

# O JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DE PODERES: ASPECTOS POLÍTICOS DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Marcos Rogério Palmeira\*

## 1. Aspectos Gerais

O presente trabalho tem a finalidade de examinar a legitimidade do controle da constitucionalidade das leis exercido pelo Poder Judiciário, nos sistemas políticos em que prevalecem a tripartição dos poderes e os valores liberais. A possibilidade da revisão judicial dos atos legislativos estabelece uma estreita relação com a vigência da democracia no modo de produção capitalista, pois há uma evidente ingerência na atividade regular de um dos poderes constitutivos do Estado, manifestada nesta medida de cunho anti-majoritário. A questão central é saber se a Constituição, aqui entendida como a expressão política mais significativa da vontade popular, deve conceder esse extraordinário poder a um órgão que, por não estar submetido ao sufrágio universal, não assume uma responsabilidade direta sobre seus atos. Por isto importa destacar o vigor das polêmicas geradas no processo de elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América, que não perderam a atualidade e contribuem para o debate.

\*Professor do Curso de Direito da Univali – Tijucas. Mestrando do CPGD da UFSC.

A idéia de conferir aos juízes ou a um Tribunal a possibilidade de julgar leis inconstitucionais, que obrigam as autoridades a zelar pelo cumprimento da Constituição, é uma inovação trazida pelo pensamento político norte-americano, apresentado na coletânea de artigos denominada "O Federalista", inspirando a maioria das constituições dos Estados ocidentais modernos. Esta peculiar revisão judicial acompanha a tradição da doutrina liberal, sedimentada no pressuposto teórico da prevalência dos direitos individuais face ao exercício arbitrário do poder do estatal. Ademais, o significado fundamental da Constituição escrita, traduzida em instrumento de efetividade da democracia e de reconhecimento dos direitos políticos dos cidadãos, começou a se materializar com a reação contrária à concentração de poder tão evidente nos regimes absolutistas. Nos Estados Unidos da América, o processo jurídico do controle de constitucionalidade foi formulado, no âmbito da jurisprudência da Suprema Corte, na elaboração teórica do Juiz Marshall quando enfrentou o caso *Marbury vs. Madison*, ocasião em que admitiu a superioridade da Constituição sobre qualquer outro ato legislativo, capacitando os magistrados a negar-lhe vigência. Embora o sistema brasileiro de revisão judicial de atos normativos prescindia de expressa outorga da Constituição, há semelhança com seu paradigma, porquanto a decisão emanada apresenta um conteúdo político apoiado nos princípios essenciais da vontade popular.

A história tem demonstrado, entretanto, que tal responsabilidade às vezes é atribuída a um órgão político estranho ao judiciário. Assim ocorreu na França, ainda no curso da revolução de 1789, quando os convencionais do Ano VIII afastaram o controle da atividade legislativa da competência do antigo regime monárquico por evidente receio do restabelecimento de suas forças. A concessão de tamanho poder aos juizes mereceu grande desconfiança por parte dos democratas liberais, sob o argumento de que seria inevitável a usurpação de poder, pondo em risco o dogma da tripartição dos poderes. Ademais, as decisões da maioria instrumentalizadas por meio de representantes, seriam invalidadas por um seletivo grupo de magistrados não submetidos ao processo eletivo. Por isso os opositores do controle de constitucionalidade apregoavam o judiciário como a terceira casa legislativa do sistema político livre da fiscalização popular. Como se verá, o

problema não se insere tanto na responsabilização dos juizes na revisão dos atos legislativos, mas na admissão do controle da constitucionalidade enquanto poder que limita a participação igualitária dos cidadãos no processo político.

