

A compatibilização histórica entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional:
uma análise da Democracia norte-americana e controle de constitucionalidade austríaco na
Modernidade

**A historical compatibility between the democratic principle and constitutional
jurisdiction:** an analysis of American democracy and Austrian judicial review in Modernity

Elder Paes Barreto Bringel¹

Daniel Carneiro Leão Romaguera²

Resumo: O artigo consiste na análise da jurisdição constitucional diante das exigências democráticas ao longo da Modernidade. Observa-se, o desenvolver do constitucionalismo e sua relação com a democracia. Em específico, no princípio democrático e jurisdição constitucional insurgentes nos Estados Unidos e o controle de constitucionalidade na Áustria. Isto, com o propósito de compreender a necessidade de impor limites ao exercício de soberania no liberalismo político. Nesse sentido, propôs-se a compatibilização histórica entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional, no intuito de viabilizar uma leitura constitucional desses institutos capaz de contemplar os ímpetus democráticos. E, assim, contemplar a tutela de direitos constitucionais bem como garantir o exercício democrático.

Palavras-Chave: Modernidade; Constitucionalismo; Democracia; Jurisdição; Historicismo

Abstract: The article is an analysis of constitutional jurisdiction according to the democratic demands along Modernity. We observe the development of constitutionalism and its relationship with democracy. In particular the democratic principle and constitutional jurisdiction on the United States and Austria. This, with the purpose of understanding the need to impose limits on the exercise of sovereignty in political liberalism. Accordingly, we proposed the historical dovetailing of the democratic principle and constitutional court, in order to favor a constitutional reading of these institutes able to contemplate democratic impulses. And thus contemplate the tutelage of constitutional rights and ensure democratic exercise.

Keywords: Modernity; Constitutionalism; Democracy; Jurisdiction; Historicism

Introdução

¹ Graduado, Pós-graduado e Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Oficial de Justiça do TJPE e Professor da Estácio do Recife.

² Mestre em Direitos Humanos pela UNICAP tendo feito programa de Mestrado-Sanduiche na UNISINOS, sob a orientação do Prof. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira e da Profª. Fernanda Frizzo Bragato.

O trabalho científico realizado compreende a jurisdição constitucional diante das exigências democráticas ao longo da Modernidade, ao ser contemplado o trajeto do constitucionalismo na modernidade.

Para isso, fez-se necessário observar as origens da concepção democrática resiliente na modernidade. Em seguida, buscou-se compreender a formação do sujeito moderno e o projeto liberal do Séc. XVIII com a transposição do *Ancien Régime*.

Sob esse cenário, ao considerar a soberania popular e a defesa das liberdades públicas em face do estado, será feita análise do Princípio democrático nos estados Unidos bem como do surgimento da jurisdição constitucional. Destacou-se, o debate entre federalistas e antifederalistas.

Por último, cumpriu apontar as contribuições do constitucionalismo austríaco, no controle de constitucionalidade, em especial, na obra de Hans Kelsen.

Tudo isto, na busca de compreender a necessidade de impor limites ao exercício de soberania no liberalismo político.

Nesse sentido, é que se propôs a compatibilização histórica entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional na Modernidade, no intuito de viabilizar uma leitura constitucional desses institutos capaz de contemplar os ímpetus democráticos. De tudo, fez-se a análise do período em que a jurisdição constitucional passou a ter influência determinante nos ideais democráticos.

II Democracia e jurisdição constitucional: uma visão panorâmica

I. I Democracia e suas origens

Inicialmente, faz-se apontamento da compreensão de Democracia a partir da Grécia Antiga, tendo em vista sua importância para a formação do ideal Moderno.

Remete-se a origem do termo democracia, bem como a construção de suas bases teóricas e práticas, ao gênio do povo grego. Desenvolvido por volta do século V a.C. na cidade de Atenas, em excessiva simplificação, o instituto pode ser atrelado ao significado de “governo do povo”. Etimologicamente, democracia vem da junção de dois termos, quais sejam, “demos”, que significa povo, e “*kratos*” ou “*kratia*”, que significa poder.

Assim, a democracia seria o poder que advém do povo, que é exercido pelo povo, o que nos faria pensar em uma adequação ao sentido moderno de democracia enquanto forma de governo atrelada às ideias contratualistas de soberania popular. Mas a essência de democracia exercida àquela época em muito se difere dos anseios e desdobramentos da

sociedade moderna, fazendo-se necessário aprofundar um pouco mais os fundamentos do instituto em sua origem mais remota, distinguindo-o do conceito e significação modernos.

Falando na democracia constituída na antiguidade, Bobbio nos adverte que o pensamento político grego foi capaz de transmitir uma tipologia das formas de governo muito bem estruturada, da qual a democracia seria uma das espécies. Para o autor, a democracia dos antigos poderia ser definida como um governo de muitos, dos mais, da maioria, como um governo do povo (BOBBIO, 2013, p. 31); em contraposição ao governo de uns poucos, conformador da forma aristocrática, cuja origem etimológica remonta à junção dos termos “*aristoi*”, que significa “melhores” ou “os bons” em sentido social, e “*kratos*”, que significa poder.

Há que se frisar, todavia, que essa maioria, esses muitos, esse povo referenciado pelos antigos não tem a mesma significação, ou amplitude, dos modernos. Isto por uma razão muito simples: o estrato social dos gregos era muito bem definido por alguns poucos cidadãos aptos à coisa pública. Boa parte da população que compunha o povo grego era formada por escravos impedidos do exercício político. Não obstante, todos os outros, estes sim, cidadãos, eram conclamados às discussões públicas e exerciam seu poder-dever comunitário através de uma participação direta na tomada de decisões.

Aqui já se antevê uma enorme disparidade com o exercício democrático moderno, emoldurado, como se verá mais adiante, em uma estrutura de tomada de decisões através da representação. O exercício do poder se dará, então, séculos adiante, de forma indireta, por representantes escolhidos pelo povo para defender seus interesses nas assembleias constituídas para esse fim. A justificativa moderna pela escolha representativa de democracia se baseava no argumento de que as sociedades antigas, diferentemente das modernas, eram menos complexas e populosas. Além disso, suscitavam uma certa instabilidade no exercício democrático grego justamente em razão da participação direta, sob o auspício de que os antigos estariam mais sujeitos às paixões momentâneas e sentimentos deveras descentralizados na voz inconstante de todos.

Segundo Bobbio, os modernos justificavam sua convicção de que a democracia indireta era melhor que a direta argumentando que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em melhores condições para avaliar quais seriam os interesses gerais que melhor aproveitariam os próprios cidadãos. Estes estariam fechados na contemplação de seus próprios interesses particulares, alcançando a democracia indireta os fins a que se predispõe a soberania popular (BOBBIO, 2013, p. 34).

Uma outra questão fulcral, e que merecerá ilações a seguir, diz respeito ao conceito de liberdade que também diverge entre antigos e modernos. Enquanto a liberdade dos antigos estava relacionada à distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria; a liberdade dos modernos se resume na segurança nas fruições privadas garantidas pelas instituições.

