



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LETÍCIA RAMOS XAVIER RÉGIS
RA: 21233757

**A TRADIÇÃO DO RULE OF LAW E O CONCEITO DE JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL KELSENIANO: uma análise das condições constitucionais da
democracia pluralista**

BRASÍLIA
2019

LETÍCIA RAMOS XAVIER RÉGIS

**A TRADIÇÃO DO RULE OF LAW E O CONCEITO DE JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL KELSENIANO: uma análise das condições constitucionais de
contenção do poder estatal**

Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Professora-Orientadora: Msc. Cleise Nascimento Martins Costa

**BRASÍLIA
2019**

LETÍCIA RAMOS XAVIER RÉGIS

**A TRADIÇÃO DO RULE OF LAW E O CONCEITO DE JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL KELSENIANO: uma análise das condições constitucionais de
contenção do poder estatal**

Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Professora-Orientadora: Msc. Cleíse Nascimento Martins Costa

BRASÍLIA, 31 MAIO 2019

BANCA AVALIADORA

Professor Presidente

Professora Orientadora

Professor Avaliador

SUMÁRIO

Resumo	5
Introdução	5
A tradição continental e a constituição como instrumento de imposição de valores morais	7
A tradição anglo-americana e a constituição como instrumento de organização de um estado	9
Jurisdição constitucional e a constituição como corpo de normas	17
Conclusão	20
Referências	21

A TRADIÇÃO DO RULE OF LAW E O CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL KELSENIANO: uma análise das condições constitucionais de contenção do poder estatal

Letícia Ramos Xavier Régis¹

Resumo

Tendo em vista as sociedades modernas ocidentais pluralistas e a tensão entre direito e política, imposta pelo constitucionalismo do período do final do século XVII até o início do século XIX na Europa e no Estados Unidos, a relevância desse trabalho se mostra na investigação de como controlar eventuais abusos por parte daqueles que exercem o poder, daí, surge a principal demanda do constitucionalismo moderno, qual seja, de contenção do estado, a fim de evitar novas imposições autocráticas. Então, quais as condições constitucionais que permitem o controle do poder por meio do direito para assegurar legitimidade a um estado de direito? As hipóteses iniciais são que é preciso uma constituição como instrumento de organização de um estado dentro da lógica do controle de todo o exercício do poder; e que o poder judiciário é condição de possibilidade de equilíbrio entre poderes institucionais e sociais. O objetivo geral é investigar quais são as condições constitucionais dos modelos políticos constitucionais desenvolvidos ao longo da experiência na modernidade da Europa e nos Estados Unidos. O objetivo específico é analisar quais são as condições constitucionais que garantem legitimidade de um estado de direito pelo critério do consenso. A metodologia utilizada foi a comparação de fontes bibliográficas por meio da análise entre dois modelos teóricos de democracia constitucional. O desenvolvimento da pesquisa se dá pela comparação entre a tradição continental e o a tradição anglo-americana. Posteriormente, analisa qual é a contribuição da jurisdição constitucional por Kelsen para garantir a legitimidade do estado de direito de tradição continental. As hipóteses iniciais são confirmadas, conclui-se pela necessidade de um direito que reflita a lógica da constituição de controle do todo o poder através do direito dotado de caráter procedimental, bem como da necessidade da posição independente e imparcial do judiciário no exame da violação a direitos fundamentais, indispensável para garantia do pluralismo político e social.

Palavras-chave: Teoria da constituição. Tipos de estado de direito. Democracia. Jurisdição constitucional. Pluralismo.

1 Introdução

Ao longo do período do final do século XVII até o início do século XIX na Europa e nos Estados Unidos, uma série de movimentos políticos em vários países pretenderam limitar

¹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

a arbitrariedade estatal com a finalidade de proteção e salvaguarda dos direitos dos cidadãos. Esse movimento ficou conhecido como constitucionalismo cuja característica mais importante é a positivação de direitos fundamentais por meio de cartas que declaram os direitos dos cidadãos. A positivação de direitos fundamentais tem duas consequências, a primeira é esvaziar o poder do monarca de legitimidade enquanto autoridade divina que diz o direito, a partir de então a legitimidade do direito emana do próprio povo; e a segunda é garantir que os cidadãos tenham segurança de que mesmo que alguns direitos sejam contingenciados por lei, os seus direitos fundamentais são intangíveis pelo estado, que diante de lei que os ameace, é dever do estado se conter para garanti-los. A mudança de paradigma da legitimidade do estado moderno é o ponto de partida para a tensão entre direito e política na democracia constitucional.

