serve de fundamento de validade – hierarquicamente superior a ele, portanto –, a nulidade da anulabilidade de tais atos. A primeira, diz o professor austríaco, configura-se na total desconformidade entre o ato que se pretende jurídico e os requisitos previstos em norma superior para sua plena regularidade. Dessa maneira, continua, o *“ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, outro ato jurídico”*.⁸³ A nulidade do ato, assim considerada, em sua visão, não exige a prática de qualquer outro ato formal de reconhecimento de sua invalidade, de vez que todos – autoridades públicas e cidadãos – podem pura e simplesmente desconsiderá-lo.

Por outro lado, se o reconhecimento da incompatibilidade do ato com a forma ou o conteúdo prescrito pela norma a ele hierarquicamente superior for

⁸² KELSEN, Hans, op. cit., p. 145.

⁸³ Ibidem, pp. 140-1.

conferido a um único órgão ou restrito grupo de órgãos – por determinação do direito positivo, o que ele considera de todo conveniente –, de modo que seu descumprimento por qualquer cidadão ou autoridade pública somente seja juridicamente acertado após, e somente após, a pronúncia da irregularidade por esse (ou por um desses) órgão (órgãos), estar-se-á, então, diante de um caso de anulabilidade.

É nesse sentido, e em vista dessa distinção, que Kelsen não vacila ao asseverar que, em nome da segurança jurídica e pela unidade de soluções, deve-se atribuir, como dito anteriormente, a um único órgão – que passaria a ser, por conseguinte, uma “*instância central suprema*” –⁸⁴ a competência para analisar em abstrato e, se for o caso, para anular, e não simplesmente declarar nula, para todos os casos, uma norma geral que se mostre incompatível com a Constituição, o que, também em respeito à segurança jurídica, “*requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, isto é, a partir da anulação*”.⁸⁵ Nessa linha, aliás, para Kelsen, a decretação de invalidade de uma norma pelo Tribunal Constitucional não só deve operar-se *ex nunc*, e não *ex tunc*, como ele admite até – e, mais uma vez, pioneiramente em sede de controle de constitucionalidade – a modulação dos efeitos temporais da decisão da corte,⁸⁶ com vistas a resguardar, em respeito à segurança jurídica, as situações já constituídas sob a égide da norma inválida.

Sem prejuízo do que se acaba de asseverar, não se pode perder de vista, de qualquer modo, que, *pari passu* com sua preocupação acerca da segurança jurídica, essa opção de Kelsen pela anulabilidade, em vez da pura e simples nulidade das normas jurídicas inconstitucionais, deve-se, em grande parte, também à sua concepção dinâmica do ordenamento jurídico, que supõe que a atividade judicial não é meramente declaratória, mas sobretudo constitutiva, uma vez que o juiz, assim como o legislador, cria norma jurídica, e não apenas – como

⁸⁴ Ibidem, p. 145.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Diz Kelsen, *in verbis*: “*Seria necessário examinar também se não seria bom, no interesse da segurança jurídica, encerrar a anulação, em particular das normas gerais e principalmente das leis e dos tratados internacionais, num prazo fixado pela Constituição, por exemplo, três a cinco anos a partir da entrada em vigor da norma a anular. Porque é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, e ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos*”. KELSEN, Hans, op. cit., p. 170.

na clássica formulação de Montesquieu do Judiciário como *la bouche de la loi* – reconhece a existência de norma e a aplica automaticamente.⁸⁷

Além do que se vem de aduzir, para bem compreender a teoria kelseniana da jurisdição constitucional, é preciso não olvidar que a preocupação central do citado jurista é a de formular uma teoria descritiva, e não prescritiva, do Direito, escoimada de quaisquer elementos não estritamente “*jurídicos*”.⁸⁸ É nesse sentido que a própria jurisdição constitucional deve ser compreendida como uma garantia de eficácia jurídica da Constituição, porque, como averba Kelsen, o “*direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior*”.⁸⁹ Assim sendo, a jurisdição constitucional foi a solução aventada pelo professor austríaco para assegurar a regularidade jurídica, e não apenas política, do ordenamento jurídico, por meio da obrigatoriedade jurídica da Constituição.

Do mesmo modo, é em razão da jurisdição constitucional como garantia judicial do respeito aos preceitos da Carta Magna que o Tribunal Constitucional, para Kelsen, deve analisar a constitucionalidade das leis abstratamente em procedimento diretamente instaurado para tal finalidade, e não incidentalmente como nos Estados Unidos, já que o que o preocupa é, como dito, a regularidade das normas, e não necessariamente sua justiça ao caso concreto.

É curioso anotar, nessa linha, que, como a preocupação de Kelsen com o controle de constitucionalidade tinha por substrato eminentemente a regularidade do ordenamento jurídico, ele nunca chegou a dar muita atenção ao problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Como para ele a Constituição é que deveria dispor sobre a organização e a competência do Tribunal Constitucional, e ela se configura no texto normativo supremo do ordenamento jurídico, então a opção pela adoção da jurisdição constitucional teria sua legitimidade posta aprioristicamente fora de discussão. Além disso, na verdade, Kelsen via a jurisdição constitucional como um instrumento particularmente a serviço da democracia, na medida em que seria incumbida de

⁸⁷ Acerca do caráter constitutivo da decisão judicial, v. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 263. Sobre esse caráter especificamente em relação ao controle de constitucionalidade kelseniano, v. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 122.