Nesse sentido, segue transcrição de Benjamin Constant:

O objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições (CONSTANT, 1965, p. 252).

Desse modo, também o ideal a ser defendido pela sociedade constituída era diversa dos modernos, influenciando sobremaneira a composição conceitual de democracia. Distinguir a noção de igualdade entre igualdade formal e igualdade substancial, ampliar ou restringir esse conceito de igualdade evidenciará mais uma vez em que termos se está falando de democracia. Para os neófitos do exercício democrático bastava assegurar condições formais que assegurassem uma participação igualitária no processo de tomada de decisões; noção que não se mostrava suficientemente adequada aos antigos.

Nesse sentido, cumpre transcrever uma passagem da obra de Norberto Bobbio:

É inegável que historicamente “democracia” teve dois significados prevaletentes, ao menos na origem, conforme se coloca em maior evidência o conjunto das regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as assim chamadas regras do jogo, ou o ideal em que um governo democrático deveria se inspirar, que é o da igualdade. À base dessa distinção costuma-se distinguir a democracia formal da substancial, ou, através de outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo. (BOBBIO, 2013, p. 37-38).

Enfim, estas são algumas preocupações preliminares que tratam da construção de um ideal moderno de democracia. Nos ocupamos, aqui, em definir as duas noções preliminares discrepantes sobre o sentido e alcance da democracia para, em seguida, apontar para um possível novo direcionamento acerca do exercício democrático de tomada de decisões.

Mas, cumpre a partir de agora, traçar com mais detalhes a formação do ideal moderno que formatará a noção de democracia que será trabalhada no decorrer deste escrito.

II. II O subjetivismo filosófico e o individualismo político

Para bem construir o significado e amplitude da democracia na era moderna, imprescindível tratar, mesmo que rapidamente, dos pilares filosóficos de sustentação do instituto. Não se pode fazer um corte epistemológico que trate diretamente das teorias contratualistas fundadoras do ideal democrático moderno sem antes mencionar aquilo que serviu de substrato para conformação dos movimentos sócio-político-econômico-culturais que deram vazão ao ideal de vida moderna.

O ideal moderno, e por consequência a democracia desenvolvida a partir do século XVIII, não emergiu do nada, deve ser compreendido como fruto de um longo e gradativo processo de negação que culminou, nas palavras de Sérgio Paulo Rouanet, em um novo projeto de civilização (ROUANET, 2003, p. 44). Seguindo as bases hegelianas e sua filosofia da história, a humanidade passou por infindáveis processos dialéticos de constante afirmação, negação e ressurgimento, podendo, a modernidade, ser entendida, desta forma, como a síntese da negação de uma afirmação.

Mas, que afirmação era esta, e qual foi a negação capaz de desestabilizar o antigo regime, culminando na modernidade? Resumindo em poucas palavras, a afirmação pode ser entendida como a tradição medieval, e a negação como o Iluminismo. Deste choque, nos ensinamentos de Nicola Abbagnano, surge o renascimento do espírito que já fora próprio do homem da época clássica, ou seja:

(...) um espírito de liberdade, pelo qual o homem reivindica sua autonomia de ser racional e se reconhece intimamente ligado à natureza e à história, apresentando-se a fazer de ambas o seu reino (ABBAGNANO, 2000, p. 09).

Em apressada síntese, mas de fundamental necessidade aos fins a que se propõe este artigo, algumas considerações sobre estas fases de “desenvolvimento” e de “evolução” do pensamento humano merecem ser declinadas.

O abalo sísmico renascentista capaz de ruir com os pilares medievais, ditando novos rumos, pode ser inicialmente representado pelas ideias de Leonardo Da Vinci, Galileu e a revolução copernicana, aperfeiçoada por Kepler, reestruturando – ou se levarmos em conta o conceito de ciência de hoje, inaugurando – as bases da ciência moderna. A verificação, observação, constatação e experimentação passaram a integrar a produção de verdades científicas e a natureza ganhou a possibilidade de representação matemática, atacando a antiga tradição baseada em verdades reveladas.

A política não ficou imune à renovação iluminista, e Maquiavel, considerado o primeiro escritor político medieval, abriu as possibilidades para as novas práticas políticas, introduzindo as noções do seu objetivismo histórico e realismo político. Seus escritos

escancararam os bastidores políticos da época e incutiram um sentimento de necessidade pela atividade política, não devendo mais o homem se sujeitar, a partir de então, ao curso passivo dos acontecimentos.

A vida religiosa toma novos horizontes pela reforma protestante de Lutero, Zwingli e Calvino, que eliminam a intermediação da autoridade religiosa para o exercício da fé, libertando os fiéis das revelações eclesiais do divino, aproximando-os dos textos religiosos traduzidos para várias línguas. O divino, a fé, a religiosidade passa a ser defendida como um sentimento individualizante de um todo, como um sentimento de um, mas vivido por todos.

Giordano Bruno, Nicolau de Cusa e Bacon, dentre outros, abrem novas possibilidades filosóficas, garantindo o fundamento do novo direcionamento renascentista. Eles não garantem um novo fundamento para o afloramento da racionalidade moderna, para o desenvolvimento das ciências, mas semeiam uma filosofia mais aberta, menos dependente da metafísica medieval, mas não que não fora suficiente para criação de um novo paradigma.

Diante de todo este turbilhão de novas ideias e acontecimentos, o pensamento moderno, a transposição do paradigma medieval, pode ser considerado inaugurado com afloramento das ideias de Descartes. Considerado o pai da filosofia moderna, e, via de consequência, fundador da nova forma de pensar e ver o mundo, Descartes cria um sistema garantidor das novas descobertas.

Descartes parte do pressuposto de que os homens teriam algo de comum entre eles e que isto os diferenciaria dos outros animais, concluindo que esta igualdade humana seria a razão, a capacidade de pensar e compreender-se pensante. A partir daí percebe-se diante de uma realidade tão florescente e fértil, supôs poder tomar a liberdade de julgar por si próprio tudo o que lhe aprouvesse.

Esta foi a razão e o fundamento para tentar construir algo de novo. Soltar-se das amarras dos estudos letrados, das verdades reveladas, ir diretamente à fonte: o mundo e o seu próprio espírito. Essa premissa primeira, como se vê na segunda e terceira parte de Discurso do Método, parte da ideia de *Penso, logo existo*, da ideia de *cógit*, de ser pensante, e assim semeia o ressurgimento da subjetividade clássica (DESCARTES, 2008, p. 14).

Foi esta subjetividade cartesiana que foi capaz de dar sustentação teórica aos novos enlaces modernos. Mas Descartes foi apenas o primeiro dentro os que se seguiram na construção de um subjetivismo moderno propriamente dito, a exemplo de Immanuel Kant, dentre outros.

O próprio Kant declina ter acordado do sono dogmático:

Este produto da razão pura no seu uso transcendente é o fenómeno mais notável, aquele que, entre todos, age mais poderosamente para despertar a filosofia do seu sono dogmático e a impelir para obra árdua da crítica da própria razão (KANT, 1974, p. 63).