Tendo em vista que as sociedades modernas ocidentais são pluralistas, um dos traços mais marcantes do liberalismo político que demanda a coexistência entre grupos e indivíduos com concepções de bem concorrentes entre si, o caminho para a legitimidade de um estado de direito deve ser um consenso mínimo entre os cidadãos que são submetidos ao poder do estado. De acordo com o critério de legitimidade através do consenso utilizado por Michel Rosenfeld (2001), a legitimidade prescinde do conhecimento com antecedência por parte dos cidadãos de quais são as consequências dos seus atos, mesmo que possivelmente em algumas situações devam ser constrangidos a executar algo contra a sua vontade. Dessa forma, o papel do direito é garantir aos seus cidadãos a previsibilidade das leis e das ações do estado que devem estar dentro da lógica prevista pela constituição. Para além do momento do contrato social que estabelece os limites do estado, é preciso normas que permitam conter o poder dentro do direito, para que o consenso seja mantido. A tensão entre direito e política, portanto, pode levar a abusos por parte daqueles que estão no exercício do poder, daí, surge a principal demanda do constitucionalismo moderno, qual seja, a contenção do estado, a fim de evitar novas imposições autocráticas. Então, quais as condições constitucionais que permitem o controle do poder por meio do direito para assegurar legitimidade a um estado de direito?

O choque entre a pretensão estatal de implementar a vontade democrática e o dever de proteção dos direitos dos cidadãos deu lugar ao desenvolvimento de tradições históricas que remontam a dois modelos políticos de democracias constitucionais. De um lado, a tradição continental desenvolveu um mecanismo de contenção do estado centrado na lei, como única fonte de direito. Esse modelo constitucional nasce da ideia de constituição como carta de valores de um povo, valores que são compartilhados por todos os cidadãos. O estado deve buscar a realização dos valores constitucionais por ser a própria materialização da unidade

política da sociedade. O povo, titular do poder soberano, se expressa por meio do parlamento, que emana a vontade democrática, sendo o parlamento representante da soberania popular, somente o próprio povo pode controlar o parlamento, através das eleições. A tradição continental desenvolve uma forma de contenção do estado baseada na lei como única fonte do direito, portanto, o direito é sempre dotado de um conteúdo objetivo e predeterminado. Apesar das diferenças, o ponto em comum entre o estado de direito alemão e o francês é que ambos pretendem evitar decisões autocráticas por meio da previsibilidade das leis que devem prescindir de aprovação do parlamento.

Por outro lado, a tradição do anglo-americana desenvolveu um modelo de democracia constitucional ancorado na noção de constituição como instrumento de organização do estado. A busca pela legitimidade através do consenso desses estados se concentra na previsibilidade dos meios para participar do conflito entre os poderes. O direito é dotado de critério procedimentais que garante que as decisões sejam tomada no bojo de um processo judicial. O caráter litigioso da forma judiciária é o meio pelo qual todos os cidadãos podem arguir a potencial violação de direitos fundamentais, e a conseqüente possibilidade de controle de eventuais abusos de poder do estado. Assim, a garantia procedimental dessa tradição garante o *rule of law*, o controle do direito destituído de valores morais.

Nesse sentido, a perspectiva de democracia de Kelsen contribui para a aproximação dos dois modelos políticos de democracia constitucional analisados. A reconstrução da discussão de Hans Kelsen sobre a necessidade da instituição da jurisdição constitucional para assegurar legitimidade a um estado de direito da tradição continental contribui para as confirmação das hipóteses iniciais desse trabalho. A hipótese geral é que é necessária uma constituição como instrumento de organização de um estado dentro da lógica do controle de todo o exercício do poder; a hipótese específica é que o poder judiciário é condição de possibilidade de equilíbrio entre poderes institucionais e sociais. Segundo Kelsen, a constituição deve assumir um caráter normativo e formal e, por outro lado, a corte constitucional é a condição necessária para a democracia constitucional, definida como o compromisso entre maioria e os direitos das minorias.

Através da comparação de fontes bibliográficas, compara-se dois modelos políticos de democracias constitucionais para responder à hipótese geral; e através da comparação de fontes bibliográficas, compara-se a tradição do *rule of law* anglo-americano e o conceito de jurisdição constitucional de Hans Kelsen no contexto da tradição continental para responder à hipótese específica. O presente trabalho busca responder como é possível o controle de eventuais abusos do poder através do direito. Como evitar, por meio do direito, que o poder de

um grupo, mesmo que pretensamente democrático como maioria, se sobreponha a todos os demais? Em outras palavras, a problemática que é o fio condutor da presente monografia é: considerando que o desenvolvimento e manutenção de uma sociedade pluralista é uma realidade de fato, quais as condições constitucionais que permitem manter todo tipo de poder dentro dos limites do direito?