O controle da constitucionalidade das leis revela-se como uma técnica de limitação do poder e assume grande importância no funcionamento de instituições democráticas. Nesta linha de raciocínio, as formulações do federalista Alexander Hamilton apontam para a incapacidade do legislativo de exercer a tarefa de interpretar as leis, pois as vontades momentâneas dos representantes nem sempre estavam vigilantes na manutenção dos seus constituintes. Mesmo descartando a imutabilidade da Constituição, Hamilton defendia a necessidade de sua preservação face aos interesses transitórios e de grupos determinados contrários aos nacionais, habitualmente manifestos nas casas legislativas. Para minimizar os efeitos do extraordinário poder e justificar a sua compatibilidade com a separação dos poderes, Hamilton advogava ser mais conveniente dar essa responsabilidade ao judiciário, por ser o mais fraco dos poderes e incapaz de produzir riscos à governabilidade do país. Por outro lado, a doutrina contemporânea considera-o essencial no sistema de defesa das liberdades individuais, exatamente porque é um eficiente meio de proteger o cidadão contra leis injustas, destinadas a afetar direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade das leis, visto a partir dos fatores essenciais para a convivência democrática, encontra dificuldades de interpretação, principalmente em relação à regra da maioria e à possibilidade de conciliar o sistema representativo com a interferência direta do povo nas esferas de poder. Entretanto, para se adotar a premissa contratualista, a convivência democrática exige a fixação de regras claras para a formulação das leis, o que se coaduna com a necessária previsibilidade da atuação estatal. O procedimento da revisão judicial se dá em conformidade com a vontade de limitar o exercício da regra da maioria, a fim de preservar seus direitos de igualdade, fundamentais para a convivência democrática.

O inevitável juízo político emitido no julgamento de uma lei inconstitucional tem, obviamente, um ônus a ser suportado pela população, assim como pelas instituições do Estado. Tais dissabores foram

soberania da vontade popular. Para isso, a doutrina liberal que exala da tradição política norte-americana integra à Constituição os elementos formadores das aspirações populares capazes de estabelecer uma convivência social pacífica, subsidiada pela segurança no funcionamento das instituições. Tal componente só é integral quando alinhado com a idéia de coerência do sistema jurídico e mútuo relacionamento da legislação infra-constitucional, dispensando um tratamento geral e abstrato a todos os cidadãos, como meio de realizar o preceito da igualdade no plano formal. É por isso que, no Estado de direito, a certeza jurídica e a compatibilidade normativa apelam ambas para a previsibilidade da atuação estatal, opondo barreiras em favor do cidadão contra os efeitos do abuso de poder. Essas bandeiras de luta encampadas pela burguesia revolucionária logo passaram a integrar os valores das sociedades modernas, figurando como garantias de defesa do indivíduo.

A ausência de contradições no sistema legal, aliás, tem que ser ditada pela própria Constituição, pois ela é o arrimo da organização social. Assim, tomada de forma genérica e do ponto de vista instrumental, uma lei incompatível com o ordenamento jurídico instalado não pode prevalecer, por conta da evidente contradição que criará no sistema, pois o exercício das prerrogativas decorrentes daquela norma certamente violará outras, indicadas pela nação como prevalentes. Esta operação lógica, inerente ao cotejo de leis, constitui uma premissa do contratualismo enquanto elemento subjacente da organização social moderna, pressupondo que o indivíduo renuncie à algumas liberdades em benefício da convivência harmônica em grupo orientada por princípios jurídico-políticos dirigentes, como por exemplo, aqueles afirmados no art. 1º da Constituição brasileira.<sup>5</sup>

A necessidade de manutenção da coerência do sistema, substrato da governabilidade do Estado e aspiração coordenada pelo pensamento liberal, levou a estabelecer o controle da atividade legislativa, exatamente para que o poder constituído jamais exerça a supremacia sobre o constituinte. Acontece que os sistemas modernos de controle de constitucionalidade das leis expressam um debate teórico que visa definir qual o órgão competente para o exercício de tal poder.

De um lado, o modelo concebido por Emmanuel Sieyès (legislador da revolução francesa), um sistema de controle realizado por uma instância política de destaque na estrutura do Estado, mas distante do Legislativo, Executivo e Judiciário. Na opinião de Bonavides (1999, p. 270) o abade francês cuidou de interpretar e remediar o sentimento nacional de distanciamento do judiciário, justificado pela atuação dos tribunais da monarquia derrotada, razão pela qual sugeriu à Convenção do Ano III a criação do *Juris Constitutionnaire*, de composição representativa, investido dos poderes de anular leis e julgar reclamações contra atos inconstitucionais. A medida proposta foi, entretanto, rejeitada por unanimidade pela Convenção. Muitas outras tentativas foram feitas para estabelecer-se o controle da atividade legislativa por um órgão político na França, sem sucesso.<sup>6</sup> Atualmente a Constituição Francesa de 1958 dispõe, no art. 62, sobre o Conselho Constitucional que *se impõe a todos os poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais*. Ainda no tempo da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas a Constituição de 1936, já na era do absolutismo stalinista, também previa o controle da constitucionalidade por um órgão político. O receio de transformar o sistema de fiscalização em um curto caminho para o "governo dos juizes" estava presente nos debates entre os revolucionários franceses e muito mais claro no governo inflexível do socialismo burocrático.