A partir de então é relatado pela história uma mudança radical de comportamento que se seguiu pelos séculos XXVII e XXVIII, tendo sido identificado um movimento cultural desenvolvido na Inglaterra e França, caracterizado pela inovação intelectual, dando origem a ideias de liberdade política e econômica, defendidas pela burguesia insurgente.

Mas a subordinação ao Estado e às minorias favorecidas da época começa a incomodar esta crescente e cada vez mais forte classe burguesa que, embora não sofresse todo o mal acometido a casta menos abastada de trabalhadores, se sentia desprestigiada com as injustiças cometidas. E é com a influência dessa nova classe, a burguesia, que John Locke e Jean-Jacques Rousseau, seguidos por Montesquieu, nas suas teorias contratualistas, permitiram uma reviravolta política, até então, subordinada ao absolutismo da época. Uma crescente ideia de valorização do homem em combate aos privilégios seletivos, que legitimou a resistência ao pagamento de tributos expropriatórios para financiamento de guerras vazias foi tomando conta do espírito do povo, questionando-se a ideia de súdito.

Rousseau afirmava:

E assim, o primeiro olhar que lançou sobre si mesmo lhe produziu o primeiro movimento de orgulho; assim, mal sabendo ainda distinguir as ordens e contemplando-se como o primeiro por sua espécie, preparava-se já para pretender o mesmo como indivíduo (ROUSSEAU, 2004, p. 97).

O soberano e sua ideia de governar a nação, enquanto conjunto, coletividade, sai de cena e o individualismo político aflora, trazido à baila pelas concepções de igualdade, liberdade e de soberania popular.

Nascem as bases da democracia moderna. O subjetivismo filosófico e o individualismo político desenvolvidos na modernidade, assim, conseguiram dar fundamento às transformações sociais sentidas à época.

II. III A soberania popular, liberalismo político e os direitos do homem

A forma democrática de governo estabelecida na modernidade, como dito alhures, emergiu em meio às condições sociais, econômicas e políticas daquela época. Ela é fruto de um processo de reformulação que se seguiu pelos séculos XVII e XVIII, de inspiração iluminista, que tentava submeter o *Ancien Regime* a uma nova proposta civilizatória.

Na baixa idade média (entre meados do século XI até o século XV mais ou menos), depois da feudalização da economia, imposição da hierarquia social através dos estamentos e da ruralização da Europa, a força política e econômica restou titularizada pelos senhores feudais que o exerciam de forma descentralizada e fragmentada, o que enfraquecia severamente a força dos monarcas. Estes, por sua vez, logo trataram de expandir suas influências e, no ímpeto de concentrar o poder em suas mãos, promoveram a distribuição de títulos e benefícios às lideranças locais, conclamando o povo a segui-los. A estratégia deu certo e em pouco tempo os Estados Estamentais foram transformados em Estados Absolutos, como assevera Jorge Miranda: “Mas o Estado estamental cedo seria substituído pelo Estado absoluto, o qual, afirmando o princípio da soberania, não mais aceitaria qualquer interposição a separar o poder do príncipe e os súditos” (MIRANDA, 2000, p. 43).

O poder, assim, passou a ser concentrado nas mãos dos monarcas e justificado pela vontade divina alardeada pela igreja, ausente de filtro de limitação, em que os detentores do poder que passaram a exercer sua vontade soberanamente.

Mas, como assentado linhas acima, tal prenúncio não se manteve, pois a contínua subordinação ao monarca frustrava os interesses da classe que ganhou força a partir da reformulação da economia europeia: a burguesia. E é através da influência burguesa e seu espírito não intervencionista que a Escola Clássica dos Direitos Naturais vai formatar as teorias contratualistas que levaram o absolutismo monárquico à decadência, ao se instaurar o Estado Liberal.

Destacam-se, as considerações de Norberto Bobbio acerca deste processo, enaltecendo o individualismo em contraposição ao organicismo:

Historicamente, o estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crises mais agudas, de uma ruptura revolucionária (exemplares os casos da Inglaterra no século XVII e da França do fim do século XVIII); racionalmente, o estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura. Enquanto o curso histórico procede de um estado inicial de servidão a estados sucessivos de conquista de espaços de liberdade por parte dos sujeitos, através de um processo de gradual liberalização, a doutrina percorre o caminho inverso, na medida em que parte da hipótese de um estado inicial de liberdade, e apenas enquanto concebe o homem como naturalmente livre é que consegue construir a sociedade política como uma sociedade com soberania limitada. [...] O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade, a concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa, como sustenta o organicismo em todas as suas formas, segundo o

qual a sociedade é anterior aos indivíduos ou, conforme a forma aristotélica destinada a ter êxito ao longo dos séculos, o todo é anterior às partes (BOBBIO, 2004, p.14-15).

O ponto nevrálgico diz respeito ao exercício absoluto e ilimitado do poder por parte do monarca, que estaria comprometido segundo os contratualistas através pelos direitos naturais e o contrato social. Nesse sentido, a legitimação do exercício do poder adviria do povo e somente para o bem dele deveria ser exercido. O afloramento desse ideal de bem comum, conduz à sociedade o dever de proteção, que passou a ser vista como um artifício para a manutenção dos direitos naturais do homem concebido como indivíduo autônomo e singularmente considerado. Em breve síntese, esses foram os elementos que caracterizaram o projeto liberal.

É nesse sentido que o referido autor traduz o pressuposto filosófico do Estado Liberal em contraposição ao Estado Absoluto:

O pressuposto filosófico do Estado liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segunda a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer à força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros (BOBBIO, 2004, p. 11).

Quando a distribuição de poder, sentiu-se a necessidade de organização e distribuição o poder através de estruturas formatadas por leis gerias (fundamentais ou constitucionais), em que o mesmo seria exercido dentre destes limites pré-estabelecidos. O Estado de Direito, então, fruto das concepções liberais, passa a vincular e limitar o exercício do poder às normas, segundo Rousseau, pelo povo e para o povo. Vale ressaltar que este processo confere fundação aos ideais professadas no Constitucionalismo.

Outrossim, como consequência do Estado Liberal foi a consequente limitação do poder do soberano através do Estado de Direito, um sentimento de proteção de alguns direitos mínimos considerados como invioláveis, inalienáveis e naturais ao homem foram ganhando força e fundamento a partir dos teóricos do jusnaturalismo e do contratualismo. Em seguida, foram declarações que bradavam a luta e o respeito por tais direitos.

Fábio Konder Comparato sinaliza este momento originário dos direitos humanos:

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada (COMPARATO, 2007, p. 86).

O Estado Democrático de Direito, fruto do liberalismo político, apenas foi implementado em razão da existência dos direitos naturais, que passaram a ser considerados como núcleo duro intangível da ingerência estatal. Tal núcleo se estabeleceu na base dos sistemas jurídicos modernos, que expressamente os declararam em suas constituições.

Em passagem esclarecedor do jusfilósofo Norberto Bobbio:

[...] quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis (BOBBIO, 2004, p. 18-19).

Dito isto, e devidamente contabilizada a importância dos ideais modernos, cumpre enfrentar à problemática referente ao constitucionalismo democrático através da compreensão da jurisdição constitucional.