2 A tradição da Europa continental e a constituição como afirmação de valores morais

A tensão do constitucionalismo entre soberania popular e direito em um contexto de sociedade pluralista deu origem a dois modelos políticos de democracia constitucional. Na busca de estabilidade e manutenção da legitimidade através da contenção do estado pelo direito, Michel Rosenfeld (2001) analisa tipos de estado de direito que podem ser divididos em dois modelos políticos de democracia constitucional. Apesar das diferentes origens históricas e das divergências sobre o papel de cada um dos poderes do estado, os estados de direito alemão e francês podem ser aproximados pelas ideias comuns de constituição como afirmação de valores substantivos compartilhados por todos os cidadãos. Uma breve análise do que nesse trabalho vai ser tratado como tradição continental, através da aproximação entre o estado alemão, *Rechtsstaat*, bem como do estado de direito francês, *État de Droit*, pode oferecer elementos para analisar se a contenção do estado através do direito nessa tradição pode garantir que o poder do estado seja mantido dentro do direito.

O *Rechtsstaat* é fundado a partir da ideia de estado como autoridade originária, que mantém a coesão de uma comunidade, e que representa o interesse comum. A sociedade, vista como homogênea, se identifica com o estado que é a materialização da unidade social, e o único capaz de expressar o interesse geral. Dessa forma, o estado de direito alemão foi desenhado a partir do princípio da legalidade dos atos de estado com o objetivo de dominar seu próprio poder. No entanto, o princípio da legalidade na concepção alemã se distancia da gênese do liberalismo político que reconhece direitos fundamentais e conseqüentemente impõe limites ao poder do legislador, que deve se ater a regular apenas o que nocivo à sociedade. Ao contrário, o estado da tradição continental estabelece uma relação de autonomia com o direito: não há limites externos ao poder de legislar do estado. O *Rechtsstaat* pode ser traduzido como a regra do estado através da lei, ou seja, vincula a lei

como única fonte de direito.² A consequência é um estado positivista que se desvia da demanda político-social do constitucionalismo moderno, qual seja, do direito como emancipação e como garantia de indivíduos contra o abuso do poder, e se transforma em mero instrumento de realização da soberania do estado.³ O *Rechtsstaat* pode ser reduzido ao controle formal dos atos de estado, cuja única exigência é autorização do legislativo para os atos do executivo, sem um controle do conteúdo e o propósito da lei, mas apenas dos métodos empregados pelo estado para adotar a sua realização.⁴

Em uma perspectiva histórica, a soberania estatal é construída para fazer frente ao poder governamental da monarquia contra o povo. Os limites eram desenhados a partir de uma estrutura institucional que limitava as arbitrariedades da pessoa do governante. Tendo em vista que o estado, em uma transição do Antigo Regime, tinha poderes ilimitados perante os súditos; que não havia qualquer relação de igualdade na aplicação da lei entre os sujeitos à ela; que a noção de propriedade privada era constantemente violada, há grande avanço de garantias no estado alemão. No entanto, fora desse contexto, não há no sistema alemão qualquer instrumento para controlar o propósito da lei do estado, apenas nos métodos empregados pelo Estado para implementar sua realização.⁵

O Estado alemão falha no controle do exercício do poder, pois a vinculação entre estado e lei tem como fulcro a ideia de primazia do estado sobre o direito. A visão do estado como o único criador do direito implica que seja o único capaz de impor limites ao seu poder.

No *État legal*, a soberania absoluta do parlamento é conferida pela vontade democrática, que está diretamente vinculado ao corpo eleitoral. Além da influência de Rousseau⁶, a visão francesa do papel do judiciário é em grande parte formada pela visão de Montesquieu do juiz "boca da lei", que diante do caso concreto deve verificar qual seria a vontade do legislador e aplicá-la. O judiciário é mero instrumento para executar a vontade do

² ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1319.

³ SIMON, Henrique Smidt. A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 49, p. 43 -85, 2016. p. 55.

⁴ ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p. 1325.

⁵ ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p. 1324-1325.