Atualmente, nos regimes democráticos de inspiração liberal o controle da constitucionalidade das leis é realizado por um órgão jurisdicional mediante a atribuição ao juiz, ou ao Tribunal, da competência de verificar se os atos legislativos estão conformes à Constituição. O momento culminante para a sedimentação da fórmula de dotar o judiciário dos poderes da guarda e proteção dos valores liberais consolidados no texto constitucional norte-americano ocorreu na famosa decisão do juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison* ao considerar que, quando o judiciário se pronuncia acerca de uma lei, deve fazê-lo na observância da Constituição que lhe é superior.<sup>7</sup> Daí porque compreender-se que a jurisdição constitucional também se coaduna com a aspiração de limitar o poder político, estabelecendo controle sobre os órgãos estatais e permitindo o funcionamento das instituições democráticas. Entretanto, como manifesta-se no aspecto concreto –

um controle jurídico – o exercício é atribuído a um dos poderes do Estado, o Judiciário. Esta natureza do controle da constitucionalidade contribui para não confundi-lo com outras espécies de controle existentes no ordenamento, conforme assinala Galvez Montes citado por Baracho (1984, p. 156).

*Entendemos por control constitucional el conjunto de mecanismos de control actuables entre órganos constitucionales y previstos mediata o inmediatamente por la Constitución. Para esta calificación no se atiende a la naturaleza o carácter de los medios operativos empleados, sino a la forma de reconocimiento e a la naturaleza de los organos afectados.*<sup>8</sup>

O modelo de controle jurídico da constitucionalidade das leis exercido por órgão jurisdicional prevalece nos ordenamentos caracterizados pela Constituição rígida e pela supremacia desta na ordem hierárquica das normas.

A revisão judicial dos atos legislativos tem sua elaboração teórica vinculada aos pensadores políticos norte-americanos.<sup>9</sup> Na concepção dos federalistas, bastante influenciados pelo pensamento de Locke, a Constituição é responsável pela base do ordenamento jurídico da nação por ser um estatuto capaz de organizar os interesses e coordenar a organização racional dos indivíduos, submetida aos direitos naturais e à indisponibilidade da vida. A principal atribuição dada à Constituição, conforme assinala Heller (1968, p. 318) não diz respeito a sua positivação, mas ao fato de ser o único texto a regular a estrutura organizacional do Estado.

Há que se destacar a importante contribuição de Hamilton (1979) para a idéia de que o fundamento de toda a autoridade da nação tem origem na vontade popular, o que justifica a expressão da sua soberania e a fonte de legitimidade de qualquer governo. A Constituição escrita teria então o significado desta pretensão, como fonte da governabilidade, devendo ser protegida pelo que chamava de “excessos do povo”, movido por paixões momentâneas. Por outro lado, a despeito dos inúmeros argumentos a favor da soberania popular, os Federalistas pretendiam um sistema harmônico e a salvo de frustrações devidas aos interesses dos grupos políticos organizados, mas pretendiam, ao mesmo tempo, manter o povo afastado do centro das

decisões quanto ao exercício do poder: as dificuldades impostas à modificação da Constituição, o sistema de controle de interesses conflitantes, a restrição ao direito de votar e o controle da constitucionalidade eram vistos pelos democratas liberais como fatores que desvirtuaram as reivindicações de total liberdade.

O citado publicista norte-americano considerava a conservação da Constituição um aspecto essencial para a organização do Estado, razão pela qual era necessário dotar o Poder Judiciário do controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, tentados a editar normas que afrontavam as liberdades individuais. Por isso afirmou:

*Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira porque ele os interpretar fica tendo força de lei para outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes (1979, p. 63).*

Interpor o Judiciário entre o povo e os Poderes legislativo e executivo, permitindo julgar-se contra a lei, mas em favor da Constituição, era visto como meio de estabelecer limites à atividade de qualquer autoridade delegada. Desta prática se conclui que a Constituição, para os juízes, deve ser considerada a Lei Fundamental.