III O princípio democrático no Modelo norte-americano

Nesse momento, pretende-se contabilizar a experiência democrática americana e os influxos que levaram a formação da jurisdição constitucional, para assim compreender a relação histórica do constitucionalismo na Modernidade.

Não se pode olvidar da história do constitucionalismo norte-americano caso se intente falar em jurisdição constitucional. É no escorço da independência americana e nos ajustes de formação de sua soberania que se moldam os primeiros debates acerca dos conceitos basilares que desenvolverão o atual panorama acerca do envolvimento entre direitos humanos e democracia.

Nunca é demais lembrar que a Constituição dos Estados Unidos da América, semente do Estado Constitucional Moderno, foi fruto da união das treze colônias contra a coroa inglesa, em nítida concentração de forças para diminuir a intervenção em território americano, aumentando a participação dos colonos na gerência de suas liberdades. É, assim, um

movimento revolucionário que visa basicamente a autodeterminação e o autogoverno que – embora atribuídos aos gregos o gênio democrático – traz uma preocupação original, ausentes em quaisquer discussões anteriores: é imprescindível relacionar a ideia de democracia com o apontamento de alguns direitos e garantias mínimas sem as quais aquela não poder prosperar.

O espírito democrático, a partir do constitucionalismo americano, acaba criando raízes entrelaçadas a um conceito que deverá ser observado e garantido sob pena de esfacelamento da própria soberania popular, qual seja, o conceito de direitos humanos – ou seja, direitos dos cidadãos americanos.

Fez-se necessário traçar o longo caminho percorrido por essa nova concepção de soberania popular, revisitando o embate teórico desenvolvido por federalistas e antifederalistas, representantes do liberalismo e republicanismo americanos, até que se chegue na Doutrina Marshall, considerado como grande divisor no *Judicial Review*.

III. I O debate entre federalistas e antifederalistas

Como se sabe, a independência dos Estados Unidos da América foi declarada em meados de 1776, mas sua Constituição somente foi promulgada em 1787, depois de uma Convenção Federal realizada no Estado da Filadélfia que substituiu os artigos da Confederação de 1781. Vê-se, então, que existiu um interregno de 11 anos entre a Declaração de Independência e a Constituição dos norte-americanos, tempo em que houve uma intensa disputa política pela formatação do exercício democrático.

Mais detidamente, indo às minúcias, ante o estabelecimento do autogoverno americano a partir de 1776, uma vez desatado dos compromissos com os ingleses, livres agora para determinar sua marcha local, não era de se estranhar uma mobilização que tivesse como consequência a desestabilização político-institucional do novo regime. As maiorias de momento passaram a lutar por interesses individuais, estabelecendo privilégios díspares entre as mais variadas legislaturas locais, desorganizando a Federação. Vários levantes populares que se disseminaram foram vistos como uma ameaça ao Estado recém estruturado, como faz exemplo o movimento que ficou conhecido como “Rebelião de Shays”³.

Esse enfrentamento de forças restou evidenciado ante as campanhas de ratificação ou não-ratificação do novo texto constitucional por parte das forças políticas presentes na Confederação de 1787, polarizando os favoráveis ao novo texto constitucional como

³ A Rebelião de Shays ficou assim conhecida por ter sido liderada pelo veterano de guerra Daniel Shays, tendo sido originada no Distrito de Massachusetts. Declarada a independência dos Estados Unidos, as companhias britânicas começaram a exigir o pagamento de seus créditos junto aos colonos americanos, na sua maioria pequenos e médios fazendeiros. Se vendo sem alternativas, em meio a uma depressão econômica, vários tiveram de vender suas terras para saldar as dívidas, gerando uma grande revolta armada, que logo foi suprimida pelas milícias de Lincoln.

federalistas e os desfavoráveis como antifederalistas. Mesmo ratificada a Constituição Norteamericana o embate perdurou, resultando nas compilações das publicações oficiais e pseudônimas (isto porque os escritos eram assinados sob o codinome “Publius”) da época da convenção, capitaneadas por John Jay, Alexander Hamilton e James Madison de um lado, e Thomas Jefferson do outro, e que ficaram conhecidas como *O Federalista* e *O Antifederalista*.

Nesse sentido incumbe destacar uma nota do Professor de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires (UBA), Roberto Gargarella:

Havia os que lutavam por uma Constituição voltada a potencializar a voz das maiorias; havia os que queriam orientá-la, especialmente, a garantir a situação dos grupos minoritários; ao mesmo tempo, quase todos queriam utilizá-la como forma de reorganizar a distribuição de poderes entre o governo central e os diferentes estados. Isso explica o fato de que nem todos dessem o seu consentimento diante da Constituição elaborada pela Convenção Federal de 1787. Aqueles que, ao finalizar a Convenção, a aprovaram, ficaram definitivamente com o nome de federalistas. Enquanto que os que se negaram a respaldar o novo texto com a sua firma foram chamados de antifederalistas. Também receberam esse mote, por extensão, aqueles que foram críticos do texto aprovado (GARGARELLA, 2006, p. 169-170).

O debate dos federalistas com os antifederalistas, e, por via de consequência, do modelo Marshall de jurisdição constitucional, surge justamente a partir desta dinâmica, no intuito de, estabelecer limites às legislações locais, mas preservar o espírito do jogo democrático. Mais uma vez merece transcrição uma passagem da obra de Gargarella:

É de se notar, igualmente, que esse debate em torno dos alcances do Poder Legislativo e a relação representantes-representados apareceu, não por acaso, nos momentos iniciais da Convenção Federal. Não foi estranho, então, que a maior parte dos delegados constituintes chegasse à Convenção animada por iguais convicções: devia-se mudar, de forma radical, o sistema de tomada de decisões, se é que se queria evitar, no futuro, que as Legislaturas fossem meras caixas de ressonância das demandas populares. A Legislatura –assumiam– devia ter a possibilidade de discutir com calma e com cuidado as propostas apresentadas pela cidadania. Isso diante da certeza de que a estrutura de governo então vigente não havia sido capaz de garantir uma suficiente “independência” dos representantes, que costumavam ficar à mercê do clamor majoritário (GARGARELLA, 2006, p. 173).

Feito esta incursão, cumpre adentrar nas razões e fundamentações dos convencionistas defensores da ratificação da nova constituição para em seguida esmiuçar os contrários, partidários da ilimitação da vontade popular.

Embora também se tenha atribuído a autoria dos escritos que deram origem ao *O Federalista* a John Jay e Alexander Hamilton, não restam dúvidas que a maior liderança dos partidários da limitação do legislador pode ser atribuída a James Madison. Sua maior preocupação estava voltada para a possibilidade de uma tirania das maiorias, ou seja, de um governo liderado por facções descomprometidas com o bem comum. As experiências mais recentes sentidas entre a Proclamação da Independência de 1776 e a Convenção Federal de

1787 serviram de inspiração às ideias intervencionistas. Vários foram os governos constituídos de paixões efêmeras e maiorias momentâneas, empobrecendo o debate público e oprimindo minorias não representadas democraticamente. Para Madison, esta forma de governar somente revestia de legalidade aquilo que antes era conseguido através da força e das armas.

