

Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis

Gustavo Ferreira Santos

Introdução

O exercício do poder pelo Parlamento, em um Estado constitucional, está extremamente condicionado pelo balizamento feito pela Constituição. Nela estão expressos certos valores que são inarredáveis e cuja preservação faz parte da própria permanência da sociedade política. Assim, para que o equilíbrio entre os diversos interesses encontráveis na sociedade se mantenha, há que se preservar diversas posições jurídicas definidas na Carta Política.

A jurisdição constitucional exerce um importante papel nesse campo. Ela faz a intermediação entre a atual decisão legislativa, submetida à sua análise, e a decisão já expressa no texto da Constituição. Os órgãos responsáveis pela Jurisdição Constitucional atuam entre o jurídico e o político, interpretando uma Constituição viva. Não podem tais órgãos ser tratados como aqueles responsáveis pela atividade jurisdicional ordinária, pois a tarefa entregue à jurisdição constitucional envolve diversas variáveis não presentes quando da aplicação da legislação infraconstitucional.

Muitas vezes, apresentam-se incertos os limites entre o poder de controle que têm os órgãos jurisdicionais e aquilo que seria especificamente próprio da decisão política. Neste texto, trataremos de alguns aspectos do problema, refletindo sobre a autolimitação do Judiciário – em muitos casos, criticável; em outros, necessária.

Separação de poderes e funções estatais

Como é do conhecimento geral, três são as funções estatais que fundamentam a organização do Estado em distintos poderes: função legislativa, função executiva e função jurisdicional.

A função legislativa caracteriza-se pela inovação originária na ordem jurídica, com a edição de normas gerais e abstratas a serem observadas por todos, ou seja, o órgão que exerce a função legislativa fixa novas regras de conduta, independentemente do estado anterior da regulação daquela matéria. No Estado constitucional, no entanto, a função legislativa apenas pode ser exercida no quadro da Constituição.

As funções executiva e jurisdicional são funções de aplicação da lei ao caso concreto. Nos dois casos, não há a inovação originária na ordem jurídica, mas uma aplicação das normas gerais e abstratas à realidade. Enquanto a administração edita atos individuais que executam a vontade da lei, a jurisdição soluciona conflitos de interesse surgidos sob a vigência do direito legislado.

A melhor distinção entre jurisdição e administração é a operada pelos processualistas. Nessa distinção, o interesse do Estado é determinante para se distinguirem as funções. Enquanto o Estado-administração aplica a lei com interesse primário nesse ato, o Estado-juiz faz a aplicação tendo em vista um interesse secundário. O Estado-administração é, portanto, diretamente interessado no resultado da aplicação da lei ao caso concreto, porque cuida de um interesse seu ao aplicar a lei. O Estado-juiz não está diretamente interessado na solução da demanda, pois não há benefícios próprios em jogo, porém tem um interesse secundário, que se consubstancia no desejo de ver superados os conflitos e garantida a pacificação social.

Aristóteles e Platão, cada um em medida diversa e com formas próprias, vêem funções distintas exercidas pela sociedade política. Os seus estudos políticos falam do exercício de atribuições qualitativamente diferenciadas pelo poder político.

Para Aristóteles, todas as constituições se compõem de três partes: “destas três partes uma trata da deliberação sobre assuntos públicos; a segunda trata das funções públicas, ou seja: quais são as que devem ser instituídas, qual deve ser sua autoridade específica, e como devem ser escolhidos os funcionários; a terceira trata de como deve ser o poder judiciário” (1997, p. 151).

Na era moderna, Locke foi o primeiro a tratar da separação de funções (MALBERG, 2001, p. 742). Com os olhos na experiência inglesa, escrevendo após a revolução de 1668, propôs a divisão entre o poder legislativo, o poder executivo e o poder federativo (LOCKE, 2001, p. 514) bem como a prerrogativa real.

Assim, não foi uma idéia original de Montesquieu a previsão de funções distintas a serem exercidas pelo Estado. A referência necessária à sua obra, quando se estuda a separação de funções estatais, foi estabelecida em razão da importância que suas reflexões adquiriram, seja pelo momento em que foram produzidas, seja pela forma sistemática e inovadora como o tema foi abordado.