⁶ A lei para Rousseau é legítima se expressa uma vontade geral cujo processo de elaboração deve ter em conta a consideração de interesses relevantes. A auto-legislação rousseauiana pressupõe que cada cidadão, em um conflito entre interesses individuais e o da sua comunidade, se abstenha dos interesses privados para que o bem comum da sociedade possa ser desvelado. Democracia não é o governo da maioria que subjuga uma minoria, mas o governo da expressão da vontade geral, que não é um conjunto de interesses privados, mas uma busca do bem comum da sociedade como um todo. (ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1331-1332)

parlamento.⁷ O *État de droit* perpassa pela noção de estado constitucional garantidor de direitos fundamentais pela lei. Isso implica que a lei positiva que ferir direito fundamental deve ser controlada por nova lei que possa garantir o direito considerado fundamental diante do caso concreto. O parlamento é o órgão soberano e único legítimo para declarar os direitos dos cidadãos e controlar as leis do estado.

Em um cenário de revolução instaurada com vistas à superação do Antigo Regime, marcado pela supremacia do poder régio, com poderes absolutistas que governava abertamente em favor dos privilegiados, em um contexto de estamentos sociais bem definidos hierarquicamente, parece absolutamente legítimo esperar que os representantes vão aderir ao princípio do bem comum, principalmente porque os princípios burgueses eram projetados como universais. Porém, hoje, não parece ter nenhum motivo consistente para acreditar que os representantes legislativos vão necessariamente dar voz ao bem comum.⁸

O Estado francês também falha na contenção do Estado, pois a vinculação entre direito e lei tem como condição do controle um órgão político que é a manifestação da vontade de uma maioria. Esse controle não impede que os direitos fundamentais de minorias sejam violados em situações de grande apelo político provocado por uma maioria. Assim, um ato político que concede um direito pode ser sempre revogado pelo mesmo órgão que o promulgou.

A contenção do estado centrada na lei como única fonte do direito garante previsibilidade das decisões, é possível conhecer com antecedência qual será o valor que prevalecerá antes da tomada de decisão. No entanto, segundo Rosenfeld (2001), isso não garante a legitimidade da democracia constitucional, uma vez que uma sociedade pluralista demanda que todos os valores sejam, no mínimo, possíveis antes de se decidir pela prevalência de um. É necessário que o juízo de valores intrínseco à decisão não elimine o modo de viver de grupos dissidentes, de minorias. Assim, a legitimidade pelo consenso demanda a ausência de hierarquia entre os valores e a existência de contrapesos que impeçam que certos valores sejam sobrepostos excessivamente a outros, permitindo o modo de vida de grupos que não priorizem determinado valor. A conclusão é que a contenção do estado através do direito dotado de conteúdo substantivo e predeterminado não garante a legitimidade de uma democracia pluralista.

⁷ SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 257.

⁸ ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1333.

3 A tradição anglo-americana e o direito como instrumento formal de organização de um Estado

A análise desenvolvida no tópico 2 permite ver, ainda que apenas nas suas características gerais, como o *Rechtsstaat* e o *État de droit* podem ser alinhados sob a perspectiva de estados cujas constituições são instrumentos de imposição de valores morais e que impedem que o direito seja uma estrutura formal que controle eventuais abusos do poder. Em sentido oposto ao da tradição continental, a tradição anglo-americana, os dois tipos de *rule of law*, inglês e americano, podem ser aproximados sob o modelo de constituição como instrumento para organizar o estado em poderes iguais e independentes que podem verificar a atuação do poder entre si. Ao contrário da afirmação de valores, a principal função da constituição é evitar a concentração do poder de decidir, estabelecendo uma estrutura formal do direito que permite o controle de todo o exercício de poder, mesmo um poder pretensamente democrático como maioria.

Essa lógica da constituição permite um efetivo *rule of law* como estado de direito que proteja os direitos dos cidadãos contra eventuais abusos de poder do estado. O *rule of law*, como independente e, ao mesmo tempo, dependente do estado é muito mais plausível quando percebe-se a posição constitucional de independência que os juízes e o judiciário ostentam diante dos outros poderes.⁹ A independência dos juízes implica o poder de decidir que os atos dos órgãos públicos são ilegais, e de controlar todo o exercício do poder.¹⁰ É nesse contexto que no estado inglês o *common law*, como produto da independência e autonomia dos juízes, surge como garantia de direitos de minorias. O papel dos tribunais ingleses e americanos é importante contrapeso que viabiliza o equilíbrio entre os interesses do estado e os interesses dos cidadãos. Segundo Rosenfeld (2001), é o poder judiciário que permite que o estado possa ser invocado contra o próprio estado no seu dever de autocontenção, uma vez que parece ser pouco provável a autocontenção estatal por uma obrigação moral, ou o controle da lei com critérios meramente substantivos, como no caso dos países de tradição continental.