Relevante se faz transcrever passagem de Madison na obra *O Federalista nº 10*:

A instabilidade, injustiça e confusão introduzidas nos conselhos públicos, têm sido, na verdade, doenças mortais sob cujos golpes os governos populares por todo o lado pereceram; tal como continuam a ser os tópicos favoritos e frutíferos de que os adversários da liberdade extraem as suas mais ardilosas declamações. Os valiosos aperfeiçoamentos introduzidos pelas Constituições americanas nos modelos mais populares, tanto antigos como modernos, certamente que não podem ser admirados em demasia; mas seria uma injustificável parcialidade argumentar que têm evitado o perigo vindo deste lado tão eficazmente como era desejado e esperado¹. Ouvem-se por todo o lado queixas dos nossos mais considerados e virtuosos cidadãos, igualmente amigos da honestidade pública e privada, e da liberdade pública e pessoal; que os nossos governos são demasiado instáveis; que o bem público é menosprezado nos conflitos de partidos rivais; e que as medidas são com demasiada frequência decididas, não de acordo com as normas da justiça e com os direitos do partido minoritário, mas pela força superior de uma maioria interessada e opressora (MADSON, 1993, p. 15).

A centralidade do debate entre federalistas e antifederalistas se resumia, então, em adotar ou não um sistema que fosse capaz de frear o ímpeto de uma maioria casual e descomprometida com o espírito coletivo, capaz de, no frescor do novo regime, desestabilizar as instituições recém inauguradas. O ponto chave da Convenção Federal foi justamente o de erigir ou não controles sobre o poder, criando um sistema de freios e contrapesos. Os federalistas, adeptos da limitação, defendiam a criação de um sistema em que os poderes estivessem parcialmente separados e parcialmente vinculados entre si, de modo que houvesse um mútuo controle capaz de evitar desmandos e posturas desarrazoadas. De outro lado, os antifederalistas lutavam pelo estabelecimento de uma separação simples e estrita dos poderes constituídos, erigindo a vontade popular no mais alto grau das estruturas de poder.

Compele citar mais uma vez Gargarella:

Frente ao diagnóstico anterior, não era de se estranhar que toda a artilharia teórica da Convenção Federal se orientasse a erigir controles sobre o poder. A grande “criação” dos convencionais consistiu, por isso, no sistema de “freios e contrapesos” –um óbvio reflexo daquela urgente preocupação por remediar os males que até então não se havia sido capaz de evitar. Como disse Hamilton, “[se dermos] todo o poder às maiorias, elas oprimirão a minoria. [Já se dermos] todo o poder à minoria, ela oprimirá as maiorias. Do que precisamos, então, é dar poder a ambos os grupos [para evitar assim o risco das opressões mútuas]” (Hamilton, em Farrand, 1937: vol. 1: 288). Essa e não outra foi a origem do desde então famoso sistema de “freios e contrapesos” (GARGARELLA, 2006, p. 176).

Nesse sentido, as publicações de *O Federalista* lograram êxito e a Constituição de 1787 foi ratificada sob a inspiração de um sistema de freios e contrapesos, tendo adotado algumas medidas de limitações mútuas entre os poderes estabelecidos: dividiu o legislativo em duas câmaras (sistema bicameral); previu o veto presidencial; e prescreveu a possibilidade de sobreposição do legislativo sobre o veto presidencial, todas de forma expressa e explícita na constituição.

A revisão judicial, no entanto, seguiu outros rumos. Embora fosse defendida pelos federalistas, como se pode retirar da passagem de *O Federalista* nº 78, não foi consagrada expressamente na Carta Magna de 1787, tendo sido seu reconhecimento inferido pela prática dos tribunais no célebre caso *Marbury versus Madson*. Mas esta temática será trabalhada oportunamente no tópico seguinte, pelo que nos incumbe agora dar continuidade e finalizar as pretensões pertinentes ao debate entre federalistas e antifederalistas.

O debate, assim, não restará completo sem que seja observado o legado deixado pelas argumentações antifederalistas. Estes, por sua vez, como já explanado linhas acima, defendiam uma maior abertura do princípio democrático, pregando uma participação massiva do povo na gestão da coisa pública. Thomas Jefferson, mais detidamente, acreditava na soberania popular como representante suprema do bem comum, demonstrado um certo receio de retomadas aristocráticas.

Mas os antifederalistas não rechaçavam enfaticamente o *Judicial Review*. Derrotados na Convenção Federal, temendo o modelo de democracia representativa ratificado pelos convencionistas, prevendo possíveis experiências aristocráticas que concentrassem o poder nas mãos de pequenas elites, exigiram a inclusão no texto constitucional de uma carta de direitos que garantissem um mínimo substancial aos cidadãos americanos. Foi assim que o *Bill of Rights* foi incorporado na Carta Maior em 1791.

É o que atesta Bianca Stamato:

Logo, para garantir que a maioria que detivesse o poder não atentasse contra os direitos inerentes à personalidade, que cada cidadão possui pelo simples fato de ser uma pessoa humana, os Antifederalistas entendiam ser necessário acrescentar à Constituição americana uma carta de Direitos, a chamada “Bill of Rights”, que, em 1791, foi incluída ao texto constitucional por meio das dez primeiras emendas. Como decorrência do rol de direitos individuais na Constituição, justificava-se a necessidade do exercício de controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo pelo Poder Judiciário (STAMATO, 2005, p. 33-34).

Eis o grande legado dos anseios antifederalistas. Positivar um núcleo de direitos individuais dos cidadãos americanos que não pudesse ser tocados por futuras reformas legislativas. O temor de se ver governado por elites políticas e econômicas levou os

antifederalistas ao império dos direitos, abrindo mão, de certa forma, da ilimitação da soberania popular. É claro que isso leva a uma transformação no conceito de governo democrático, até então capitaneado pelo princípio popular, que agora passa a representar uma nova tessitura na teoria política moderna. Ao se falar em democracia, depois das experiências americanas, está necessariamente se incluindo dentro de um sistema positivado de distribuição e separação de poderes uma noção de direitos mínimos emoldurado em uma estrutura rígida de transformação constitucional.

A Revisão Judicial será, assim, uma decorrência lógica da necessidade prática que os governos pautados em uma Democracia de Direito passaram a ter para fiscalizar a criação legislativa. Geridos por um conteúdo mínimo inalienável propugnado constitucionalmente, o Poder Legislativo não poderá ultrapassar a barreira de direitos estendida pelos convencionalistas, necessitando da ingerência externa e controladora do Judiciário.

Mas estas são ilações construídas através de um raciocínio lógico-hermenêutico, inferidas implicitamente, portanto, do texto constitucional pós 1791. Para alçar *status* de imprescindibilidade e ganhar legitimidade, o *Judicial Review* precisou ser fortalecido pela prática constitucional dos tribunais americanos da época.