Toda a tônica da obra de Montesquieu é o sentido da limitação do poder pelo poder (2000, p. 166). Também observa a experiência inglesa no que se refere à relação entre Parlamento e Realeza, tendo, inclusive, dedicado, dois anos ao estudo das instituições da Inglaterra (MALBERG, 2001, p. 744). Preza o exercício das funções por diferentes titulares. Ele escreve antes das revoluções liberais e antevê o novo jogo de poder entre os órgãos estatais.

A positivação da idéia política da separação orgânica do Poder Estado, e sua correspondência às diferenciadas funções que marcam o agir estatal, é iniciada com as constituições dos Estados que surgiram com a independência das antigas colônias na América. Enquanto Montesquieu vê a separação de poderes sob a ótica da garantia da liberdade do indivíduo, na experiência norte-americana, os federalistas visavam, com o princípio, otimizar o desempenho das funções do Estado (GRAU, 1996, p. 168). Ali, nos novos documentos constitucionais, consagra-se, pioneiramente, o princípio da separação de poderes, que estará também presente na Constituição dos Estados Unidos da América, posteriormente elaborada, bem como na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, essa consagração confirmada com a Constituição Francesa de 1783 (FERREIRA, 1995, p. 98).

Diversos equilíbrios entre poderes

A idéia de separação de poderes não remete necessariamente a uma configuração de Estado dividido em órgãos que detêm de forma estanque, poderes que exercem com exclusividade. Hoje, esse princípio é tomado muito mais como um reconhecimento de naturezas distintas para as funções que o Estado exerce, mesmo que a tais funções não venha a corresponder a distribuição orgânica do poder.

A história da construção das instituições, a cultura jurídico-política na qual se insere, dentre outros elementos que singularizam as nações, influenciam a recepção do instituto, atribuindo-lhe determinada feição, que, mesmo distante da forma como o princípio conceitualmente se apresenta, não invalida o reconhecimento de que ele é adotado pelo país. Tomemos, como exemplo, a França e os Estados Unidos, que, pelos mais diversos motivos, conheceram formas distintas da separação de pode-

res. Cada um ao seu modo interpretou o princípio e adaptou à sua realidade cultural, resultando em configurações bem diferentes.

Na França pós-revolucionária, grande era o preconceito em relação ao Poder Judiciário, que ficara com a imagem muito comprometida com o antigo regime (Cf. Michelet, 1989, p. 185). Havia mesmo uma preocupação no sentido de que um alargamento dos poderes judiciais, com a possibilidade de controle sobre os poderes executivo e legislativo, inviabilizasse a nova ordem instalada com a revolução.

Algumas conseqüências dessa concepção são ainda hoje sentidas no sistema francês, dentre as quais a inexistência de uma jurisdição constitucional e a existência de uma jurisdição administrativa. O controle da constitucionalidade francês é político e preventivo, exercido por órgão – o Conselho Constitucional – criado para esse desiderato. Lá não se admite que os juízes declarem a inconstitucionalidade das normas. Os atos do Poder Executivo não se submetem a julgamento pela jurisdição ordinária: há uma especial jurisdição voltada à solução de demandas nas quais haja interesse direto do Estado-administração.

Como se vê, há, na França, um rigorismo na divisão das funções. Corresponde diretamente, na tradição francesa, a divisão funcional e a divisão orgânica do poder.

Nos Estados Unidos, as conseqüências da adoção da idéia de separação de poderes foram absolutamente diversas daquelas verificadas na França. No novo mundo, mais do que a eficácia do novo governo, privilegiou-se a limitação do exercício do poder, com vistas a evitar o seu abuso. Deixando de lado a rigorosa separação de funções, foi construído um sistema de convivência harmônica entre os órgãos exercentes das funções estatais, conhecido como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Com esse sistema, previne-se contra a tirania oficial e contra a possibilidade de que um segmento da população seja

majoritário ou minoritário, alcance o controle total do governo (CORWIN; PELTASON, 1966, p. 28).

Diferentemente dos franceses, os americanos não viam com bons olhos a concentração de poder no Parlamento. Ocorre que, para os americanos, o Parlamento poderia ser, também, tirânico, pois, assim, indicava a experiência anterior que eles tinham em face do Parlamento britânico.