A Constituição americana foi a primeira constituição no sentido moderno a estabelecer regras gerais de atuação política, por meio da separação de poderes, os *checks and balances*. Por outro lado, a Inglaterra não tem uma constituição que esteja contida em um único

⁹ REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *Independence*. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/>. Acesso em: 09 abr. 2019.

¹⁰ REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *Judges and parliament*. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/judges-and-parliament/>. Acesso em 09 abr. 2019.

documento, e não há instrumento que organize expressamente as funções e os poderes dos três diferentes ramos do estado. Sua constituição se encontra nos estatutos aprovados pelo parlamento e no *common law*, as leis constitucionais se desenvolveram ao longo dos séculos nas decisões dos tribunais.¹¹ Não obstante a distinta formação histórico-constitucional desses estados, através do *common law* e do dogma da supremacia da Constituição nos Estados Unidos, essas tradições desenvolveram forte senso de *rule of law*.¹²

A Revolução Gloriosa conferiu destaque à posição do parlamento e ao mesmo tempo elevou a importância do *common law*, que deixou de ser mero instrumento de solução de controvérsias jurídicas cotidianas, e tornou-se em um eixo da organização constitucional. Ressalte-se, com isso, que a Revolução Gloriosa não buscou elevar a lei a uma posição suprema ou teve a intenção de dotar o parlamento de um poder absoluto mediante a produção de direito, o quadro constitucional da Inglaterra do século XVIII reuniu as cortes e o parlamento contra a Coroa. Mais do que à lei, a intenção foi de submeter o poder real ao *common law*.¹³ Essa aliança em prol da contenção dos poderes da coroa provocou uma postura do parlamento no sentido de proteger a independência dos juízes. Estruturalmente, em contraposição à ideia da Assembleia Soberana da Revolução Francesa, que correspondia à sujeição do juiz à lei, o proibindo, inclusive de interpretá-la para não a distorcer, a diferença do *rule of law* está na posição dos juízes diante da expressão da vontade do parlamento, que, por meio da interpretação, exercem "controle" constante sobre a legislação, tendo como lei mais ampla e fundamental o *common law*.¹⁴

O reconhecimento do direito no sistema constitucional inglês é ancorado especialmente nos fundamentos das decisões judiciais de interpretação do *common law*. O desenvolvimento do direito se deve ao protagonismo das cortes ordinárias que interpretam as regras positivadas e tutelam os direitos de liberdade de acordo com os princípios do *common law*. A interpretação judicial deve se ater exclusivamente às palavras do texto da lei, sem

¹¹ REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *The justice system and the constitution*. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-access-ind/justice-sys-and-constitution/>. Acesso em: 09 abr. 2019.

¹² ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1334.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841.p. 796.

¹⁴ Na Inglaterra, o juiz era aliado do parlamento e não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter o magistrado à lei, uma vez que historicamente lutavam do mesmo lado, juízes e legislador, contra o absolutismo. O *common law* surgiu como resultado da independência do judiciário, do ponto de vista histórico, ao contrário da Revolução Francesa, que vê o poder judiciário com desconfiança, os juízes da tradição do *rule of law* são importantes protetores da cidadania.

tentar interpretar qual seria a vontade do legislador à época da sua elaboração. É essa forma de interpretação não vinculada à intenção do legislador, apenas ao texto da lei e atento aos princípios do *common law*, que permite às cortes o exercício de uma atividade independente.¹⁵

O *rule of law* pode ser explicado por três características principais, a primeira é pelo princípio da estrita legalidade, que diz respeito ao *status* constitucional dos direitos individuais de liberdade, o que significa dizer que nenhum homem pode ser privado de sua liberdade ou ser atingido em seus bens por uma violação do direito, tendo em vista o princípio do devido processo legal pelas Cortes ordinárias. Isto é, o procedimento pelo qual pretende-se punir ou atingir os bens de um cidadão tem de seguir o estrito processo legal, sob pena de nulidade e ineficácia do processo.¹⁶

A segunda característica do *rule of law* é o princípio da unicidade do sujeito de direito: todos os indivíduos, independentemente de sua posição social ou cargo, estão sujeitos ao ordenamento jurídico. É importante destacar que esse princípio comporta tanto a unicidade da lei quanto o aspecto da unicidade da jurisdição, é dizer que não só nenhum cidadão está acima do direito, mas que todo indivíduo está submetido à jurisdição dos tribunais ordinários.¹⁷