III.II A doutrina Marshall

Como dito alhures, o controle jurisdicional não encontrou respaldo expresso na constituinte americana, tendo sido fundamentado e legitimado pela prática constitucional perpetrada pelos tribunais a partir da decisão proferida pelo juiz Marshall. Além disso, percebe-se a importância que o debate entre federalistas e antifederalistas teve na formação da jurisdição constitucional, introduzindo no cenário oitocentista americano não só o ideal de limitação do legislador derivado, como também de uma carta de direitos. Incumbe-nos agora entender um pouco mais acerca das circunstâncias que levaram a criação e aplicação do novel instituto garantista.

De início, cumpre esclarecer que havia um intrigante jogo político por detrás do julgamento do caso que acabou virando o mártir do controle de constitucionalidade, qual seja, *Marbury versus Madison*. Os federalistas, vitoriosos na Convenção Federal, logo ascenderam à presidência dos Estados Unidos, através de seu ilustre representante John Adams. Acontece que, Adams foi derrotado por Thomas Jefferson na eleição seguinte, e, às vésperas de dar posse ao novo presidente, nomeou vários juízes federais, dos quais um era William Marbury – este caso ficou conhecido como *Midnight Judges*. Jefferson, por sua vez, assim que iniciou seu mandato, nomeou James Madison como seu Secretário de Governo, dando ordens para

que este não conferisse posse a Marbury. Diante da negativa de Madison, Marbury impetrou um mandado de segurança na Suprema Corte. Coube então ao juiz Marshall a decisão do *mandamus*.

Não é demais esclarecer que Marshall era um juiz federalista, nomeado por Adams, mas que logo se preocupou em não alardear a conjuntura política que envolvia o caso. Marshall, então, buscou proferir uma decisão cautelosa, já que a força política e o apoio popular de Jefferson poderiam inviabilizar a execução da decisão, mas ao mesmo tempo uma decisão apta a consagrar a supremacia constitucional e a vinculação do legislativo a constituinte.

Segundo Marshall, a Constituição dos Estados Unidos confere ao Presidente determinados poderes políticos, dentre os quais a nomeação de juízes é um deles. Não obstante, a nomeação de Marbury foi aprovada à unanimidade no Senado, tendo sido revestida dos mais amplos aspectos de legalidade. Não caberia a Madison, desta forma, qualquer razão para negar posse ao juiz nomeado na legislatura antecedente, lhe cumprindo tão somente o estrito cumprimento do dever legal de nomear Marbury.

Segue transcrição nesse sentido:

Quando elle já houver feito qualquer nomeação, é certo que já terá exercido aquelle poder em toda sua plenitude, e que de todo já terá applicado ao caso sua discricção. Si por lei o funcçionario é amovivel *ad libitum* do presidente, nesse caso outra nova nomeação poderá ser feita immediatamente, e os direitos do funcçionario se perimem. Porém, como um facto que existiu não pode de forma alguma ser tido como si nunca tivesse existido, a nomeação não pode ser reduzida a nada; e, consequentemente, si o funcçionario não é, por lei, amovivel a vontade do presidente, os direitos que elle adquiriu são amparados pela lei e permanecem fora da alçada da acção presidencial. Taes direitos não podem ser extinctos pela vontade executiva; e assiste ao funcçionario jús e acção para defendel-os do mesmo modo como se derivassem de outra fonte (MARSHALL, 1997, p. 15).

Mas havia uma questão preliminar a ser analisada antes da concessão do *mandamus*. A Lei Judiciária do país somente previa o Mandado de Segurança junto à Suprema Corte, exceto para embaixadores e cônsules, em sede de apelação, em segundo grau de jurisdição. Portanto, Marshall denega a ordem, aduzindo vários argumentos que sustentam a repartição do judiciário em órgãos inferiores e superiores, cabendo a este último o reexame das questões constitucionais. Há de se ressaltar, assim, que o controle de constitucionalidade estabelecido no modelo norte-americano optou pela estratégia difusa, partindo da análise prática dos casos levados a cabo pelos particulares litigantes. E, resta claro na fundamentação de sua decisão que todos os juízes terão legitimidade para apreciar as questões constitucionais. Destaca-se:

Declara-se na distribuição do poder judiciário que o Supremo Tribunal terá jurisdição originária em todas as causas concernentes a embaixadores outros ministros publicos e cônsules, e nos litigios em que for parte um Estado. Em todas as outras causas o Supremo Tribunal terá jurisdição em gráo de recurso (MARSHALL, 1997, p. 22).

Abre-se, todavia, uma margem para ilações críticas quando os americanos estabelecem um sistema de precedentes judiciais de efeito vinculante a todos os juízes e demais tribunais, no sentido de concentrar o poder decisório nas mãos dos componentes da Suprema Corte.

Cumprir destacar, ainda, que ao final de sua decisão o juiz Marshall faz menção ao que depois será chamado de princípio da Supremacia da Constituição e Jurisdição Constitucional:

Não é de todo indigno de nota que ao declarar que será a suprema lei do paiz, a constituição a si mesma se nomeia em primeiro logar e não dá tão alta graduação as leis dos Estados Unidos em geral, mas só aquellas que se decretarem para a execução da constituição. Assim a phraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escriptas, segundo o qual é nulla qualquer lei incompativel com a constituição; e que os tribunaes, bem como os demais departamentos, são vinculados por este instrumento (MARSHALL, 1997, p. 29).

Para justificar esta posição, extraindo o conceito e a legitimidade do princípio da supremacia da constituição, Marshall teve que fazer uma inferência lógica do artigo VI da Constituição de 1787, que, em parte, aduz:

Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. Os Senadores e Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição (Constituição Norte-America de 1776, Seção VI).

Não se pode deixar de notar, portanto, que a conjuntura que envolveu o caso nada mais foi que uma reedição do já propalado debate entre federalistas e antifederalistas. Marshall acaba por conceber o controle de constitucionalidade, inserindo-o no sistema de freios e contrapesos consagrado pelos convencionistas de 1787, promovendo um controle dos atos do poder legislativo por parte do judiciário. Mas ele toma o devido cuidado ao justificar a possibilidade de controle externo, aduzindo que este não passava de um provimento meramente declaratório inferido do próprio texto constitucional, o que não caracterizaria uma interferência nos atos de governo.

Esta preocupação também é sentida por Stamato, quando assevera:

Enfrentava-se, assim, situação difícil. Indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou Croskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação, era resultado insatisfatório. A corte de modo muito inteligente e hábil, procurou, então, mascarar o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, assim decidiu: Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar posse a Marbury; e, de acordo com os princípios do Common Law, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Não cabia, porém, o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não podia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, inconstitucional e nulo o art. 13 dessa lei, que atribuía à Corte Suprema Competência originária para expedir ordens de *mandamus* (STAMATO, 2005, p. 64).

Conclui-se, então, que a doutrina Marshall conseguiu modular de forma eficiente e hábil as forças que lutavam pela supremacia de seu ideal político, pois manteve as posições adotadas pela Convenção Federal, de maior parte federalista, inaugurou a Revisão Judicial e acalmou o brios dos populares antifederalistas.