⁸⁸ SGARBI, Adrian, op. cit., p. 33.

⁸⁹ KELSEN, Hans, op. cit., p. 179.

garantir a regularidade das funções estatais, assim como ela seria “*um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria*”.⁹⁰

Por isso mesmo, Kelsen reconhece que é “*tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional*”.⁹¹ Assim, ao tratar o problema da ameaça de politização do Tribunal Constitucional, ele sustenta que a solução passa pela forma de composição da corte. Segundo pensa o mestre austríaco, seria nesse sentido de todo conveniente que o Tribunal Constitucional fosse formado basicamente por juristas de carreira, sem vínculos com o Parlamento ou o governo. Entretanto, já que mesmo estes podem ter – conscientemente ou não – suas preferências políticas, ele concede que o Tribunal seja integrado tanto por pessoas com destaque nas atividades propriamente jurídicas quanto por outras escolhidas pelo Legislativo, consoante o critério da relação de força entre os partidos políticos. Dessa maneira, sustenta Kelsen, os juristas de carreira poderão sentir-se livres para não dar vazão a perspectivas políticas, já que os membros do Tribunal escolhidos pelo Parlamento já darão ênfase a tais pontos de vista em suas deliberações.⁹²

Após essas breves considerações, fica fácil concordar com a assertiva de Louis Favoreu segundo a qual a construção kelseniana “*parece hoje espantosamente moderna*”⁹³. Com efeito, embora o positivismo jurídico, do qual o mestre de Viena foi o maior representante, tenha sido duramente criticado no pós-guerra, a verdade é que o modelo de Tribunal Constitucional, como órgão independente dos demais poderes do Estado encarregado de exercer por via direta e concentrada a jurisdição constitucional abstratamente, foi largamente adotado não só na Europa continental, como em diversas quadras do mundo, e com forte influência inclusive em países nos quais não foi expressamente consagrado, como tem sido o caso do Brasil, como se verá adiante.

⁹⁰ Ibidem, p. 181.

⁹¹ Ibidem, p. 154.

⁹² Ibidem.

⁹³ FAVOREU, Louis, op. cit., p. 23.

2.4

Nascimento e evolução do controle de constitucionalidade no Brasil até 1988

“*A tentativa de implantação da cultura européia*” – adverte Sérgio Buarque de Holanda – “*em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, na origem da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em conseqüências*”.⁹⁴ Vê-se, assim, que o pensamento jurídico brasileiro, como em tudo o mais, tem expressado, em suas linhas gerais, a cada momento histórico, guardadas as devidas exceções, uma tentativa de transposição para o Brasil das idéias dominantes nos países europeus (e, a partir do final do século XIX, também nos Estados Unidos) que, por motivos culturais e/ou comerciais, influenciaram – e influenciam – a vida nacional.

Bem por isso, a primeira Constituição do país, a do Brasil politicamente independente e imperial, de 1824, não logrou furtar-se a ser em terras brasileiras de certo modo um arremedo das aspirações liberais da Revolução Francesa, já que teve transcrita em seu texto grande parte dos preceitos que compunham a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de índole marcadamente liberal, embora à época, e por mais de meio século seguinte, o regime escravocrata vigorasse à plena força no país, fato que, para Roberto Schwarcz, exemplifica perfeitamente como o Brasil nasceu como o país das *idéias fora do lugar*.⁹⁵

Seja como for, por conta dessa influência européia continental, notadamente do pensamento francês, a Carta de 1824 não cogitou de qualquer espécie de controle judicial de constitucionalidade, tendo adotado, isto sim, uma concepção jurídica calcada na figura da plenitude da lei em compasso com a idéia

⁹⁴ E acrescenta o grande historiador: “*Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra*”. v. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

⁹⁵ SCHWARCZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades, Ed. 34, 2000, p. 12. Na página 29 dessa obra, no notável ensaio intitulado “As idéias fora do lugar”, Schwarcz escreve: “*Ao longo de sua reprodução social, incansavelmente o Brasil põe e repõe idéias européias, sempre em sentido impróprio*”.

de soberania do Parlamento,⁹⁶ se bem que, em que pese essa ênfase na figura do legislador,⁹⁷ tenha instituído como verdadeiro soberano o Imperador, titular do Poder Moderador, o qual, nos termos do art. 98 da referida Carta, era “*a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos*”.⁹⁸

Assim é que o controle jurisdicional de constitucionalidade somente foi definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico do Brasil com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, cuja elaboração, seguindo a linha de pensamento de Rui Barbosa,⁹⁹ foi fortemente influenciada pela experiência constitucional dos Estados Unidos da América,¹⁰⁰ o que acabou por acarretar, como sabido, a adoção pelo Constituinte de 1891 do modelo difuso de controle judicial incidental e *in concreto* de constitucionalidade.¹⁰¹

Como adverte Álvaro Ricardo de Souza Cruz, embora campeasse larga ignorância no Brasil acerca do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, com a “*exceção notória*”¹⁰² de Rui Barbosa, a tese da transformação do então Supremo Tribunal de Justiça num Supremo Tribunal Federal com competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis, sob inspiração e à semelhança da

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 983.

