

## 5

### Conclusão

O estudo dos limites do exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade é, a um só tempo, absolutamente necessário e irredutivelmente complexo. Tendo isso em conta, não foi nem poderia ser intenção deste trabalho, modesto e incompleto por natureza, abordar o assunto com a amplitude e a profundidade que ele demanda. Pretendeu-se aqui tão-somente analisar historicamente as principais idéias que fundamentaram o surgimento do controle judicial de constitucionalidade e, em linhas gerais, verificar como os limites do exercício dessa atividade jurisdicional foram sendo gradativamente alargados e, por vezes, extrapolados, à luz da separação dos poderes.

Para tanto, inicialmente, assentou-se que a possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Públicos pelo Judiciário está historicamente imbricada de um modo inexorável ao próprio nascimento do Estado Liberal de Direito e, com ele, da idéia de separação dos poderes. É que, embora o conceito de Estado de Direito seja emaranhado de polissemia, sua conformação original, como é largamente aceito por quem se dedica ao tema, fundava-se na concepção da limitação normativa do exercício do Poder Público em nome da garantia da autonomia privada e da liberdade individual, pelo controle recíproco dos órgãos incumbidos de exercê-lo. Em poucas palavras, nessa perspectiva, Estado (Liberal) de Direito é o Estado que se contém a si próprio.

Destarte, embora ele tenha assumido, no continente europeu, durante todo o século XIX, a forma de um Estado Legislador, com a Lei, considerada emanção da vontade geral da sociedade, a ocupar a função de limitação do poder estatal, e com o Parlamento na posição central de sua estrutura orgânica – bem por isso, nesse período, não se adotou na Europa o controle jurisdicional de constitucionalidade –, nos Estados Unidos da América, onde o *judicial review* originou-se, a aludida função de imposição de limites normativos aos Poderes

Públicos em benefício dos indivíduos coube desde sua promulgação ao texto escrito da Constituição. Além disso, foi da leitura peculiar que os *framers* fizeram da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, para instituir um sistema de *checks and balances*, que ao Judiciário foi assegurada real independência, em equilíbrio institucional com o Executivo e o Legislativo.

Unindo, assim, uma Constituição escrita, concebida, já em sua origem, como uma lei a rigor semelhante a qualquer outra, mas distinta das demais por sua supremacia normativa, modificável apenas por um procedimento rigidamente qualificado, a um Judiciário independente, a quem se incumbiu, à maneira de Montesquieu, a função de declarar o sentido das leis, dentre elas – eis aqui o ponto essencial – a Lei Fundamental, o modelo americano de Estado Liberal de Direito apresentou no momento mesmo de seu nascimento todos os elementos que possibilitariam a John Marshall desenvolver o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, em 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, a despeito de a Constituição dos Estados Unidos, a bem da verdade, mostrar-se silente acerca do assunto.

Sem embargo dessa supremacia normativa da Constituição e da independência atribuída ao Judiciário, as circunstâncias histórico-políticas que desencadearam o julgamento, pela Suprema Corte americana, de *Marbury v. Madison*, tornaram-no, juntamente com a argumentação notável de Marshall, mais emblemático da evolução do constitucionalismo, não só nos Estados Unidos, como em grande parte do mundo, nos dois séculos seguintes, do que –apesar de muito discutido – por vezes se dá conta. É que, a par de ter sido a primeira vez na história que um órgão do Judiciário proferiu uma decisão, sistematicamente fundamentada, para declarar a invalidade de um ato do Legislativo, como normalmente ressaltado, o contexto político em que se inseriu *Marbury* também foi o primeiro da história em que se verificou uma forte tensão no quadro-institucional da separação dos poderes, com o Legislativo e o Executivo americanos a acusar o Judiciário de partidarizado, ameaçando-o com sanções políticas e jurídicas. Já não bastasse isso, também foi em *Marbury* que Marshall traçou em linhas gerais o esboço da doutrina das questões políticas (*political questions doctrine*), que viria a ser a mais famosa das teorias norte-americanas de

auto-restrição judicial ao longo do século XIX e grande parte do XX. Enfim, *Marbury v. Madison* representa, a um só tempo, a adoção do controle judicial de constitucionalidade e a tensão que seu exercício normalmente provoca na divisão tripartite do Poder estatal.