O centro desse sistema é a recomendação de uma convivência harmônica entre os poderes, que não devem agigantar-se a ponto de açambarcar potestades constitucionalmente definidas para os outros poderes, ou reduzir a capacidade desses outros poderes de executar as suas funções. O controle judicial dos atos do executivo e do legislativo, a submissão da nomeação de certas autoridades executivas à aprovação parlamentar, a responsabilidade do Presidente da República frente ao Parlamento, a escolha de magistrados pelo Chefe do Executivo, dentre outros instrumentos, formam uma rede de relações recíprocas entre os poderes e que dão bem a medida do quanto a idéia de relação harmônica importa aos norte-americanos.

Hoje, mais do que nunca, está presente, nas diversas posições teóricas sobre o princípio aqui em comento, aquela prefalada consciência de que a separação de funções somente faz sentido se acompanhada da idéia de unidade do poder estatal. Os órgãos criados para o exercício das funções estatais as exercem não com exclusividade, mas meramente com prioridade, podendo a mesma função ser excepcionalmente entregue a órgão criado com a finalidade precípua de exercer outra função. Fala-se, nesse sentido, em funções típicas e em funções atípicas.

Não se prega doutrinariamente uma “separação” estanque de funções, com a exclusividade na atribuição a determinados órgãos. A colaboração entre poderes, com os controles recíprocos, e o exercício atípico de funções pelos poderes mostram-se

compatíveis com a dinâmica que se espera da atuação estatal.

A existência de uma jurisdição constitucional abre espaço para um controle mais efetivo, com alcance mais profundo, dos atos propriamente políticos do Estado, máxime quando exercida por órgão especialmente criado para esse fim.

Jurisdição constitucional e a liberdade do legislador

1 A jurisdição constitucional

O já referido “princípio da constitucionalidade” contém a idéia de superioridade da Constituição, o que implica o problema da constitucionalidade/inconstitucionalidade e do seu controle (Cf. Dantas, 1996, p. 29). Aqui nos interessa o controle jurisdicional. Basicamente há dois métodos de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis: um de origem norte-americana, difuso, e outro de origem austríaca, concentrado¹.

Nos Estados Unidos da América, em razão de uma construção jurisprudencial, adota-se um sistema no qual a constitucionalidade das leis pode ser aferida por qualquer au-

¹ As normas que regulam a decretação ou declaração da inconstitucionalidade são, na verdade, normas sobre normas. Inserem-se na mesma categoria daquelas normas que regulam o processo formal de elaboração de normas jurídicas, como, por exemplo, as normas constitucionais sobre o processo legislativo “Quando Kelsen observa que o sistema jurídico tem a particularidade de regular a sua própria criação, podemos traduzi-lo em termos de sintaxe: *o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições*. As normas que estatuem como criar outras normas, isto é, as normas-de-normas, ou proposições-de-proposições, não são regras sintáticas *fora* do sistema. Estão no interior dele. Não são *meta-sintáticas*. Apesar de constituírem um nível de meta-linguagem (uma linguagem que diz como fazer para criar novas estruturas de linguagem) inserem-se dentro do sistema.” (VILANOVA; 1977, p. 109).

toridade investida das funções jurisdicionais, o que se convencionou chamar de controle difuso da constitucionalidade. O controle é realizado como um incidente a ser decidido como questão prejudicial no julgamento de um caso concreto posto à decisão de qualquer órgão do Poder Judiciário². Importante para a eficácia de tal sistema é que, somada à função exercida pela Suprema Corte, adota o direito norte-americano a regra do *stare decisis*, que garante a autoridade dos precedentes judiciais. Todos os órgãos do Poder Judiciário passam, após decisão da Suprema Corte tomada em um