Por fim, essas foram as breves considerações acerca da inauguração do controle de constitucionalidade inferidas das experiências norte-americanas. Assegurado o princípio da Supremacia da Constituição, se pode construir todo um arcabouço teórico que formatou a Jurisdição Constitucional e implementou o ideal da vinculação aos direitos a centralidade do problema democrático. Passemos, a contrapor as ideias americanas com a reformulação austríaca perpetrada por Hans Kelsen.

IV Jurisdição Constitucional na Áustria

IV. I O modelo austríaco

Diferentemente dos americanos, os austríacos previram um controle de constitucionalidade concentrado para a análise das questões constitucionais, inculcando em um só órgão a legitimidade na constatação de compatibilidade com a lei maior. Havia, ademais, a necessidade de se promover uma ação específica perante a Corte Constitucional para ver sanada qualquer ilegalidade, caracterizando, assim, a via direta de controle.

Via-se, ainda, uma espécie de controle das leis consideradas em si mesmas, desvinculadas de quaisquer operações de cunho prático, fático ou moral. Acreditava-se que havia um sistema jurídico hermeticamente fechado e sistematicamente legitimado pelas leis postas, ordenadas hierarquicamente a partir da constituição.

Não se pode, todavia, falar do controle de constitucionalidade austríaco sem antes adentrar no espectro da justificação filosófica, bem como no idealizador deste sistema

jurídico. Hodiernamente, não se refuta a ideia de que o modelo austríaco de controle de constitucionalidade é originário da construção teórica de Hans Kelsen. É da obra deste jusfilósofo que se induz toda estrutura de controle judicial previsto na constituição austríaca de 1920, e que será esmiuçada linhas adiante. Assim, assenta Stamato:

Inicialmente, deve-se destacar, como contraponto, que o controle judicial de constitucionalidade das leis na Áustria não surgiu da prática constitucional, a exemplo dos Estados Unidos, mas sim da construção dogmática de um homem, Hans Kelsen. A jurisdição constitucional na Áustria teve seu advento a partir da previsão expressa no documento constitucional de 1920. Por tratar-se de cláusula formalmente constitucional, ela previu o órgão legitimado para o exercício de tal poder e o modo pelo qual se prestaria a jurisdição nesses casos, instaurando um modelo concentrado e pela via direta de controle de constitucionalidade. Concentrado, porquanto apenas um órgão era dotado de legitimidade para apreciar questões acerca da constitucionalidade. Pela via direta, porquanto a jurisdição era provocada por meio de ação específica, cujo objetivo é a análise *in abstracto* da compatibilidade de uma determinada lei com a constituição, alheia a qualquer lide entre particulares (STAMATO, 2005, p. 74).

Mas para melhor compreender o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, que é feito de forma abstrata e por via direta, concentrando a legitimidade em um único órgão, temos de nos deter com mais afinco às proposições de Kelsen.

IV. II O Controle de Constitucionalidade de Hans Kelsen

Cumprindo esclarecer de início que Hans Kelsen, seguindo os preceitos epistemológicos modernos, procurou elevar o direito à categoria de ciência, excluindo do conceito de seu objeto (o próprio direito) quaisquer referências estranhas, especialmente aquelas de cunho sociológico e axiológico. Kelsen isolou e simplificou o objeto a ser conhecido, integrando o direito às exigências da cientificidade de sua época.

José Manoel de Sacadura Rocha, ao tecer algumas considerações acerca da teoria de Kelsen, assevera:

Kelsen, na tentativa de fazer do Direito uma ciência, nos leva a ‘abrir’ outras discussões sobre um sistema normativo com base em uma lógica jurídica formal. Se essa norma é formal, podemos dizer que é direito posto (feito pelo homem para o homem). Kelsen tem o desejo de elaborar uma teoria pura para uma base científica jurídica, e é por esse motivo que o Direito de Kelsen deixa de ser uma ciência humana para ser uma ciência quase exata (Direito Positivo). E a ciência do Direito se transforma em puro normativismo, fundamentada em uma extrema lógica formal jurídica (ROCHA, 2007, p. 115).

Mas é trabalhando as ideias contidas nos princípios de causalidade e imputação que o filósofo austríaco busca a aproximação do direito às ciências naturais. A guinada cientificista do iluminismo humanista do século XVIII deixou a herança das certezas objetivas e

matematizantes atestada pelo princípio causal, que foi muito bem transformado por Kelsen em imputabilidade ou imputação.

Segundo o autor, nas proposições tidas por jurídicas, ou seja, aquelas através das quais o direito descreve seu objeto, é aplicado um princípio análogo àquele das ciências da natureza, tido como uma ordenação de causa e feito, ou princípio da causalidade. Trata-se de imputação que adere às condutas humanas uma tipificação legal produzida pela autoridade competente. É assim que ele consegue aproximar o direito do objetivismo asséptico exigido pela ciência positivista (KELSEN, 2012, p. 86-87).

O positivismo normativista de Kelsen propôs, assim, uma reestruturação do que viria a ser chamado de “ciência do Direito”. Isolando o objeto a ser estudado e conhecido, qual seja, as normas postas, e utilizando-se dos frutos advindos do princípio da imputação, o filósofo austríaco cria um sistema fechado e hierarquizado de normas, legitimado por uma norma fundamental posta que serve como fonte comum de validade a toda estrutura normativa que compõe o ordenamento jurídico.

O Direito concebido enquanto ciência passou a preocupar-se com o conjunto de normas jurídicas efetivamente postas por um determinado estado a partir de uma norma fundamental que alimentará de legitimidade e autoridade todas as outras normas que dela decorrerão. Esta norma fundamental posta, por sua vez, será estabelecida pelo costume ou pela elaboração de um estatuto global específico que trate da formulação, elaboração e aplicação das demais leis que serão produzidas a partir da primeira. Existirão, assim, diversas camadas ou níveis de normas jurídicas. (KELSEN, 2012, p. 246.)

Há que se pontuar, todavia, e esta será a base de uma série de críticas formuladas ao autor da *Teoria Pura do Direito*, que Kelsen também tratou de uma norma fundamental pressuposta legitimadora da norma fundamental posta. Partindo da ideia de que somente uma norma fundamenta a existência e validade de uma outra norma, o autor conclui que a norma fundamental posta deflui logicamente de uma outra norma, também fundamental, que, desta vez, será pressuposta, preexistente à primeira (KELSEN, 2012, p. 224).

Interessante uma transcrição neste sentido:

Como já anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta (KELSEN, 2012, p. 260).

Não se pode olvidar, doutra parte, que a construção teórica do controle de constitucionalidade de Kelsen passa necessariamente pela identificação de uma realidade que compõe os sistemas jurídicos em geral, e que ele chamará de estática. Essa condição pode ser muito bem representada pela famosa metáfora da pirâmide das normas jurídicas, em que as normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, em especial os tribunais, compõem a base da pirâmide, e em sua parte superior estarão as normas gerais criadas pelo legislador (CRUZ, 2004, p. 115).

O que é interessante pontuar aqui é que, a partir de uma estruturação sistemática e hierarquizada de normas que compõem determinado ordenamento jurídico, cunhadas a partir de uma norma fundamental posta, qual seja, a constituição, Kelsen acaba elaborando um modelo eficaz e, de certa forma, objetivo, de controle de legalidade da produção normativa.