⁹⁷ Como anota Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, “*a defesa dos princípios constitucionais não fora confiada ao Poder Judicial, mas, precisamente, ao Poder Legislativo, ao qual incumbia não só ‘interpretar’ as leis que elaborasse – ‘fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las’ (art. 15, n. 8º) –, mas, ainda, ‘velar na guarda da Constituição’ (art. 15, n. 9)*”. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* (atualizado por José de Aguiar Dias). 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 27.

⁹⁸ Os textos de todas as Constituições que historicamente vigoraram no Brasil, a partir de sua independência política, podem ser encontrados no endereço eletrônico oficial da Presidência da República Federativa do Brasil: <www.planalto.gov.br>, no atalho eletrônico intitulado “Legislação”.

⁹⁹ V. BARBOSA, Rui. “Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo”. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

¹⁰⁰ Eis o registro que faz Gilmar Mendes, *in verbis*: “*O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b)*”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 983.

¹⁰¹ Acerca da recepção e aclimatação do *judicial review* no ordenamento jurídico brasileiro, v. o artigo fundamental da professora Ana Lúcia de Lyra Tavares, “Aspects de l’aclimation du ‘Judicial Review’ au droit brésilien”. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, n. 4, pp. 1135-59, out./dez. 1986.

¹⁰² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 273.

Suprema Corte americana, foi angariando adeptos até ser expressamente positivada no texto constitucional à medida que os partidários dos ideais da recentemente implantada República perceberam que teriam em tal instituição – o controle jurisdicional de constitucionalidade – um excelente instrumento de conservação da nova forma de governo, como verdadeira precaução contra as eventuais maiorias de índole monarquista que facilmente poderiam se constituir no Legislativo.¹⁰³ Por conta disso, conclui Souza Cruz, no “*Brasil, tanto o Supremo quanto o controle de constitucionalidade nascem mais como uma instituição e um instrumento de salvaguarda da República, sendo impostos por via da Assembléia Constituinte*”.¹⁰⁴

Se essa era, ao fim e ao cabo, a intenção dos constituintes, o fato é que, para além de se embrenhar pelo puro viés antimonarquista, o Supremo Tribunal Federal, já no início de sua judicatura, não tanto pelo meio adequado para aferir a constitucionalidade das leis, ou seja, o recurso extraordinário, quanto pelo *habeas corpus*, então utilizado não exclusivamente para tutelar a liberdade de locomoção, adotou uma postura – que acabou por ficar conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*” –¹⁰⁵ firmemente comprometida com a defesa formal das chamadas liberdades públicas, os direitos fundamentais do clássico Estado Liberal de Direito.

Como se pode imaginar, essa postura acarretou momentos de extremada tensão político-institucional, porquanto o Poder Executivo, notadamente no governo do Marechal Floriano Peixoto, não raro recusou-se terminantemente a obedecer às decisões do STF, tendo, inclusive, o presidente Floriano Peixoto, como represália aos julgados contrários a seus interesses políticos, nomeado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal um médico e dois generais, conferindo alargada interpretação à locução “notável saber” contida no texto constitucional, bem como posteriormente deixado de nomear sete ministros e o Procurador-Geral da República dentre um dos juízes da Corte, como determinava

¹⁰³ “*O Supremo Tribunal Federal foi concebido como instituição que deveria garantir a Constituição – leia-se República, mesmo contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno da Monarquia*”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 275.

¹⁰⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 275.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 280-283.

a Constituição, o que, por um período, inviabilizou o funcionamento do tribunal.¹⁰⁶

A Constituição de 1934, promulgada após a vitória do movimento de 1930, embora tenha mantido o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, à moda americana, trouxe inovações¹⁰⁷ que viriam a perdurar nas demais Cartas que lhe sucederam. Assim, a par de assegurar a qualquer juízo ou tribunal a possibilidade de deixar de aplicar uma lei por reputá-la inconstitucional, foi a primeira Constituição a estabelecer que, nos tribunais, a inconstitucionalidade de uma norma somente poderia ser reconhecida pela maioria absoluta de seus membros.¹⁰⁸

Inovação igualmente relevante trazida pela Carta de 34 foi a da possibilidade¹⁰⁹ de suspensão pelo Senado Federal, no todo ou em parte, de lei considerada inconstitucional pela Corte Suprema,¹¹⁰ solução que “foi considerada, então, a forma mais adequada para conferir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade”.¹¹¹

É bem de ver, como anota Gilmar Ferreira Mendes, que na Constituinte de 1934 foi apresentada a proposta pelo Deputado Nilo Alvarenga de instituição pelo texto fundamental a ser promulgado de um Tribunal Constitucional, inspirado no modelo austríaco de controle concentrado de constitucionalidade, cuja fundamentação, da lavra do referido parlamentar, “*referia-se diretamente ao Referat de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição*

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 277-9. Cumpre conferir, também, no mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Juridição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

¹⁰⁷ Embora não se possa com propriedade dizer que tenha sido uma “inovação”, a Constituição de 34 reduziu de 15 para 11 o número de Ministros do STF, tendo sido aposentados, compulsoriamente, por decreto de Getúlio Vargas, seis ministros, dentre eles o Procurador-Geral da República, que então (na vigência da Carta de 1891) era escolhido entre os juizes do Tribunal. V. MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., pp. 27-8.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 985.