Nos Estados Unidos, a pretensão de eficácia, de imprimir ordem e conformação à realidade política e social, mencionada por Hesse (1991, p. 15), já encontrava traços bem evidentes na constatação feita por Tocqueville:

*Nos Estados Unidos, a constituição domina tanto os legisladores como os simples cidadãos. Ela é pois a primeira das leis e não poderia ser modificada por uma lei. Assim é justo que os tribunais obedeçam à constituição, de preferência a todas as leis. Isso decorre da própria essência do poder judiciário: escolher entre as disposições legais as que o encadeiam mais estritamente é, de certa forma, o direito natural do magistrado (1998, p. 114-5).*

A proclamação da supremacia da Constituição e a valorização dos meios de controle à sua conservação, evoluiu para a afirmação da rigidez das Constituições dos países do mundo ocidental, com traços muito evidentes no direito brasileiro. Ademais, no que concerne a separação dos poderes, Alexander Hamilton considerava que dever-se-ia reconhecer a incumbência do controle da constitucionalidade ao judiciário, por ser ele o menos temível para a constituição, e também o mais fraco dentre os três poderes, pois não detém o acúmulo de riquezas nem o domínio da força pública. Por outro lado, para refutar a tese da necessidade de um processo eletivo para a escolha dos magistrados, apoiada no fato de que o Judiciário era o único dos poderes que não estava sujeito ao controle direto da população, Hamilton apregoava a independência deste poder. Dado o seu elevado papel de zelar pelo respeito à vontade do povo, não poderia, também, arriscar uma atitude de condescendência para com o executivo e o legislativo, o que poderia redundar em sujeição. Considerava, portanto, que a independência do Judiciário dependia igualmente da inamovibilidade dos juízes. Ademais, a tarefa de interpretar as leis deveria caber a um corpo funcional capacitado, escolhido conforme as suas qualidades:

*De onde se vê quão poucos devem ser os homens que o governo pode encontrar dignos de sua escolha: e, se à dificuldade de encontrá-los se reunir a duração temporária do emprego, que lhes fará preferir a profissão lucrativa da advocacia à honra transitória de julgar, a administração da justiça cairá em mãos indignas ou incapazes de desempenhar as suas augustas funções (1979, p. 165).*

As prerrogativas de independência e inamovibilidade concedidas ao magistrado reduzem o debate em torno da essencial imparcialidade do judiciário nas sociedades liberais. Mantendo-se distantes da sociedade e insuscetíveis de pressões, pois assegurados pela intangibilidade de seus cargos, os juizes estariam mais preparados para decidir os casos concretos.

Os debates políticos gestados no curso da formulação da Constituição dos Estados Unidos da América, parte deles reunidos na coletânea de textos de "O Federalista", colocava sempre como questão de

fundo a preservação da democracia, seja por conta da necessária defesa dos direitos individuais, seja pelo risco de a vontade dos representantes do povo se sobrepor às aspirações de seus constituintes. Um aspecto básico deste conjunto de idéias constitucionalistas é a divisão dos poderes delegados, em que a natureza procedimental submete a regra da maioria: a autonomia constitucional deriva da vontade dos cidadãos soberanos para definir forma e procedimentos da governabilidade e das instituições políticas do Estado; o poder ordinário de fazer leis tem sua limitação no poder constituinte, subordinando sua atuação às restrições estabelecidas pelo povo soberano, conforme assinala Freeman:

*Isso distingue uma democracia constitucional de outras formas constitucionais: naquela, toda a autoridade política deriva do poder constituinte dos cidadãos soberanos, concebidos como iguais e com direitos iguais a determinar a constituição, e essa autoridade é por eles criada sob o entendimento de que ela deve ser exercida para o bem de cada um (1994, p. 187).*

A nota recorrente, nos textos já examinados, é o que Bobbio (1992) chamava de respeito às regras do jogo democrático, essenciais para a manutenção de uma sociedade pluralista. Por esta razão, a democracia tem seu caráter fortemente marcado pelo respeito a determinações procedimentais, consoante a definição mínima trazida por professor italiano:

*É necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão, de reunião, de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam o regime democrático (1992, p. 20).*

Destarte, as decisões voluntárias tomadas para todos os membros do grupo social deveriam se coadunar com as regras constitucionais, para serem legitimadas. A democracia, examinada do ponto de vista do liberalismo, tem o significado de capacitar os cidadãos individualmente a terem meios de enfrentar os poderes constituídos na defesa de seus direitos individuais, conformando-se com a atribuição conferida à Constituição escrita de mitigar os poderes do Estado. A competência legislativa se insere no âmbito de uma clara limitação, marcada pela impossibilidade de interferir na esfera de arbítrio do indivíduo, estabelecida na Constituição. Aliás, esta é a essência da reação liberal à tirania dos governos despóticos, conforme assinalou Bonavides:

*Garantir direitos individuais foi sempre a nota suprema ou a razão maior do controle de constitucionalidade, pelo menos como ele se estabeleceu de acordo com a tradição americana, desde o julgamento da Suprema Corte na demanda Marbury versus Madison, a mais perfeita soma de argumentos lógicos, que compõe a essência de uma teoria constitucional da liberdade nos moldes do liberalismo* (1999, p. 291).

Por outro lado, ao atribuir-se à Constituição a capacidade de expressar a vontade política do povo, como queriam os Federalistas, colocasse em igualdade de obediência os legisladores e os simples cidadãos. Tal pretensão democrática, portanto, demonstrar-se-ia no controle da constitucionalidade de leis, pois a concessão desse poder ao Judiciário ergueria poderosas barreiras contra a potencial tirania das assembleias de representantes. Há, então, um notório impedimento à modificação arbitrária da Constituição por parte do corpo legislativo, cuja competência dela deriva.

Neste âmbito falece a força total da regra da maioria, aqui representada pela supremacia das decisões legislativas. O desequilíbrio dos poderes estatais, conforme verificamos em nossa história recente, causa o dilema contemporâneo da doutrina liberal matizado na nefasta redução do direito à lei e do jurídico ao legislativo, conforme assinala Cademartori (1999, p. 28). A regularidade do procedimento para a edição de uma determinada norma não garante sua eficácia, pois torna-se relevante o conteúdo do texto aprovado. É a razão pela qual

o controle da constitucionalidade como imperativo da justiça deve também submeter os atos legislativos aos princípios morais e éticos definidos pela sociedade como um meio de exame substancial da validade.

Importa destacar que a revisão judicial é considerada um instrumento eficaz de garantia dos direitos fundamentais, oriundos de princípios universalmente reconhecidos e positivados nas constituições modernas. Tais liberdades individuais suplantam o direito positivo, pois tiveram sua aquisição consolidada muito antes do pacto constitucional. Assim, a transcendência destes direitos à ordem jurídica estabelecida constitui-se em alicerce das democracias, na medida em que limitam a atuação do Estado e confirmam-se como exigências éticas superiores à vontade momentânea da maioria.<sup>10</sup>

### 3. O Judiciário e o Controle da Constitucionalidade \* \* \* \* \*

Como se verificou, o controle da constitucionalidade em certa medida é necessário para a conservação da ordem democrática e também como garantia da segurança das liberdades individuais, manifestando-se como meio subordinado à idéia de limitar os poderes do Estado, notadamente a edição de atos normativos que contrariem a Constituição. Entretanto, conforme já mencionado no início desse estudo, cumpre investigar se, outorgando-se esse extraordinário poder ao Judiciário, ficariam preservadas as aspirações democráticas, realizáveis a partir da igualdade de direitos políticos e o respeito à regra da maioria conforme Freeman (1994, p. 182).

A teoria do liberalismo clássico que concebe os três poderes harmônicos e independentes teve dificuldades para encontrar meios de efetivar um sistema que pudesse expurgar as leis inconstitucionais do ordenamento jurídico. O controle da constitucionalidade das leis apresenta enormes perplexidades ao funcionamento do Estado, pois o seu exercício é atribuído a um órgão específico e, em decorrência de sua extraordinária força, tem lugar de preeminência na escala de poderes do Estado, erguendo-se um justificado receio de ferimento da igualdade entre eles. Em se tratando de conferi-lo ao Judiciário, as

objeções que se colocam têm enfoque na preservação da ordem democrática. A declaração de nulidade de uma determinada lei, face à prevalência da Constituição, remete à imediata conclusão de que há uma intervenção direta na atividade do Legislativo, gerando um conflito de atuação dos poderes no interior da organização Estatal. A crítica se ergue contra o exercício criativo da interpretação da legislação, o que onera o Judiciário com o status de figurar como uma terceira casa legislativa, ou seja, um corpo "constituente permanente". Portanto, uma invasão de competência evidencia a usurpação de poder motivando o repúdio ao "governo dos juizes".