² Suas raízes estão, em um plano teórico, na obra dos fundadores daquela nação: *O Federalista*, de Hamilton, Madison e Jay. Nessa obra, composta por um conjunto de artigos publicados na imprensa norte-americana, em 1787, sob o pseudônimo comum de Publius, para justificar a adoção da Constituição Federal, há diversos trechos nos quais se vêem os fundamentos da concepção posteriormente adotada de *judicial review*. Notável, nesse sentido, é a seguinte passagem de autoria de Hamilton, na qual se justifica a autoridade judiciária da União para todos os casos que decorrem das leis dos Estados Unidos, no tocante aos seus poderes justos e constitucionais de legislação: “o primeiro ponto está ligado à consideração óbvia de que deve haver um método constitucional de dar eficácia aos dispositivos constitucionais. De que valeriam, por exemplo, restrições ao poder dos legislativos estaduais sem algum modo constitucional de impor a observância das mesmas? Pelo plano da convenção, os Estados estão proibidos de fazer uma variedade de coisas, das quais algumas são incompatíveis com os direitos da União e outras com os princípios do bom governo. A imposição de taxas sobre artigos importados e a emissão de papel-moeda são exemplos dos dois tipos. Nenhum homem sensato acreditará que tais proibições seriam escrupulosamente obedecidas sem que o governo tivesse algum poder efetivo de restringir ou corrigir suas infrações. Esse poder pode ser exercido ou pelo veto imediato das leis estaduais ou pela atribuição aos tribunais federais da autoridade de revogar aquelas que estejam em contradição manifesta com os artigos da União. Não consigo imaginar uma terceira possibilidade. A segunda foi julgada preferível à primeira pela convenção, o que será, ao que me parece, muito do agrado dos Estados.” (1993, p. 488). Porém, foi o gênio criativo do Juiz John Marshal que deu a feição prática de tal entendimento. Decidindo o caso *Marbury x Madison*, em 1803, o juiz concluiu que a lei editada pela legislatura ordinária não poderia ofender à norma constitucional. A decisão parte do pressuposto de que a Constituição veicula um conjunto de preceitos limitadores do poder do legislador ordinário. Assim, não poderia o resultado da atividade de tal poder limitado ser contrário à

caso concreto, a adotar obrigatoriamente o posicionamento. Isso amplia o âmbito da decisão, que, tomada *inter partes*, passa a produzir indiretamente efeitos *erga omnes*. Assim, a título de resumo, podemos, com Jorge Miranda, enumerar as seguintes características (1988a, p.146) de tal regime: a) todas as autoridades judiciárias estão autorizadas a fazer o controle; b) todos os atos normativos estão sujeitos a controle; c) o poder de fiscalização é um poder regular, ordinário, do juiz; d) a análise dá-se por exceção, ou seja, como prejudicial de uma decisão a ser proferida em um caso concreto; e) a lei é considerada nula *ab initio*, logo, não produz efeitos.

O outro sistema é o modelo austríaco de jurisdição constitucional. Tal modelo, ao contrário do norte-americano, não considera o problema da inconstitucionalidade como uma mera questão de aplicação da lei, mas, em respeito a uma noção de separação de poderes, parte da idéia de que as leis editadas pelo órgão exercente da função legiferante, por presunção (CAPELLETTI, 1992, p. 84), estão em conformidade com a norma constitucional. Porém tal presunção é relativa e é desconstituída por decisão do órgão que concentra os poderes de controle da constitucionalidade: o tribunal constitucional. Origina-se esse sistema com a Constituição de 1920, documento marcado pela influência dos ensinamentos de Hans Kelsen. Aperfeiçoou-se o sistema com uma reforma levada a efeito em 1929. Nesse sistema, há um tribunal com a função de analisar as impugnações que, porventura, surjam em relação às leis editadas

Constituição. Se essa decisão legislativa, desconforme à Constituição, fosse considerada válida, corresponderia ao próprio reconhecimento às legislaturas ordinárias do poder de modificar a Constituição, o que lhe parecia absurdo. Ao seu ver, a norma incompatível com a Constituição é nula de pleno direito; deve o Judiciário, ao decidir uma causa que lhe é apresentada, declarar tal nulidade. Como se trata da própria aplicação do direito, com a adoção do método hierárquico de solução de antinomias, tal poder estaria outorgado a qualquer autoridade judiciária. (cf. MARSHALL, 1902, p. 25).