¹⁰⁹ Grande celeuma doutrinária formou-se em torno de o ato suspensivo do Senado ser mera possibilidade (*rectius*, de sua discricionariedade) ou obrigatoriedade (*rectius*, vinculativo à decisão do STF). Ver, no ponto, VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 54-60.

¹¹⁰ A Constituição de 1934, ao contrário da tradição republicana brasileira, mudou para Corte Suprema o tradicional nome do Supremo Tribunal Federal, como se vê da Seção II do Capítulo IV de seu Título I.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2005, p. 29.

constitucional”.¹¹² Entretanto, nem a argumentação fulcrada na então assaz recente exposição de Hans Kelsen logrou persuadir os Constituintes de 34 a adotar no Brasil um modelo de jurisdição constitucional como propugnado pelo mestre austríaco. Em vez disso, para resolver a questão da eficácia geral do reconhecimento *inter partes* pela Corte Suprema da inconstitucionalidade de uma norma, como afirmado no parágrafo anterior, o constituinte adotou a solução de meio-termo, concomitantemente aventada e rechaçada pelo próprio Kelsen, ou seja, conferir a outro órgão, no caso o Senado Federal – e, com isso, fixar na esfera política –, o poder de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões da Corte Suprema brasileira que reconhecessem a inconstitucionalidade de leis.

Foi a Constituição de 1934 que instituiu, ainda, o instrumento que é considerado pela doutrina o germe do controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade no Brasil: a representação interventiva, para resguardar o respeito pelos Estados-membros aos princípios fundamentais da federação, cujo ajuizamento perante a Corte Suprema era de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, conforme preceituava seu artigo 12, § 2º. É adequado ter em mente, de toda sorte, a advertência de Souza Cruz, para quem a representação interventiva, “antes de significar uma solução judicial de conflitos federativos, era instrumento de centralização do Estado brasileiro, impondo através do Supremo uniformidade dos princípios constitucionais sensíveis”.¹¹³

Por fim, cumpre mencionar que a Constituição de 1934 adotou expressamente, em seu artigo 68, a doutrina americana das *political questions*, ao assentar que é “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.¹¹⁴

¹¹² Ibidem, pp. 29-31.

¹¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 285. Essa opinião é compartilhada pelos cientistas políticos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Neto e Marcelo Baumann Burgos, para quem a “*modelagem centrípeta da Federação brasileira, como inevitável, se faz presente na nossa história de controle de constitucionalidade das leis: não é o Estado que, em defesa da sua autonomia, recorre à Suprema Corte contra o Executivo, mas exatamente o oposto, como se deu com a chamada representação interventiva, introduzida pela Constituição de 1934 a fim de admitir a intervenção federal nos Estados, quando esses ofendessem, em sua produção legislativa, os chamados ‘princípios sensíveis’ da Federação*”. VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 72.

¹¹⁴ Essa doutrina, cujas raízes, no período moderno, remontam a um trecho do voto de Marshall em *Marbury v. Madison*, na opinião de Cláudio Ari Mello, supõe que “*existam determinadas questões constitucionais cuja natureza é essencialmente política, por isso as decisões e escolhas exigidas no trato dessas questões devem ser reservadas para os órgãos do Estado competentes para a ação*”.

De duração bastante curta, a Constituição de 1934 logo deu lugar à Carta outorgada em 1937 por Getúlio Vargas, quando da instauração da ditadura do Estado Novo. A Constituição Polaca, como foi apelidada a Carta de 37, além de ter mantido a doutrina das *political questions*, estabeleceu, em seu artigo 96, parágrafo único, que o presidente da República poderia submeter uma lei declarada inconstitucional por algum órgão do Poder Judiciário ao Parlamento, o qual, mediante o voto de dois terços dos membros de cada uma de suas Câmaras, poderia tornar sem efeito a decisão judicial. Como o Parlamento, após ter sido dissolvido por Vargas, nunca veio a ser reunido durante o Estado Novo, na prática, por força do famigerado artigo 180 da Carta de 37, o próprio presidente da República, quando discordava de uma decisão judicial de inconstitucionalidade em relação a alguma lei, por decreto-lei a tornava sem efeito.¹¹⁵

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição de 1946, a qual, no que tange ao controle de constitucionalidade, em linhas gerais retornou aos rumos da Carta de 1934. Assim, por exemplo, além de reinserir a possibilidade de o Senado Federal suspender a eficácia de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, redefiniu o instituto da representação interventiva, mantendo, contudo, o modelo imaginado em 34.

Acerca da representação interventiva e da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição de 1946, é curioso observar a radical diferença de perspectiva de dois autores que, pela importância acadêmica de suas investigações,¹¹⁶ têm suas obras acompanhadas aqui de perto: Gilmar Ferreira Mendes e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Enquanto o primeiro – um ardoroso advogado da completa adoção do controle jurisdicional concentrado

política, vedando-se o controle judicial do exercício dessas competências em casos constitucionais de natureza política”. MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 246.

¹¹⁵ Consoante afirma Gilmar Mendes, a “*necessidade desse instituto foi justificada com o caráter pretensiosamente ‘antidemocrático’ da jurisdição, que acabava por permitir a utilização do controle de normas como instrumento aristocrático de preservação do poder ou como expressão de um Poder Moderador*”. MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 32.