Um dos principais políticos norte-americanos, Thomas Jefferson, que foi o redator da declaração de independência e presidente dos Estados Unidos, considerava a revisão judicial *uma doutrina realmente muito perigosa, que nos colocaria sob o despotismo de uma oligarquia*.<sup>11</sup> Obviamente referia-se à capacidade do Judiciário de operar com os efeitos de uma força contra-majoritária, em flagrante desrespeito à vontade das assembleias legislativas, onde residem os representantes da maioria. Em decorrência desta objeção (confrontante com a idéia central de Hamilton sobre o governo do povo) ergueu-se o obstáculo da ausência do processo eletivo para a escolha dos membros da magistratura, como oposição ao controle judicial da constitucionalidade das leis. Este detalhe que diferencia os ocupantes do Judiciário em relação aos demais poderes suscita o debate em torno do compromisso político de prestar contas de seus atos. Enquanto as práticas políticas nos poderes executivo e legislativo estão sujeitas ao crivo do sufrágio universal, teoricamente limitando o âmbito das deliberações impopulares, o Judiciário encontra-se aparentemente intangível a tais pressões, podendo tomar decisões que contrariem a vontade popular.

Aqui ressaí oportuna a observação de Freeman (1994, p. 187) de que a eletividade dos juizes pouco mudaria na questão de conferir legitimidade ao processo de revisão judicial, uma vez que não fica afastada a possibilidade de dano à democracia. Mas, como já se disse, a regra da maioria não resume a consolidação das formas democráticas, também dependentes dos ideais empenhados pela sociedade ao longo de sua formação e sintetizados nos direitos sociais e políticos.

São esses direitos que conseguem estabelecer uma estrita relação entre a democracia e o controle da constitucionalidade, que por serem inalienáveis jamais serão submetidos à regra da maioria ou ao absolutismo legislativo, de tal forma que as leis que violarem tais direitos básicos serão consideradas inválidas. Assim, a revisão judicial, com o escopo de preservar liberdades positivas e negativas do cidadão, encontra a sua justificação democrática.

Para Freeman (1994, p. 187), a limitação da atividade dos representantes nos seus aspectos procedimentais e materiais encontra sustentação nos poderes constituintes do povo: *O objetivo de uma constituição democrática é definir os procedimentos políticos que determinam as leis que são necessárias ao exercício efetivo dos direitos básicos iguais, direitos que distinguem uma soberania democrática e que protegem as pessoas na busca livre de seu bem.* O entendimento de que os procedimentos legislativos são incapazes de acertar os inconvenientes gerados por leis contrárias à Constituição, até porque os representantes costumam votar segundo seus interesses, assinala a importância da revisão judicial, afim de corrigir as imperfeições geradas nos poderes. Com o pretexto de assegurar o *status* de cidadãos iguais, no nível das normas constitucionais, há uma auto-limitação do poder soberano, pois a regra da maioria sofre restrições devido à necessidade de permanência da convivência democrática. O acordo social dos cidadãos, ao abrirem mão de parte das prerrogativas democráticas (neste caso, a regra da maioria), em favor da conservação dos direitos de igualdade, legitimam as circunstâncias em que ocorrem a revisão judicial.

Por outro lado a publicidade, a fundamentação das decisões judiciais, mais a pretensão de alcance da justiça, constituem-se em formas de fiscalização da atividade do juiz, que indiretamente presta contas à população. Esta via de comprometimento do judiciário com a obrigação de constante legitimação, referenda o poder de interpretar as leis e conformá-las à Constituição. Isto é aliás, um fator preponderante ao qual se contrapõe a tradicional concepção de Montesquieu de considerá-lo um poder nulo, na medida em que sua função resumir-se-ia à mera aplicação da lei ao caso concreto.

O controle da constitucionalidade, portanto, tem a característica de ser um ato de jurisdição que visa garantir a aplicação dos princípios e regras estabelecidos na Constituição em casos concretos. Afigura-se a observância dos preceitos democráticos não permitir que um dos poderes seja o julgador de seus próprios interesses, impondo-se que outro órgão faça o controle afim de evitar as violações da ordem constitucional. Deve-se constatar que, no regime de separação de poderes, há necessidade de se dotar um órgão da capacidade de dar a última palavra a respeito da Constituição, afim de garantir que os conflitos de poderes ou condutas não porão em risco a estabilidade social. O teor democrático do exercício da revisão judicial é assinalado por Bonavides:

*Não há dúvida de que exercido no interesse do cidadão, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis (1999, p. 272).*

A crise do Estado de Direito, materializado na impossibilidade de a norma geral e abstrata ser capaz de regular a totalidade dos conflitos sociais, impõe o esforço de converter a Constituição escrita em instância jurídica de conservação dos direitos fundamentais. A revisão judicial das leis pode ser utilizada com o fim de confirmar a prevalência destes, evidenciando uma utilidade para a afirmação da democracia. Portanto, avulta o interesse no debate da importância de o judiciário legitimar sua atuação prestando contas ao povo dos posicionamentos assumidos, pois, na complexidade das relações geradas no interior do Estado, o ordenamento jurídico assume posição de relevância nas disputas entre os grupos sociais conflitantes.

## 4. Considerações Finais

O presente estudo demonstrou que o controle da constitucionalidade das leis exercido pelo judiciário foi obra do pensamento político norte-americano, a partir das teorizações de Alexander Hamilton, durante o processo de formação da Constituição Republicana. A construção da idéia partia da concepção da supremacia da constituição, porque ela expressa a vontade do povo, no exercício de sua soberania. Diante do risco de os representantes substituírem a confiança dos constituintes, editando leis violadoras dos direitos individuais, fazia-se necessário dotar o judiciário da capacidade de interpretar as leis, podendo negá-las à vigência face à prevalência da Constituição.

A doutrina da supremacia da constituição como regra fundamental, à qual se subordinam os atos dos poderes do Estado, constituiu importante aporte teórico para a efetivação das constituições rígidas, adotadas na maioria dos estados modernos. Ademais, tal condição também significou o apoio ao indivíduo contra o uso arbitrário dos poderes do Estado com tendência a suprimir direitos da cidadania, coadunando-se com as pretensões dos princípios liberais. A partir da constatação de que o legislativo não possui meios eficazes de corrigir a inconstitucionalidade, a revisão judicial apresenta-se como solução ao dilema da preservação da ordem democrática, face à regra da maioria.

No âmbito das regras da democracia, a atribuição do controle da constitucionalidade das leis ao Judiciário encontra dificuldades de justificação: a não eletividade dos juizes remete à impossibilidade de responsabilizá-los politicamente por suas decisões; a medida de declarar nulos atos legislativos que contrariem a Constituição tem um caráter anti-majoritário, pois submete a regra da maioria ao crivo de um seletivo grupo de magistrados. A questão da eleição dos magistrados, entretanto, não envolve diretamente a inobservância do respeito à democracia na revisão judicial, pois trata-se esta de limitar os direitos dos cidadãos de participar e influenciar os processos políticos de tomada de decisão. Os exemplos citados ocorridos nos Estados Unidos evidenciam que o uso do controle da constitucionalidade pode dar razão à crítica do "despotismo de oligarquia" ou, no caso brasileiro, de um poderoso meio de conferir validade a normas jurídicas distantes dos anseios populares.

Há que se considerar, em relação aos limites à regra da maioria que tal procedimento não põe em risco a democracia, pois ela se estabelece também com os direitos políticos e sociais básicos para o atributo da cidadania. Isto permite que o povo abdique parte de sua soberania legitimando o Poder Judiciário para o exercício do controle da constitucionalidade. É uma espécie de acordo social amplo que visa restringir a atuação dos representantes, concedendo a possibilidade de fiscalização a um poder distante da interferência do povo.

Paradoxalmente a democracia, sob o pálio da revisão judicial, tem assento na hipótese de conservação do sistema jurídico contra as mudanças dos destinos da sociedade que afetem direitos fundamentais, levadas por grupos hegemônicos. Eis a razão pela qual o controle da constitucionalidade visa preservar o *status* de cidadão obtido no curso das lutas políticas decorrentes da vitoriosa resistência à tirania do Estado nos tempos do absolutismo.