pelo Parlamento e que pareçam estar em desconformidade com o texto da Constituição. Em Kelsen, o Tribunal Constitucional não representa o exercício da função jurisdicional, mas sim o da função legislativa. Tal órgão, no seu entender, se apresenta como um legislador negativo, uma vez que tem por função, ao contrário do legislador positivo, retirar do sistema as normas que se mostrem desconformes à Constituição. A Constituição austríaca proíbe aos juízes deixar de aplicar a norma que entendam inconstitucional (art. 89, § 1º), sem, no entanto, ser-lhes dado o direito de provocar o Tribunal Constitucional a respeito de uma inconstitucionalidade. O que está assegurado, em razão da reforma do Texto em 1929, é a legitimidade de dois tribunais superiores para suscitar a questão da inconstitucionalidade, quando analisarem casos concretos, o que levará tal incidente à decisão do Tribunal Constitucional. A inconstitucionalidade, nesse sistema, é analisada *in abstracto*, ou seja, sem consideração de um caso concreto. O próprio ato normativo é o objeto da ação que é proposta com o fito de anulá-lo. Aproveita a decisão a todos, ou seja, tem eficácia *erga omnes*.

O sistema austríaco foi difundido por toda a Europa continental e conheceu modificações à medida que se aplicava a outros países. A Alemanha conhece um sistema concentrado, com um tribunal constitucional. Mas, no sistema alemão, faz-se conviver a análise concentrada com a via de exceção, pois é previsto incidente próprio que, suspendendo o processo no qual surge a controvérsia em torno da inconstitucionalidade, a matéria constitucional é enviada ao Tribunal Constitucional Federal. Prevê a Constituição da Alemanha uma “força de lei” às decisões do Tribunal Constitucional em relação à inconstitucionalidade das leis, o que não equipara a decisão formal e materialmente ao produto da atividade legislativa, mas faz com que o seu cumprimento seja obrigatório não somente a todos os tribunais e autoridades administrativas do país mas também a todas as pessoas naturais ou jurídicas (HECK, 1995, p. 161). Tem

sido a jurisdição constitucional alemã um dos mais férteis espaços de desenvolvimento da matéria acerca do controle da constitucionalidade das leis. Em especial, cabe destacar as experiências da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade e o apelo ao legislador (HESSE, 1998: 487). A Itália também conta com um sistema de fiscalização da constitucionalidade que combina a via de ação com a via de exceção; preserva, porém, a competência para matérias relativas à constitucionalidade concentrada do Tribunal Constitucional (DI RUFFIA, 1984, p. 440). A Espanha concentra, também, no Tribunal Constitucional, a competência para declarar a inconstitucionalidade das normas, porém prevê recurso de amparo para que os legitimados possam levar a matéria à decisão da Corte (arts. 159 a 165). Na Constituição da República Portuguesa (com a 4ª Revisão de 1997), o sistema misto tanto prevê a fiscalização preventiva (art. 278) como a fiscalização repressiva. A fiscalização repressiva tanto pode ser feita *in abstracto*, com análise pelo Tribunal Constitucional da inconstitucionalidade em tese da lei (arts. 223 e 277), como pode ser feita, *in concreto*, por qualquer órgão judicial em uma análise difusa (art. 204).

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade é jurisdicional, sofre influência, em suas raízes, do sistema norte-americano. Porém recebeu, nos últimos tempos, influxos do sistema de controle concentrado, com a introdução da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade. Na Constituição do Império, de 1824, não havia sistema de controle em razão da inspiração então vigente no constitucionalismo francês e da Inglaterra. Com a Constituição de 1891, marcada pela nova influência norte-americana, reconheceu-se o *judicial review*. Pequenas modificações no sistema foram realizadas, como a cláusula de reserva de plenário, a suspensão, pelo Senado Federal, da execução do ato declarado inconstitucional e a ação de inconstitucionalidade interventiva, a partir da Constituição de 1934. A grande modificação foi a introdução, na Emenda Constitucional nº 16/65, da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade

por meio da adoção da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pode-se afirmar que hoje, no sistema da Constituição de 1988, o Brasil conta com um sistema misto, no qual estão presentes instrumentos próprios do sistema austríaco e do sistema norte-americano.