¹¹⁶ Trata-se, especificamente, de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005; e MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

de constitucionalidade, à moda germânica, no Brasil –, por vislumbrar na representação interventiva um fecundo instrumento de controle de constitucionalidade, preocupa-se, em suas detalhadas exposições doutrinárias, eminentemente com aspectos formais do controle de constitucionalidade e com o papel do STF nessa atividade, o segundo, com uma postura mais crítica e minimamente formalista, é peremptório ao afirmar que a “*redemocratização do País não arejou suficientemente o Tribunal, que permaneceu nesse período quase sempre ao lado do Executivo ou ‘daquele que estivesse mais forte’*”.¹¹⁷ Bem por isso, ao analisar os julgamentos pelo Supremo de algumas representações interventivas em 1947, Gilmar Mendes centra-se objetivamente nos argumentos jurídicos que foram expendidos nos debates e na jurisprudência formada em razão de tais arestos,¹¹⁸ ao passo que Souza Cruz invoca as decisões do Tribunal dessas mesmas representações interventivas para concluir que o STF fez uso dessas medidas para reforçar o controle dos Estados pela União, e, mais especificamente, pelo Poder Executivo Federal.¹¹⁹

Seja como for, a Constituição de 1946, mantendo-se fiel ao sistema difuso de controle de constitucionalidade, nas palavras de C. A. Lúcio Bittencourt, conservou “*a pureza da doutrina americana, mais uma vez incorporada, em sua plenitude, ao sistema constitucional brasileiro*”.¹²⁰

Foi somente com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 16,¹²¹ de 26 de novembro de 1965, já sob o regime militar, que o ordenamento jurídico pátrio adotou, de fato, ao lado do tradicional modelo difuso de controle *in concreto* da constitucionalidade das leis, o controle jurisdicional concentrado e abstrato de normas federais e estaduais em face da Constituição, por meio da instituição da representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, exclusivamente pelo Procurador-Geral da República.

¹¹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 288.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., 2006, pp. 197-203.

¹¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 288.

¹²⁰ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, op. cit., p. 31. É bem de ver que essa “pureza” a que se refere o constitucionalista se ressentia no Brasil do elemento fundamental do sistema americano, vale dizer, o *stare decisis*. Para uma introdução esquemática ao Direito americano e ao *stare decisis*, v. FINE, Toni M. *American Legal Systems: a resource and reference guide*. 5ª ed. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 2001.

¹²¹ À Constituição de 1946.

Conquanto a razão principalmente invocada para o estabelecimento do controle concentrado e em abstrato de normas em face da Constituição pela comissão constituída para elaborar a proposta de Emenda Constitucional tenha sido a sobrecarga de processos no Supremo Tribunal Federal,¹²² a verdade é que, como afirmam os cientistas políticos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Neto e Marcelo Baumann Burgos, o principal intuito político da ditadura militar com a consagração da fiscalização abstrata de normas federais e estaduais pelo STF era, “*em uma circunstância de constrangimento às liberdades civis e públicas*”, controlar “*o poder dos governadores eleitos por coalizões oposicionistas*”. Não é por outro motivo, aliás – afirmam os autores –, que “*o controle abstrato da norma, um instituto democrático por excelência, uma vez transposto para a experiência constitucional brasileira, se veja, desde as suas origens, associado bizarramente à representação interventiva, vale dizer, a uma modalidade institucional coercitiva da liberdade da Federação*”.¹²³

Aqui cabe anotar o interessante paralelo que traça Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Segundo ele, assim como o modelo difuso de controle de constitucionalidade nasceu no Brasil, com a Constituição de 1891, tendo por finalidade velada a outorga ao Supremo Tribunal Federal da prerrogativa de controlar, em nome do princípio republicano, um Parlamento de maioria eventualmente monarquista, a fiscalização concentrada de constitucionalidade foi criada para que o Poder Executivo federal, por intermédio do STF, também pudesse controlar os atos dos opositores ao regime militar, estivessem eles nos Estados-membros ou no Congresso Nacional.¹²⁴

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 992.

¹²³ VIANNA, Luiz Werneck et al., op. cit., p. 73. Os mesmos autores, na página 73 da referida obra, afirmam que no Brasil não “*se chega, portanto, ao controle abstrato das normas pelo imperativo da defesa da autonomia da Federação e da cidadania, mas, diversamente, pela necessidade de preservar o papel da União no exercício de funções reguladoras e homogeneizadoras do sistema político e da sociedade civil*”. Em defesa do Constituinte Derivado, e de certo modo em contraponto à crítica desses renomados cientistas políticos, pode-se invocar a conhecida declaração de Oliver Wendell Holmes Jr., que costuma ser repetida em todos os manuais de Direito Constitucional americano, in verbis: “*I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make the declaration as to the laws of the several states*”. A citação pode ser conferida, por exemplo, em NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 18, n. 11.

¹²⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 296.

Tanto é assim que o Procurador-Geral da República, à época o único legitimado a ajuizar a representação por inconstitucionalidade, constituía-se num órgão em larga medida subordinado ao chefe do Poder Executivo federal, já que era nomeado livremente pelo presidente da República, após aprovação do nome indicado pelo Senado Federal,¹²⁵ e demissível *ad nutum* por ele. Logo, caso contrariasse os interesses do Executivo, poderia facilmente ser destituído do cargo.¹²⁶

A Constituição de 1967, assim como sua Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que, pelas alterações que empreendeu no texto constitucional, equipara-se a uma nova Constituição, não trouxeram modificações substanciais ao sistema jurídico de fiscalização de constitucionalidade instaurado com a Emenda Constitucional n. 16 à Carta de 46. Desse modo, restou mantida no ordenamento jurídico brasileiro a configuração mista e *pari passu* dos modelos difuso, de análise *in concreto*, e concentrado, *in abstracto*, de controle de constitucionalidade.