Se o *judicial review*, nos Estados Unidos, teve, já no início do século XIX, uma origem tão brilhante quanto conturbada, fruto da criação do Judiciário e num momento de tensão entre ele e os demais Poderes, do outro lado do Atlântico, na Europa, onde era a Lei, e não a Constituição, que figurava no centro do ordenamento jurídico, somente na segunda década do século XX é que a revisão jurisdicional dos atos do Parlamento começaria a ser imaginada, tendo sido instituída na Constituição austríaca de 1920, por força e obra de um único homem: Hans Kelsen.

O modelo kelseniano prevê, diferentemente do americano, que a fiscalização da constitucionalidade dos atos dos Poderes Públicos deve ser realizada, concentradamente, por apenas um órgão, o Tribunal Constitucional, independente dos demais poderes, inclusive do Judiciário, o que é justificado por Kelsen, dentre outros motivos, por razões de segurança jurídica. E, por iguais razões, é que esse modelo estabelece que o Tribunal Constitucional, ao agir como um legislador negativo, deva, via de regra, anular – e não declarar nulo – o ato inconstitucional, podendo modular os efeitos temporais de sua decisão em determinadas hipóteses.

Essa proposição kelseniana de um Tribunal Constitucional independente dos demais poderes, incumbido de prestar, em caráter de exclusividade, a jurisdição constitucional, a despeito de o positivismo jurídico de Kelsen ter sido duramente criticado no período pós-1945, foi acolhida pela maioria esmagadora dos países europeus ao longo da segunda metade do século passado e vem a exercer forte influência em países nos quais não foi expressamente consagrada, como tem sido o caso do Brasil.

O sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade, por sua vez, foi adotado apenas na Constituição de 1891, já que a de 1824 não o previu. Com marcada inspiração americana, por conseqüência do poder de persuasão de Rui Barbosa, admirador da experiência constitucional dos Estados Unidos, ele nasceu, pois, difuso e *in concreto*, com a possibilidade de qualquer

órgão do Judiciário, de qualquer instância, reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei e assim deixar de aplicá-la. Não obstante, uma análise perfunctória das Constituições brasileiras do século XX demonstra, já desde a Carta de 1934 – com a exceção da de 1937 –, uma tendência, que se acentuou profundamente com a aprovação da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, à Constituição de 1946, à adoção no Brasil do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, de inspiração européia.

A Constituição de 1988, seguindo essa tendência, ao reformular a representação de inconstitucionalidade, transformando-a na ação direta de inconstitucionalidade, com a expressiva ampliação do rol de legitimados para sua propositura, bem como com a criação de novos instrumentos processuais de controle da compatibilidade dos atos públicos pelo Supremo Tribunal Federal, promoveu uma inversão na ênfase do controle de constitucionalidade brasileiro, que permaneceu misto de difuso e concentrado, porém, ao contrário do regime constitucional de 1967/1969, com maior relevância do segundo em relação ao primeiro.

Seja como for, nascido nos Estados Unidos em 1803, no Brasil em 1891 e na Europa em 1920, o fato é que o exercício da fiscalização do controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Judiciário foi gradativamente, ao longo do século XX, ganhando uma relevância funcional no quadro da relação dos Poderes Públicos, ao mesmo passo em que foi suscitando, nessa trajetória, conflitos institucionais e, algumas vezes, também sociais de difícil composição, que deram ensejo a acirradas discussões, quase invariavelmente para demonstrar perplexidade ante a constatação do fenômeno, acerca de temas referidos como “governo dos juízes”, “ativismo judicial”, “judicialização da política”, “controle judicial das políticas públicas” e sobre a chamada “dificuldade contramajoritária” alegadamente comprometedora da “legitimidade democráticas dos tribunais”.

Conquanto todas essas discussões tenham em comum a análise crítica dos limites que separam a adequada atividade do Judiciário da usurpação por ele de questões que seriam da competência de decisão dos outros dois Poderes, especialmente do Legislativo, dada a legitimidade democrática de que esses, ao contrário daquele, usufruíam, não é lícito olvidar que a “judicialização da

política” e a “legitimidade democrática da jurisdição constitucional” são assuntos muito mais pertinentemente debatidos, respectivamente, entre os cientistas políticos e filósofos do Direito do que de uma perspectiva eminentemente jurídica.