Partindo do pressuposto de que o Direito é este sistema hierarquizado de normas dentro de um determinado ordenamento jurídico, processado através da norma fundamental posta, não se pode afastar a ideia de que cada camada de normatividade produzida está alicerçada no seu respectivo grau hierárquico, promovendo um inarredável controle de legalidade.

Mas para bem delinear a proposta kelseniana temos de tratar também da realidade dinâmica do sistema jurídico, em complementação à estática. Para além da estática jurídica, Kelsen insere uma faceta dinâmica ao direito, reconhecendo a atividade criadora aos aplicadores da norma. O ato de aplicação do direito passa a ser visto também como um ato de criação, afastando a velha ideia dualista e reformulando a já consagrada tripartição dos poderes. Incluindo a ideia de volição, de vontade aos atos jurídicos autorizados a pessoas investidas de cargos públicos ligados à aplicação da norma, Kelsen reconhece um certo grau de discricionariedade e criação ao poder judiciário, antes visto tão somente como boca da lei (CRUZ, 2004, p. 117-118).

O direito passaria a regular sua própria criação e o Estado se recriaria incessantemente a partir daí, num eterno e dinâmico processo de criação e recriação. Estaria assegurada a independência do Direito. Ora, como a constituição é quem regula o processo de elaboração das leis e aplicação do direito, o controle de constitucionalidade alimentaria este processo de criação e recriação, tornando o Direito autossuficiente e independente. O Direito, ou a ciência do Direito, estaria livre para seguir seu destino prescindindo da política, axiologia ou sociologia.

É partir do desenvolvimento dessa ideia de dinâmica dos sistemas jurídicos que Kelsen vai propugnar pela concentração do controle de constitucionalidade em um único órgão, a Corte Constitucional, que exercerá uma atribuição de verificação não de existência de leis inconstitucionais, mas sim de validade e eficácia de leis inconstitucionais existentes, mas incapazes de gerar efeitos por contrariar norma hierarquicamente superior (CRUZ, 2004, p. 122). Neste sentido, uma passagem expressa da obra do próprio autor:

A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade. Todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de trata-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório. Somente na medida em que o direito positivo limite esse poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de ato jurídico e de decidir sobre sua regularidade, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que um ato que sofra de um vício jurídico pode não ser considerado *a priori* nulo, mas somente anulável (KELSEN, 2003, p. 140-141).

Desta feita, o controle de constitucionalidade seria um procedimento especial em que se revogaria, se retiraria os efeitos de uma norma existente, mas inválida, ineficaz. Está se falando de uma revogação indireta mesmo, num claro processo de criação normativa. Por isso uma corte especial, um procedimento especial, concentrado, direto e abstrato.

V Conclusão

Ao ser feita a análise histórica, percebe-se que não é de hoje que se fala das consonâncias e dissonâncias entre jurisdição constitucional e democracia, bem como das tentativas de conciliar o controle de constitucionalidade com o princípio democrático. Um longo e árido debate acerca da democracia se estabelece em oposição ao exercício de soberania.

Inicialmente, buscou-se compreender a formação do sujeito moderno e o projeto liberal do Séc. XVIII com a transposição do *Ancien Régime*. Para isso, fez-se necessário reatar a produção do saber acerca da democracia ao longo da história do Ocidente.

Destacou-se, a formação do Estado Liberal na Modernidade, em remissivo ao ideal democrático, ao relacionar o momento em que surge o Estado Moderno bem como em que é transposto o absolutismo monárquico. Nesse sentido, foi feita análise da formação legitimadora do estado através do contrato social que antecedeu as declarações de direito do Séc. XVIII e as constituições democráticas do por vir.

A compreender o papel da jurisdição constitucional em face do Estado. Isto porque, não é difícil encontrar argumentos aduzindo que a força normativa das constituições modernas, pautadas pela rigidez e limitação do legislador derivado. Mas, também, vê-se, em sua oposição, a perda de legitimidade quando confrontados o sentimento de soberania do povo representado pelo majoritarismo.

Mas o debate perde em precisão e não avança epistemologicamente se não atentarmos para uma correta delimitação dos conceitos envolvidos, determinando o real alcance e amplitude dos alicerces que envolvem a temática. Trata-se de um esforço de revolver as origens históricas mais recentes e debater os possíveis sentidos dados à jurisdição constitucional, para, a partir daí, fazer uma relação com o sentimento de ausência de legitimação democrática dessas decisões.

Assim, considerando os Estados Unidos como berço do constitucionalismo moderno, precursor do controle jurisdicional da constituição, nos debruçaremos nos debates que deram origem à imposição de limites ao legislador, criando essa pseudo dualidade entre direitos mínimos e democracia. O embate argumentativo travado entre federalistas e antifederalistas foi o ponto de partida para que se compreenda a Doutrina Marshall, ao contemplar o primeiro modelo de controle de constitucionalidade criado até então.

Não obstante o modelo norte-americano ter sido a origem e o precursor da jurisdição constitucional, cumpriu analisar também os apontamentos acerca do controle jurisdicional propostos pelo austríaco Hans Kelsen, haja vista não só a importância teórica do dogmatismo positivista de Kelsen, mas também por ser sua proposta uma antítese da norte-americana.

Esclarecidas as origens históricas e as razões aduzidas para a criação do controle de constitucionalidade. Por fim, buscou-se a conciliação entre o espírito constitucional e o princípio democrático, através da proposta deliberativa de democracia, na convivência dos direitos fundamentais harmoniosamente com o exercício democrático.

Nesse sentido, busca-se uma possível resposta conciliatória a este embate propugnado pela corrente do contramajoritarismo, desenvolvendo a ideia deliberativa de democracia.

VI Referências

ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**: a Filosofia do Renascimento. Lisboa: Editora Presença, 2000.

CONSTANT, Benjamim. **Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos.** Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2014.

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

DESCARTES, René. **Discurso do Método: Regras para Direção do Espírito.** São Paulo: Martin Claret Ltda, 2008.

FARIA, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa:** Habermas, Cohen e Bohman. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a04n50.pdf>. Acesso em: 11 de julho de 2014.

GARGARELLA, Roberto. **Em nome da constituição.** O legado federalista dois séculos depois. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. ISBN: 978-987-1183-47-0 Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf. Acesso em 30 de junho de 2014.

HAMILTON, MADSON E JAY. **O Federalista.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/97051991/Alexander-Hamilton-James-Madison-John-Jay-O-Federalista>. Acesso em: 04 de julho de 2014.

MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787-1788:** edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MIGUEL, Luis Felipe. **Promessas e limites da democracia deliberativa.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092001000200011&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 11 de julho de 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Vol. 1: Preliminares : a experiência constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

KANT, Immanuel. **Prolegômenos à toda metafísica futura.** Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0BwoC795HIzdhaTR4ZXVsZFdPMGM/edit?pli=1>. Acesso em: 04 de abril de 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ROCHA, José Manoel de Sacadura. **Fundamentos de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.