Precisamente porque a iniciativa de deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade era à época monopólio do Procurador-Geral da República, a doutrina travou intensos debates acerca de sua eventual discricionariedade ou não em ajuizar representações de inconstitucionalidade após provocação por terceiros para tanto.¹²⁷ Como o entendimento que acabou por ser esposado pelo Supremo Tribunal Federal foi o que de o Procurador-Geral não estava compelido a ajuizar representação de inconstitucionalidade quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma, impugnada perante si por terceiros, a conclusão a que se chega, com Gustavo Binenbojm, é que a realização da fiscalização abstrata

¹²⁵ Requisito que, subsistente nas Constituições de 1946 e 1967, seria suprimido na Emenda Constitucional n.1, Constituição de 1969.

¹²⁶ Gilmar Ferreira Mendes, porém, deixa de enfatizar a falta de independência do Procurador-Geral da República no regime de exceção e sua conseqüente configuração num *longa manus* dos interesses políticos do Executivo federal perante o STF. Deixando de lado essa constatação, ele prefere ver no Procurador-Geral durante o governo militar, numa análise puramente formalista, um *advogado da Constituição*, “*interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional*”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69.

¹²⁷ Para um resumo dos debates, v. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 994-6. Toda essa celeuma, segundo Gilmar Mendes, infelizmente não contribui para bem definir a natureza jurídica da representação por inconstitucionalidade, já que, por exemplo – prossegue o autor –, não se debruçou sobre sua *natureza dúplice* de ação ao mesmo tempo de declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, no caso de sua improcedência, o que, para ele, resolveria indiretamente a discussão acerca da discricionariedade do Procurador-Geral em ajuizar ou não a representação. Cf. op. cit., pp. 996-1000.

de constitucionalidade das normas federais e estaduais sob a égide da Constituição de 1967, Emenda n. 1/69, foi “*uma questão de Estado, da qual os cidadãos estavam completamente alijados*”.¹²⁸

É bem de ver, ademais, que foi sob a vigência da Carta de 67, Emenda Constitucional n. 1/69, que, em abril de 1977, foi outorgada a Emenda Constitucional n. 7, a qual recrudescer ainda mais o quadro de *autoritarismo institucional*¹²⁹ do regime militar, ao conferir nova redação ao artigo 119, inciso I, da Constituição, para criar em sua alínea “o” o instituto da *avocatória*, como ficou conhecido, que permitia ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, mediante representação do Procurador-Geral da República, quaisquer causas em trâmite em qualquer juízo ou tribunal quando a discussão nelas travada pudesse acarretar perigo à saúde, à segurança, à ordem ou às finanças públicas, cujos conceitos, a toda evidência, dão margem à alargada e polissêmica interpretação, e, facilmente, à apropriação de questões jurídicas por interesses políticos, “*conforme a conveniência dos governantes de plantão*”.¹³⁰ A Emenda n. 7, de 1977, incluiu, outrossim, algo que a doutrina e o próprio Supremo já concebiam independentemente de previsão normativa expressa, mas que, na mesma linha do referido autoritarismo institucional, teve por finalidade, ao ser de fato incorporado expressamente na Constituição, densificar o rigor, tornando-o mais célere, da fiscalização pelo Poder Executivo federal dos atos do Legislativo federal e dos Estados-membros: a possibilidade de concessão de medida cautelar na representação por inconstitucionalidade (art. 119, n. I, *p*).

No final dos anos 70, quando já em curso o processo governamental de abertura “lenta, gradual e segura” à democracia, diversos movimentos da sociedade civil começaram a ganhar a voz das ruas ao clamar por um retorno imediato ao regime democrático, o que acabou por culminar no início da década de 80 no ocaso da ditadura militar e na instauração, em 1º de fevereiro de 1987, sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, de uma Assembléia Constituinte incumbida de elaborar uma nova Constituição para o Brasil democrático, que viria a ser promulgada em 5 de

¹²⁸ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 128.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 128-9.

¹³⁰ *Ibidem*.

outubro de 1988: a *Constituição Cidadã*, tal como celebrenemente a denominou o presidente da Assembléia, o Deputado Ulysses Guimarães.¹³¹

Ao contrário das Cartas que a antecederam, a Constituição de 1988 rompeu com a forte tradição positivista, já que expressou um profundo compromisso com o pensamento “comunitário” que já vinha sendo formulado e debatido tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, notadamente na Alemanha, há várias décadas,¹³² e que chegou ao Brasil por intermédio dos constitucionalismos português e espanhol, estes intensamente influenciados pelo alemão,¹³³ não só em razão da proximidade cultural entre o Brasil e os países ibéricos, mas também por conta da então recente experiência, nos três países, com regimes de exceção.¹³⁴