O terceiro aspecto resultante da supremacia do *rule of law* não está, como os dois anteriores, no plano axiológico, antes no plano factual; não é um princípio, mas uma fórmula. É um produto específico do *common law*, uma característica originária da "constituição inglesa". Os princípios gerais da constituição são a ampliação dos direitos dos cidadãos reconhecidos em decisões judiciais em casos particulares. Ao contrário das constituições da Europa continental, cuja garantia dos direitos individuais deriva de princípios gerais da constituição, na constituição inglesa os direitos individuais são a consolidação da sucessiva tutela pelas Cortes em casos particulares.¹⁸

“As liberdades dos ingleses”, “longe de serem o resultado da legislação, no sentido ordinário do termo, são o fruto das controvérsias levadas perante as Cortes em nome dos

¹⁵ SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 240-242.

¹⁶ SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 219.

¹⁷ SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 220-221.

¹⁸ SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 222.

direitos individuais.”¹⁹ A constituição inglesa, em grande medida, é fruto da atividade criativa dos juizes, que, com a ajuda do Parlamento, criaram um processo de constitucionalização por via jurisprudencial. Ao contrário das constituições continentais, a constituição inglesa não é um documento único com uma declaração de direitos.²⁰ O direito constitucional inglês é a generalização de direitos tradicionalmente reconhecidos. Em outras palavras, grande parte das normas constitucionais estão sob a forma de jurisprudência.²¹

A conformação institucional inglesa construiu uma constituição não escrita que reflete e incorpora as ideias e valores determinados pelo *common law*. A limitação que o *common law* impõe ao poder é constitutiva. O antiquíssimo corpo de normas que está entranhado em toda história do estado inglês e que é mesmo o amálgama que constitui o direito se apresenta como entrincheiramento de normas que dificulta que leis ou decretos extingam direitos abruptamente.

O estrito dever de legalidade, o princípio da unicidade do sujeito de direito e o *common law* são características de um processo judicial que faz parte de um controle do poder com o objetivo de conter a pretensão do estado em criar e extinguir novos direitos. Pela via do processo judicial, o controle da lei é mais do que a mera conformidade da lei a constituição, é preciso que a lei seja substancialmente legítima, que atenda ao objetivo político do estado de manter os direitos fundamentais. O *rule of law* mantém a legitimidade pelo consenso, pois permite o controle das leis na medida em que o juiz analisa em caso particulares se é o caso de prevalecer o valor minoritário para proteger direitos fundamentais.

Ao contrário da constituição inglesa que é composta por um aglomerado de leis, costumes e tradições, a constituição americana sistematizou em um corpo de normas as regras fundamentais de governo. A constituição assume caráter normativo e não mais simplesmente descritivo. De um lado, é uma declaração de direitos fundamentais, com forte influência da

¹⁹ DICEY, 1915, p. 116 apud SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 223.

²⁰ SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p.225.

²¹ Pelo seu próprio modo de vir à luz, a constituição inglesa concebeu os instrumentos de tutela de um direito no mesmo momento em que reconheceu o direito a ser tutelado. Não há direitos mais fundamentais declarados em um corpo estranho, apartado dos outros direitos, o que facilitaria a sua suspensão ou revogação sem uma brusca subversão na prática jurídica ordinária. Ao contrário, os direitos constitucionais são uma ampliação dos direitos ordinários. Dessa forma, só poderiam ser suspensos mediante uma revolução nas instituições e nos costumes da nação. A característica histórico-factual do *common law* contribui para garantia do direito, mesmo em momentos de crise.

visão lockeana²² de direitos naturais, e o estabelecimento de um rigoroso sistema de separação dos poderes, limitados e controlados entre si. De outro, a nova concepção de constituição é fundada e justificada na e pela noção de autodeterminação da soberania popular. No entanto, frise-se que a república federativa, ao contrário da versão republicana francesa, tinha uma noção de república que, longe de ser ancorada em um único órgão que concentrasse a soberania absoluta, antes, é ligada à noção federalista de *checks and balances*. A proposta federalista é de um sistema de controle que permeasse todos os órgãos do estado, um instrumento para controlar as paixões do povo, de modo a filtrar as leis incompatíveis com as leis fundamentais e com os princípios de justiça. Nos Estados Unidos, "o povo como soberano foi limitado nos seus poderes a partir do momento em que a Constituição foi ratificada."²³