2 Liberdade do legislador e limites do controle dos seus atos

A existência da jurisdição constitucional coloca o problema dos limites do controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre a decisão legislativa. Não é de hoje que se debate o Judiciário com tal questão, muitas vezes, optando por auto-restringir, outras vezes, ampliando, em demasia, seus próprios poderes. Cabe aqui indagar quais limites o Poder Judiciário conhece ao controlar o conteúdo da decisão legislativa, frente à pluralidade de interesses que o sistema constitucional alberga. Sempre essa indagação será respondida tendo em vista o compromisso entre os valores consagrados pela Constituição.

Não é absurda a postura que teme a substituição do político pelo técnico. Ao mesmo tempo que seria nociva à sociedade uma liberdade total para o legislador infraconstitucional, pois abriria uma trilha larga à arbitrariedade, a tecnicização das decisões políticas, submetidas a um rígido enquadramento ditado pela “razão” anunciada pelos doutos, poderia mostrar-se contrária à convivência democrática. É a criatividade do político que “atualiza” as exigências contidas nas normas e, mesmo sob um controle pelo Judiciário, o poder deve ter certos espaços nos quais valora, à sua vontade, as decisões que toma.

Em razão do prefalado princípio da legalidade, o administrador está submetido à autorização legal para que possa agir. Sempre os seus atos estarão submetidos a uma finalidade que, explícita ou implicitamente, está previamente contida na regra de competência. Vinculado ou discricionário, o ato administrativo sempre

será editado em bases bem mais estreitas que aquelas admissíveis na edição do ato legislativo.

Ao legislador se exige, por força do princípio da constitucionalidade, que edite documentos legais compatíveis com o texto constitucional. Porém a finalidade do ato específico que ele edita não estará necessariamente contida na regra de competência definida na Constituição. Muitas normas construídas pelo legislador ordinário têm a finalidade atribuída por ele próprio. Exige-se, evidentemente, que não haja um proibitivo constitucional para aquela específica atividade legislativa ou uma incompatibilidade com o programa finalístico da Constituição.

Como se sabe, a Constituição é exaustiva na atribuição das competências aos órgãos criados para o exercício da função legislativa, seja nos Estados mais simples, que apenas contam com um centro de emanção de atos legislativos, seja nos Estados mais complexos, que possuem órgãos legislativos de diversos tipos. Nesses últimos, dos quais são exemplos os Estados federais, a Constituição, após enumerar as competências das diversas entidades por um critério material, finda por atribuir a um determinado ente a competência remanescente.

Reconhece, pois, o constituinte que é impossível a descrição nominal completa das matérias passíveis de tratamento legislativo. Caso escape ao conjunto de matérias explicitamente tratadas pelo constituinte na hora de distribuir competências uma determinada matéria, isso pode ser objeto de regulação pelo Parlamento, e a finalidade do ato é atribuída pelo legislador. Ainda que, na definição de competência, seja citada a entidade responsável por legislar, essa referência pode ser genérica, não contando, desde já, com as finalidades que os atos a serem editados deverão perseguir. Como leciona Gavara de Cara (1994: 303), no marco da Constituição, é dado ao legislador fixar as finalidades perseguidas pela lei, não podendo ser considerada materialmente inaceitá-

vel a persecução de objetivos constitucionalmente legítimos. O que se exige dele, ao editar o ato, é que o fim eleito esteja contemplado na Constituição em seu conjunto, ou seja, que se mostre conforme o texto constitucional, não seria incompatível com a ordem de valores contida na Carta Magna e com os fins genericamente definidos para a ação estatal.

Afinal, o legislador não pode ser tomado como um mero aplicador da Constituição, mas merece ser visto como alguém legitimado para, nos marcos da Constituição, inovar na regulação da vida social. Muito mais compatível com a natureza da sua atividade está a idéia de conformação da Constituição.

Assim, há limitações explícitas e implícitas ao agir do legislador, apesar de um certo grau de liberdade que marca a sua atuação. É de interesse da comunidade que, diante das possibilidades de abuso, existam instrumentos que viabilizem um controle por parte do Judiciário, capaz de impedir os excessos na Legislação e na Administração. Alguns desses instrumentos devem alcançar as limitações implícitas, pois nem toda conduta contrária à Constituição fere diretamente uma norma constitucional, atingindo-a, nos mais das vezes, indiretamente.