Segundo bem resume a professora Gisele Cittadino, os constitucionalistas comunitários, em contraposição aos positivistas, pensam a Constituição como uma *ordem aberta de valores* de dimensão não apenas subjetiva, mas essencialmente objetiva, calcada no binômio dignidade humana-solidariedade social, que impõe ao Estado, em relação ao indivíduo, em vez do clássico dever de abstenção, um dever de ação e prestação. Assim, conclui a professora, “o constitucionalismo ‘comunitário’ brasileiro defende a figura de um Estado-Juiz, acompanhando, também aqui, o pensamento comunitário na defesa da jurisdição constitucional enquanto regente republicano das liberdades positivas”.¹³⁵

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

¹³² Veja-se, como exemplo disso, a fundamental aula inaugural proferida – já em 1959 – pelo professor da Universidade de Freiburg e ex-juiz presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão, Konrad Hesse, sobre a *força normativa da Constituição* e a *vontade de Constituição*. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹³³ Como anota o professor Antonio Cavalcanti Maia, a “*Constituição de 1988 é um texto progressista, inspirado nas Constituições portuguesa e espanhola dos anos 70 (ambas tendo como principal modelo a longa lista de direitos fundamentais apresentados na Lei Básica alemã e promulgadas como resultado de processos de democratização após longos períodos de ditadura)*”. MAIA, Antonio Cavalcanti. “A idéia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira”. In: PINZANI, Alessandro e DUTRA, Delamar Volpato (orgs.). *Habermas em discussão: anais do Colóquio Habermas*, realizado na UFSC, 30 de março/1º de abril de 2005. Florianópolis: NEFIPO, 2005, p. 59.

¹³⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 22-4. Na nota n. 34 na página 22 dessa obra, a professora Cittadino lembra que a “*influência das Constituições portuguesa e espanhola foi tão significativa no processo constituinte brasileiro que vários artigos da Constituição de 1988, especialmente os que se referem ao sistema de direitos, são cópias literais dos artigos daquelas Constituições*”.

¹³⁵ CITTADINO, Gisele, op. cit., p. 22.

Esse pensamento constitucionalista “comunitário” manifestou-se já na própria Comissão Afonso Arinos, constituída por decreto do presidente da República previamente à instauração da Assembléia Constituinte com a incumbência de elaborar um anteprojeto de Constituição para o Brasil. É que, como atesta novamente a professora Gisele Cittadino, a “*Comissão Afonso Arinos se encaminhava no sentido de incorporar a sugestão de criação do Tribunal Constitucional, como apresentada no anteprojeto José Afonso da Silva*”.¹³⁶

Mesmo com a posterior oposição do presidente da República em enviar o anteprojeto Arinos à Assembléia Constituinte, a tese comunitarista de adoção no ordenamento brasileiro da jurisdição constitucional concentrada exercida por um Tribunal Constitucional foi expressamente aventada na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Constituinte, mediante a proposta de transformação do Supremo Tribunal Federal em uma Corte Constitucional, bem como da criação do Superior Tribunal de Justiça, a ser encarregado de outras funções, afora a guarda da Constituição, que então exercia o STF.¹³⁷

Ocorre que, tão logo começara a ser debatida a proposta, a Assembléia Constituinte deparou-se com forte resistência do Poder Judiciário, notadamente do próprio Supremo Tribunal Federal, à transformação do STF em Corte Constitucional. A extinção da vitaliciedade, com o conseqüente estabelecimento de mandato fixo para o exercício da judicatura, o aumento do número de magistrados a integrarem o Tribunal e a forma de composição plural teriam sido as principais objeções corporativas do Judiciário. Em razão dessas suas pressões, a proposta de instituição no ordenamento jurídico brasileiro de um modelo de jurisdição constitucional europeu foi, por conseguinte, abandonada. Sem embargo, a derrota dos comunitários não foi, por assim dizer, fragorosa, uma vez que, de fato, foi criado um Superior Tribunal de Justiça, cuja competência abarca certas matérias antes relegadas ao Supremo Tribunal Federal, ao passo que a este foi expressamente prevista, como função precípua, *a guarda da Constituição* (art. 102, *caput*).¹³⁸

¹³⁶ Ibidem, p. 40.

¹³⁷ Ibidem, pp. 60-1.

¹³⁸ Ibidem, p. 62.

Seja como for, como a Constituição de 1988 acabou por se consubstanciar numa Carta tipicamente comunitária, impregnada de valores¹³⁹ abertos à interpretação e determinada a se fazer respeitar, ela acabou por inovar o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade e, em um sentido lato, por permitir uma estupenda ampliação da judicialização das relações sociais. Assim, instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são exemplos eloqüentes da desesperada vontade do Constituinte de que a Carta a ser promulgada não tivesse a mesma sorte que suas antecedentes.¹⁴⁰

A Constituição de 1988, como não é difícil perceber, portanto, como produto de uma mobilização popular inédita na história do país, à semelhança de outras Cartas promulgadas relativamente no mesmo período que ela,¹⁴¹ ao criar instrumentos judiciais de efetivação de suas normas, ao reestruturar e alargar o controle jurisdicional de constitucionalidade e ao trazer a força normativa do Direito para o centro de disputa das grandes questões político-institucionais nacionais, abriu o flanco para a expansão da importância política do Judiciário como um todo, e do Supremo Tribunal Federal em particular.¹⁴²