Não que juristas não se dediquem aos temas – o que fazem muitas vezes com inigualável competência, até porque são questões que concernem intrinsecamente a seu objeto de estudo –, mas as conformações doutrinárias da atividade judicial com a teoria política ou com a teoria da democracia acabam não raro, até por sua ineludível importância, por se desviar de uma indagação de índole particularmente normativo-jurídica da separação dos poderes, ou seja, até que ponto, de uma perspectiva estritamente normativa da divisão constitucional dos poderes, está o Judiciário constitucionalmente habilitado a exercer suas funções sem desnaturar sua própria essência constitucional e sem, por conseguinte, afetar o equilíbrio entre os Poderes que a concepção de *checks and balances* pressupõe?

A resposta a essa pergunta demarca juridicamente a fronteira entre a competência constitucional do Judiciário para o exercício de sua atividade jurisdicional e seu incompetente ativismo judicial.

Acontece que o estudo desse ativismo judicial esbarra invariavelmente, logo de plano, na dificuldade de sua pertinente conceituação. É que não raro o termo “ativismo judicial” é empregado apenas como uma forma velada, retoricamente persuasiva, eis que aparentemente revestida de seriedade acadêmica, de se criticar uma específica decisão judicial ou um conjunto de decisões de que a pessoa que tece a crítica tenha de algum modo se ressentido.

Dessarte, nos Estados Unidos, país no qual a discussão sobre o ativismo judicial originou-se e mais acentuadamente desenvolveu-se, é comum os juristas ideologicamente liberais acusarem as Cortes Rehnquist e Roberts de ativistas, por discordarem de seu “conservadorismo”, assim como nas décadas de 1950 a 1970 os conservadores vociferavam contra o ativismo judicial liberal das Cortes Warren e Burger.

Essa advertência, de todo pertinente, sem embargo, não impediu que, na doutrina americana, fossem feitas propostas sérias de identificação do ativismo judicial, independentemente do perfil ideológico do estudioso do fenômeno. Essas

propostas, contudo, por mais instigantes e juridicamente consistentes que sejam, têm em mira a realidade político-jurídica dos Estados Unidos, onde o grande problema relativo aos limites constitucionais da atuação do Poder Judiciário, em especial de sua Suprema Corte, é de fato a usurpação por esse órgão da competência para decidir acerca de matérias reservadas à deliberação pública das esferas de Poder com representatividade democrática, como o direito subjetivo da gestante a optar pelo aborto.

No Brasil, a realidade constitucional é outra. Para mensurar a distinção entre os contextos americano e brasileiro, é preciso não perder de vista que a Constituição americana, de 1787, exemplo perfeito de Carta sintética, atém-se exclusivamente a traçar as linhas básicas da estrutura estatal e a alguns poucos direitos individuais, ao passo que a brasileira de 1988, de caráter absolutamente substantivista-comunitária, valorativa ao extremo, dispõe analítica e quase casuisticamente sobre uma miríade de questões, assim como expressamente confere ao Supremo Tribunal Federal sua “guarda”, o que não sucede no texto constitucional dos Estados Unidos em relação à sua Suprema Corte. Por conta disso, qualquer estudo comparativo entre os ativismos judiciais americano e brasileiro deve partir da premissa de que, nos Estados Unidos, o ativismo judicial é permitido porque o constituinte de 1787 “falou muito pouco sobre quase nada”, ao passo que o do STF é legitimado porque o constituinte de 1988 “já falou muito sobre quase tudo”.

Por conta dessa característica de Carta profusamente analítica da Constituição de 1988, o ativismo brasileiro, notadamente do STF, mostra-se mais latente do que o americano, porquanto ele tem incidido preponderantemente sobre institutos de natureza estritamente jurídico-processual, independentemente da questão de direito material decidida pelo Tribunal. Por conseguinte, na realidade nacional, impõe-se a distinção dos aspectos material-substantivo e processual-formal do ativismo judicial que aqui se verifica.