O *rule of law* ficou caracterizado no sistema constitucional americano a partir da decisão paradigmática *Marbury v. Madison*, quando a Suprema Corte tomou para si a incumbência de verificar o exercício do legislativo em nome da lei.²⁴ A decisão que introduziu a *judicial review of legislation* declarou que todo juiz tem poder e dever de negar validade à lei que, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afrontar a Constituição.²⁵ Estabeleceu-se, a partir daí, que a lei que conflitar com a Constituição é nula e a Suprema Corte e os tribunais ordinários devem deixar de aplicá-la diante do caso concreto. A Suprema Corte, em última instância, além de não aplicar pode invalidar a lei, a fim de proteger os direitos fundamentais declarados pelo poder constituinte.²⁶

O raciocínio que elevou a posição do juiz diante das leis ordinárias é fundamentado na distinção entre poder constituinte e poder constituído. Se a Constituição é lei suprema, e o órgão legislativo é parte do poder constituído, não cabe à lei ordinária modificar a lei

²² A teoria de Locke que defende direitos antecedentes ao Estado que pertencem aos indivíduos e são naturais, preexistentes, inalienáveis. Essa concepção de direito impõe dois deveres ao Estado, o de natureza negativa, qual seja, de se abster de interferir na fruição dos direitos inalienáveis de seus cidadãos com vistas a assegurar o livre gozo de direitos individuais; e o dever positivo que, em última instância, deriva do dever negativo, qual seja, o de defender seus cidadãos, titulares de direitos, de outros concidadãos. Portanto, a razão de ser do Estado seria a de salvaguardar os direitos negativos dos cidadãos. (ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001, p. 1334-1335)

²³ APPLEBY, 1991, p.219 apud CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juizes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307. p. 276.

²⁴ ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p. 1339-1340.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841. p. 810.

²⁶ O poder judiciário nos Estado Unidos se consolidou intérprete da constituição que tem a função de organizar os poderes do Estado, de delimitar a extensão do poder de cada órgão e, portanto, tornar possível o controle de todo o exercício do poder.

suprema, e, no caso de contradição entre as leis, a lei ordinária que contraria a Constituição deve ser nula. Cabe ao judiciário interpretar as leis para julgar os casos, e quando a lei afronta a Constituição, o juiz deve deixar de aplicá-la ao caso concreto. Dessa forma, o judiciário assume o papel de intérprete último da Constituição.²⁷

A partir dessa incumbência do judiciário de interpretar as leis e eliminar o conflito entre elas, a sentença *Marbury v. Madison* subtraiu os direitos constitucionais da esfera da política. Caberia às Cortes a obrigação de decidir *what the law is* em caso de conflito entre leis ordinárias, bem como entre leis ordinárias e leis constitucionais. O Poder Judiciário assume a responsabilidade de representante virtual do povo constituinte ao tempo em que retira a função de intérprete da constituição do poder legislativo. Cria-se um vínculo jurídico permanente entre poder legislativo e maioria e poder judiciário e minorias.²⁸ Essa decisão foi um marco na história constitucional dos Estados Unidos porque concedeu aos tribunais e à Suprema Corte, em última instância, o amplo controle das leis, consagrando o controle difuso de constitucionalidade. Assumiu a posição de órgão competente para conservar os direitos naturais do povo americano, tomando a função de freio contramajoritário aos impulsos irracionais do legislador ordinário e de garantidor dos direitos das minorias

No intuito de esclarecer quais são as condições que permitem reunir a tradição inglesa e a americana sob a perspectiva de um mesmo modelo político de democracia constitucional esse tópico buscou as características gerais das constituições dos respectivos *rule of law*. Nesse sentido, a constituição de um estado de direito legítimo não assume afirma determinados valores morais como hierarquicamente superior a outros. Essa é a primeira condição para reconhecer eventuais abusos de poder e promover a proteção de direito fundamentais de minorias. Além disso, nota-se, pela breve análise estrutural dos dois estados, a posição do judiciário como condição de possibilidade de equilíbrio entre os poderes institucionais e sociais. Assim, a tradição do *rule of law* oferece a previsibilidade das regras procedimentais para que quaisquer valores sejam considerados e todos os grupos de interesse possam, pelo menos, ser considerados. E, se não é possível saber *ex ante* qual vai ser o resultado da decisão, pelo caráter experimental do *common law*, é possível garantir que todos os grupos tenham a garantia de reivindicar a proteção de direitos fundamentais perante o

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841. p. 812.

²⁸ BONAZZI, 1991, p. 102 apud CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juizes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307. p. 277-278.

estado. Portanto, o caráter procedimental do direito e a independência do judiciário garantem que o pluralismo social e político sejam refletidos nas decisões do estado.