¹³⁹ Essa impregnação de valores, que torna a Constituição de 88 um texto compromissório e dirigente, é alvo de diversas polêmicas. Com efeito, precedente ou não, uma das críticas mais recorrentes à Constituição de 1988 é a que se volta contra o caráter excessivamente analítico, até mesmo casuista, de seu texto. Giovanni Sartori, por exemplo, ao aludir aos longos documentos constitucionais promulgados desde 1974, é fulminante ao dizer que “*a Constituição brasileira de 1988 possivelmente bate o recorde: é uma novela do tamanho de um catálogo telefônico, com 245 artigos, mais de duzentas disposições transitórias. É uma constituição repleta não só de detalhes triviais como de dispositivos quase suicidas e promessas impossíveis de cumprir*”. Por mais que, em edições posteriores, o estudioso italiano tenha reconhecido o exagero de comparar a Constituição de 1988 a um “catálogo telefônico”, a essência de sua crítica permaneceu registrada (SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Trad. Sérgio Bath. 1ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996, p. 211).

¹⁴⁰ Mais uma vez, é a professora Gisele Cittadino quem faz com precisão o registro: a “*preocupação com a concretização da Constituição, e especialmente com a efetividade do sistema de direitos nela assegurados, estava presente desde o início do processo constituinte. O temor de que a nova Constituição viesse a padecer, como as anteriores, de uma espécie de inoperância crônica, era evidente em matérias veiculadas na imprensa e nos próprios debates no interior da A.N.C.*”. CITTADINO, Gisele, op. cit., p. 50.

¹⁴¹ O professor Mauro Cappelletti chama a atenção para o fenômeno universal, ocorrido no século XX, da “*expansão do estado*”, do qual a ampliação do papel do Poder Judiciário como um todo na regulamentação das relações sociais seria mera manifestação. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 19.

¹⁴² VIANNA, Luiz Werneck et al., op. cit., p. 153.

2.5

A Constituição entre o Direito e a Política

Após essa exposição perfunctória do processo de criação das bases do *judicial review* e da jurisdição constitucional concentrada, bem como do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro, cumpre remontar ao que se afirma logo no início deste capítulo acerca da relação de interdependência das concepções de Constituição e Estado, com a conseqüente forma de divisão do exercício do Poder, para acrescentar que, *pari passu* a esse liame, também em torno das disputas pela concretização das promessas do texto constitucional surge uma relação, aqui não raro – para não dizer quase sempre – de forte tensão, em cujo ponto de equilíbrio tem-se sustentado grande parte das democracias ocidentais do mundo pós-45: a relação de latente conflito entre as perspectivas jurídica e política da práxis constitucional.

Nesse sentido, quem intencione analisar a jurisdição constitucional sob a ótica puramente jurídica – e, portanto, eminentemente formalista – descuará o dado fundamental consistente na peculiaridade de o objeto da fiscalização jurisdicional da Constituição ser, em larga medida, a própria atividade política.¹⁴³ Portanto, o controle da constitucionalidade dos atos normativos do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário sempre terá como substrato, ainda que de modo difuso, as disputas políticas em torno da validade da norma questionada.

Talvez o melhor exemplo dessa tensão seja o primeiro caso de controle jurisdicional de constitucionalidade. Com efeito, em *Marbury v. Madison*, Marshall, embora tenha aproveitado a ocasião para firmar as bases do *judicial review*, viu-se, na realidade, obrigado a ceder às pressões políticas do Congresso e do Executivo americanos para não conceder a Marbury seu direito. O controle jurisdicional de constitucionalidade foi, assim, uma solução feliz para um impasse no conflito entre Direito e Política num momento em que o primeiro se encontrava em franca desvantagem.

¹⁴³ Veja-se, por todos, o que afirma Dieter Grimm: “O objeto de regulamentação da Constituição e, assim, o objeto de controle do tribunal constitucional consistem na própria política, incluindo a legislação” GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16.

Mesmo Kelsen, que, ao traçar as linhas mestras da jurisdição constitucional concentrada, procurou conferir à juridicidade da Constituição uma primazia sobre as disputas políticas, como se observou, via na atividade do Tribunal Constitucional um verdadeiro legislador negativo, o que prova que ele também não desconhecia a intensa imbricação entre Direito e Política na fiscalização jurisdicional da Constituição. Já a história do controle de constitucionalidade brasileiro demonstra que, mais que tensão, o que muito comumente ocorreu foi uma instrumentalização autoritária dessa atividade, e do Supremo Tribunal Federal em particular, pelas forças políticas dominantes, a começar pela atribuição a esta Corte, na primeira Carta republicana, da função de garantia da República contra os eventuais parlamentares saudosistas da monarquia.

Enfim, o entrelaçamento de Direito e Política, normalmente em situação de tensão, é uma realidade em qualquer ordenamento jurídico no qual caiba a órgão judicial, sem representatividade democrática, a função de guardião da Constituição. Dentre as várias questões que essa relação suscita, a dos limites da atuação legítima desse órgão impõe-se seguramente em primeira ordem. Cabe indagar, de fato, até que ponto a atividade jurisdicional de controle da constitucionalidade dos atos normativos dos demais Poderes encontra amparo na própria Constituição e a partir de que marco essa atividade se exacerba a ponto da deslegitimação jurídica. Exatamente a esses limites é que se dedica o capítulo seguinte.