Por fim, a integração do sistema jurídico às convenções morais e políticas subjacentes às normas e instituições da comunidade é um objetivo que se impõe aos aplicadores do direito, que servirá para que a sociedade aceite suas decisões e legitime a autoridade para o adequado avanço da democracia.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Referimo-nos em especial ao Missouri Compromise de 06.03.1820, que impedia a escravidão e servidão involuntária a todos em todo o território norte-americano cedido pela França. A constitucionalidade desta lei foi discutida no caso *Dread Scott vs. Sandford*, julgado em 1857, quando a Suprema Corte defendeu a instituição da escravidão. A refutação por parte dos governantes deste "governo dos juizes" envolveu o célebre presidente Lincoln que negou-se a acatar o julgamento da Suprema Corte considerando inconstitucional o "Missouri Compromise" pois estar-se-ia *abdicando praticamente do exercício do governo em favor daquele eminente tribunal* (*apud* Bittencourt, 1997, p. 16).
2. O New Deal era um conjunto de medidas destinadas a amenizar os efeitos da grande depressão de 1929 com políticas de intervenção do Estado na economia, afetando diretamente a propriedade e o conceito de *laissez-faire*.
3. A Emenda Constitucional 12/96 criou a Contribuição Provisória Sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF –, que não poderia ser cobrada por prazo superior a dois anos. Ocorre que a aludida

contribuição foi ripristinada com a Emenda Constitucional nº 21/99, prorrogando a sua vigência até o final de 2001, possibilitando um incremento na arrecadação superior a 10 bilhões de dólares, segundo dados do IPEA. O efeito ripristinatório da CPMF dado pela EC nº 21/99 foi questionado, junto ao STF, por uma ADIn proposta por partidos de oposição do (PT, PCdoB, PDT), mas foi-lhes negada a liminar.

- 4 Este movimento político, que resultou na ascensão ao trono inglês de Guilherme de Orange, tem origem em conflitos entre o Parlamento e a Monarquia, instâncias políticas que expressavam interesses econômicos da burguesia e da aristocracia medieval, respectivamente. A Revolução Gloriosa contra Jaime II concluiu-se com a derrocada do modelo absolutista de Estado centralizado, mantendo a monarquia, mas identificando a origem dos poderes reais no Parlamento, que passou a ter a prerrogativa de impor limites ao seu exercício.
- 5 *Art. 1 – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.*
- 6 A Constituição do Ano VIII instituiu o Senado Conservador, com poucos resultados práticos, em razão da predominância dos poderes absolutos de Napoleão. Posteriormente, o Senado foi designado como instância política de controle pela Constituição de 14 de janeiro de 1852, já no governo de Napoleão III, e o Comitê Constitucional pela Constituição de 27 de outubro de 1946. Ambas as tentativas malograram.
- 7 Na decisão sustentou Marshall: *Não há meio-termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la (Decisões constitucionais de Marshall. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1903. p. 25).*
- 8 *Entendemos por controle constitucional o conjunto de mecanismos de controle atuáveis entre órgãos constitucionais e previsto mediata ou imediatamente pela Constituição. Para esta qualificação não se atende a natureza dos meios operativos empregados, apenas à forma de reconhecimento e da natureza dos órgãos afetados.*
- 9 O Professor italiano Mauro Capelletti, em sua obra *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado* (Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1992. 142p.) sustenta que a idéia exposta pelos Federalistas, da supremacia da Constituição sobre outras leis como uma importante inovação, não seria, de todo, historicamente correta. Capelletti considera que a concessão do poder aos juízes, de não aplicarem leis inconstitucionais, foi na realidade iniciado pela Constituição dos Estados Unidos. Mas o autor busca suas fontes no direito ateniense ao aproximar os *nómoi* das modernas leis constitucionais, semelhanças que também atingiam as restrições procedimentais para a sua modificação.
- 10 Importante destacar que esta vinculação dos direitos fundamentais aos valores da sociedade está expressamente declarado no art. 5º, § 2º da Constituição: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*
- 11 The writings of Thomas Jefferson. vol. 10. p. 160-1, *apud* Freeman in Lua Nova, n. 32, p. 181.

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília : Ministério da Justiça, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia : uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1999.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1992.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. *O Pluralismo e o controle dos poderes do estado*. Florianópolis : Tese de Doutorado na UFSC, 1993.
- FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. Trad. Alvaro de Vita. In: *Lua Nova*. São Paulo, CEDEC, n. 32, 1994, p. 182-192
- HAMILTON, Alexander. Da inamovibilidade do poder judiciário. Trad. Leônidas de Carvalho et al. In: *O federalista*. Coleção os Pensadores. São Paulo : Abril Cultural, 1979, p. 161-166.
- HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1998.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1978.
- MELO, Oswaldo Aranha Bandeira. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo : Buschatski, 1980.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo : Martins Fontes, 1993.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade : conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América : leis e costumes*. São Paulo : Martins Fontes, 1998.