Esses instrumentos de controle do Poder Legislativo, por seu turno, devem ser reconhecidos de forma a que não se proceda a uma mera transferência do arbítrio de uns órgãos estatais para outros, desta feita, do Poder Judiciário. Há que se ter a mínima objetividade, com a demonstração de que a decisão seguiu um caminho argumentativo, justificável dentro da lógica do sistema.

O evidente significado político da maioria dos atos de controle editados pelos órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional recomenda que se busque um equilíbrio para evitar o abuso desse poder. No dizer de Cristina Queiroz (2000, p. 351), “o juiz é visto *sempre* como ‘cavalgando’ entre dois mundos: o mundo do ideal e o mundo da prática, no mundo do valor público e o mundo

da preferência subjectiva, o mundo da Constituição e o mundo da política”. Esse problema não é desconhecido nos países onde mais se desenvolveu a jurisdição constitucional – especialmente é discutido nos Estados Unidos e na Alemanha.

Buscando legitimar a sua atividade ao passo em que a equilibrava com os outros poderes constituídos, a Suprema Corte norte-americana desenvolveu, em contraposição a uma anterior postura de ativismo judicial, uma doutrina de auto-restrição no exercício de suas funções (*judicial self-restraint*). Prende-se à preocupação com o papel do Judiciário no sistema de *checks and balances*. A assunção dessa postura está muito ligada à história do uso da feição substantiva da cláusula do devido processo legal, que trataremos mais adiante.

A Suprema Corte construiu a doutrina da auto-restrição com base nos seguintes tópicos: (i) *cases and controversies*; (ii) *standing to sue*; (iii) *precedent*; (iv) *comity*; (v) *political questions* (SOUZA, 1998, p. 194). Pelo primeiro elemento, exige-se que seja delimitada a controvérsia a ser analisada, pois não é função do Judiciário emitir meras opiniões, mas sim solucionar conflitos. O segundo elemento exige que prove a parte que requer a decisão da Suprema Corte o seu interesse direto na solução do conflito. O terceiro elemento cuida da vinculação a decisões anteriores que, apesar de possíveis revisões na postura do Poder Judiciário, servem de guia às atividades, em razão da adoção da regra do *stare decisis*. Com o quarto elemento, equilibra a Suprema Corte a sua atuação com a atuação das cortes dos Estados da Federação, requerendo a exaustão dos recursos aos tribunais estaduais, antes que se exercite o direito de recurso ao tribunal máximo. Por fim, a mais importante faceta da auto-restrição, a doutrina das questões políticas, exige que tratem os casos levados à decisão da Suprema Corte de questões jurídicas *stricto sensu*, sendo presumida a constitucionalidade dos atos do legislador. Tem, por conseqüência, a doutrina das questões políticas uma postura

próxima àquela que, nos tribunais europeus, deu origem à teoria da interpretação conforme a Constituição.

De todos esses instrumentos de auto-restrição, destaca-se, com especial importância para o nosso trabalho, a doutrina das *political questions*. A Suprema Corte deu, no caso *Baker v Carr*, a melhor definição sobre os casos nos quais se procede a essa restrição, dizendo que, em tais oportunidades, há um poder deixado pela Constituição a outro órgão, faltando *standards* judiciais apropriados à decisão, o que impediria a edição de uma decisão fundamentada em elementos de caráter político, já que levaria ao desrespeito de outros poderes constitucionais e a situações embaraçosas, caracterizadas por pronunciamentos divergentes por distintos órgãos constitucionais (GARCÍA, 1981, p. 288).

A doutrina das *political questions* tem virtudes e vícios. Concordamos com a caracterização de uma diferenciada natureza do objeto da decisão política. Há efetivamente um mérito na decisão, de difícil controle. Porém não pode tal constatação levar à existência de espaços não submetidos à Jurisdição. Espera-se que, ao decidir, o órgão do Judiciário pontue de forma clara os princípios constitucionais envolvidos, para demonstrar, de forma clara, caminhos hermenêuticos que se mostrem mais aptos a realizar a ordem de valores que sustenta a Constituição. Os *standarts* judiciais de que fala a decisão citada podem ser construídos diante de problemas concretos, dando à decisão controladora do ato político legitimidade.

No Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, essa postura de autolimitação também é verificada. Otto Bachoff (1980, p. 12) assim define o modo como os tribunais constitucionais alemães puseram em prática essa autolimitação: (i) partem os tribunais do pressuposto de que, na dúvida, as leis são conformes à Constituição; (ii) não entram os tribunais na análise da correção e da oportunidade dos objetivos políticos visados pelo legislador; (iii) um tribunal somente corrige as valorações feitas pelo

legislador na tomada da decisão política quando essas não encontrem qualquer fundamento racional; (iv) os prognósticos legislativos são geralmente aceitos pelo órgão de controle da constitucionalidade, dada a incerteza corrente nas expectativas de quem produz normas – somente atuará o Judiciário quando houver erro; (v) os tribunais são obrigados a ponderar as possíveis conseqüências de suas decisões, para evitar, sob o manto de uma correção jurídica, produzir, na prática, uma injustiça; (vi) as decisões dos tribunais, antes consideradas com eficácia *ex tunc*, passaram a considerar possível a declaração de constitucionalidade sem decretação da nulidade; (vii) os tribunais se consideram legítimos, nos casos em que a decretação da inconstitucionalidade é inevitável e a ausência de regulação se mostra muito prejudicial à sociedade, para fazer uma “legislação sucedânea”, sobre o estritamente necessário, enquanto o legislador exercita a sua função.

A justiça constitucional tem, em si, um elemento político do qual não pode desprender-se. Ao contrário, é importante que se tenha sempre isso em conta. A sociedade deve controlar o exercício dessa função, reconhecendo a inafastável dimensão política das questões constitucionais. Disso Tocqueville tinha consciência quando identificava um poder político no juiz norte-americano e o justificava no fato de que, diferentemente da realidade de outros países, esse juiz fundava suas decisões na Constituição, e não nas leis (1998, p. 113).

3 Considerações finais

A preocupação sobre os limites da jurisdição constitucional tem grande importância frente ao princípio da tripartição das funções estatais. Mas não pode tal princípio servir de alibi à obstrução do trabalho de controle deixado ao Judiciário.

A análise dos órgãos jurisdicionais pode atingir qual-

quer espécie normativa geral, porém deve estar presente em tal apreciação a visão de que o Judiciário não substitui a dinâmica do processo político. A Constituição não é um mecanismo de imposição às futuras gerações da vontade do momento constituinte. A vida da Constituição está no cotidiano da política e o conteúdo dos princípios serve a impedir que sejam violados equilíbrios de interesses essenciais à própria existência do Estado.

A auto-restrição não significa, em si, uma prática passível de crítica. Muitas das técnicas utilizadas pelos órgãos jurisdicionais que corporificam a jurisdição constitucional buscam preservar o espaço da política. Das técnicas apresentadas, a doutrina das *political questions* é a mais problemática e merece atenção especial, com vistas a afirmar a posição controladora da jurisdição constitucional, sem, entretanto, desconhecer especificidades da decisão política, que atualizam a Constituição e mantêm vivos os compromissos entre interesses que formam a sociedade.

Referências

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Cury. Brasília: UnB, 1997.

BACHOFF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LVI. P. 9 a 24, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

CARA, Juan Carlos Gavara de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de**

los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CORWIN, Edward S.; PELTASON, Jack W. **Understanding the constitution.** 3. ed. Nova Iorque: Holt, Rinehalt and Wiston, 1996.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição:** do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito Constitucional:** Instituições de Direito Público. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John . **Os artigos federalistas.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, 1993.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Antônio Sérgio Fabris, 1998.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo.** Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MALBERG, R. Carré de. **Teoria general del estado.** Tradução José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionaes de Marshall, Presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América do Norte.** Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Impren-

sa Nacional, 1903.

MICHELET, Jules. **História da revolução francesa. Da queda da bastilha à festa da federação.** Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra: Coimbra, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema no direito positivo.** São Paulo: RT, 1977.