Ao se falar em ativismo judicial material, ou clássico, assim, o que se pretende assentar é que o Judiciário, ao decidir uma demanda, imiscuiu-se no mérito de assuntos que não lhe diziam respeito. Ao contrário, quando se fala em ativismo judicial processual, ou formal, o que se tem em mente não é especificamente o que, em uma demanda, o Judiciário tenha decidido, mas sim

que, ao julgar uma demanda, mesmo as de natureza objetiva, independentemente de seu mérito, ele arbitrariamente teria alargado seu campo de decidibilidade e, com isso, concentrado em si mais poderes do que legitimamente lhe foram atribuídos pela Constituição.

O ativismo judicial processual, portanto, não se refere às supostas decisões judiciais sobre assuntos que seriam da esfera exclusiva das deliberações democráticas, mas sim à exorbitância do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, na definição de sua própria competência e dos efeitos de suas decisões.

Um ponto importante a ressaltar é que o ativismo judicial não raro configura-se menos um caso de usurpação judicial da competência dos outros Poderes do que de abstenção ou mesmo expresso alargamento de competência por parte do Legislativo em prol do Judiciário. Nesse sentido, embora, como afirmado acima, o constituinte originário de 1988 já tenha reservado ao Supremo Tribunal Federal um papel de protagonismo no cenário político-institucional brasileiro, é bem de ver que, desde poucos anos da vigência da atual Carta, o Congresso Nacional, em consonância com o Poder Executivo, deu início a um processo contínuo de alteração normativa do ordenamento jurídico pátrio, seja por emenda constitucional, seja por legislação ordinária, com o fim de promover a concentração do exercício do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, em 1993 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 3, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade. Em 1999, ao ensejo de regulamentar os procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, esta, até então, uma ilustre desconhecida, o legislador promulgou, respectivamente, as Leis n. 9.868 e n. 9.882, que, a bem da verdade, não se restringiram a estabelecer ritos, mas conferiram expressamente ao Supremo Tribunal Federal novos e substanciais poderes frente aos próprios Executivo e Legislativo, bem assim às demais instâncias do Judiciário, como, aliás, no que tange a estas, já a Lei n. 9.756, promulgada em 1998, havia trazido expressivas modificações processuais a fortalecer a jurisprudência do STF.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 em 2004, esse processo de alteração normativa alcançou, por enquanto, seu ápice, na medida em que estabeleceu instrumentos processuais como a possibilidade de edição pelo Supremo Tribunal Federal de súmula com efeito vinculante de seu entendimento aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes da Federação, bem como o requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários da repercussão geral das controvérsias, o qual, embora tenha sido instituído com o escopo de racionalizar e tornar mais célere a prestação jurisdicional do STF, acarreta o risco do alargamento da esfera de discricionariedade judicial do mesmo Tribunal quanto à definição do que deva ser considerado casuisticamente de “repercussão geral”.

Por trás dessa tendência, com aparência de verdadeiro projeto, dos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente deste, de promover uma concentração de poder na esfera de decidibilidade do Supremo Tribunal Federal, está a preocupação com a segurança jurídica necessária à estabilidade da política governamental econômica do país.

Não é de espantar, pois, que, após anos vendo sua esfera de decidibilidade ser alargada por atos normativos, o Supremo Tribunal Federal tenha decidido ele próprio fazer uso desse discurso da segurança jurídica, unindo-o à concepção corrente entre os constitucionalistas brasileiros, inspirados na doutrina alemã, de que as normas constitucionais devem ter máxima efetividade, para, pela via da hermenêutica constitucional em sua atividade jurisprudencial, alargar ainda mais e de um modo indeterminado os limites de sua competência e os efeitos de suas decisões.

Entretanto, esse ativismo judicial processual, independentemente do que o Tribunal venha a decidir sobre o mérito das questões que lhe forem suscitadas, representa, por si só, um perigo concreto de desvencilhamento da Corte dos parâmetros jurídicos de sua estrutura, no quadro da separação equilibrada dos poderes, originariamente estabelecidos pelo constituinte de 1988. E, nesses termos, em nome da segurança jurídica e da máxima efetividade das normas constitucionais, incorre-se no perigo de o Tribunal gerar a mesma insegurança que ele pretende combater ao dar máxima efetividade, isto sim, a seus próprios julgados e, por conseguinte, à sua visão da Constituição.