4 Jurisdição constitucional

Tendo em vista as relações entre as tradições históricas dos estados de direito acima enunciadas, é possível enriquecer a discussão com a análise teórica de Hans Kelsen sobre a necessidade de uma jurisdição constitucional situada no contexto da tradição continental. A proposta de instituição de uma corte específica para resoluções de controvérsias constitucionais permite que dentro da disposição institucional da tradição continental seja possível o efeito de controle do poder do estado pretendido por Rosenfeld na sua análise sobre a tradição do *rule of law*. De acordo com o que se buscou demonstrar até agora, a defesa de Kelsen pelo estado de direito ajuda a pensar quais são as condições constitucionais para uma democracia pluralista. Nesse sentido, pensar sobre a instituição de uma jurisdição constitucional ajuda a tornar mais palpável a tese específica que aqui se sustenta: de que, em uma sociedade pluralista, o poder judiciário é condição de possibilidade de uma democracia constitucional legítima.

Hans Kelsen (2013), no texto "Quem deve ser o Guardião da Constituição?", discute o problema da garantia constitucional, que guarda relação direta com o princípio do estado de direito²⁹, uma vez que busca garantir que os órgãos estatais ajam em conformidade com a constituição. Para Kelsen (2013), estado e direito surgem no mesmo momento e não podem ser separados entre si. Isso implica que a constituição é fundação da unidade do estado, ou seja, que o estado é todo abrangido pela determinação constitucional da atividade estatal, reconduzível à judicização integral dos seus atos; e que a legislação deve corresponder à execução do conteúdo previsto pela constituição.³⁰ Assim, Constituição é um corpo de normas superiores que regula os procedimentos legislativos, a posição e a competência de todos os órgãos supremos do estado.³¹ Por isso, a constituição passa a ser legislação hierarquicamente superior que regula o conteúdo e a forma das legislações inferiores. Conseqüentemente, a

²⁹ É preciso esclarecer que o presente trabalho não se refere ao Estado de Direito no sentido meramente formal de Kelsen. A ideia de Estado de Direito aqui tratada se refere à dimensão substancial kelseniana de estado de direito democrático.

³⁰ BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414. p. 400.

³¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 295.

atividade legislativa dos poderes legislativos e executivos torna-se função jurídica, portanto, controlável judicialmente.

A primazia da constituição e a visão da soberania do ordenamento jurídico exige uma justiça constitucional como garantia da regularidade de todas as funções jurídicas do estado³². Kelsen (2013) defende que a função de garantia da constituição seja confiada a um tribunal que decida, na forma de um processo litigioso, sobre a constitucionalidade de atos do parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cabendo ao tribunal a cassação dos atos em caso de sua inconstitucionalidade.³³ A lei perde o caráter incontestável e pode ser controlada através de um processo que avalia a validade da norma com base na verificação se é aplicação de norma superior. A lei deixa de ser um comando de ordem imperativa e passa a depender de norma superior que a autorize.

Segundo Kelsen (2013), trata-se de uma jurisdição que atua como guardião da constituição diante de conflitos entre normas. Assim, tanto o controle do tribunal constitucional quanto o controle dos tribunais ordinários têm a função de resolver controvérsias sobre o conteúdo de disposição normativa, ou seja, de definir o conteúdo de norma de conteúdo duvidoso.³⁴ O tribunal constitucional decide sobre a constitucionalidade de uma lei ordinária na medida em que o suporte fático da sua produção é subsumido à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela,³⁵ enquanto um tribunal ordinário decide se é o caso de o fato descrito estar ou não conforme o comportamento determinado por lei.³⁶

Segundo Kelsen (2013), "a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder"³⁷, então o papel da constituição de um estado é de condição

³² A construção kelseniana da jurisdição constitucional defende que o controle judicial seja no âmbito do tribunal constitucional cuja função política é resolver controvérsias em que a lei é o próprio objeto de juízo. mas a partir da teoria do ordenamento jurídico em grau, há a possibilidade de extensão ao âmbito dos tribunais ordinários que discutam direitos subjetivos, como no caso dos estados de direitos da tradição do *rule of law*.

³³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p.247.

³⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 253-255.

³⁵ O controle consiste na verificação da adoção do procedimento regulado pela constituição, mas especialmente na verificação do fato de uma norma ter sido adotada com o conteúdo material contrário ao fixado pela Constituição - através de linhas diretas e princípios. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 255)

³⁶ O tribunal constitucional cuja produção jurídica declara norma inconstitucional e o tribunal ordinário que através de sentença produz normas individuais exercem o mesmo direito de controle de constitucionalidade das normas. O controle entre os referidos tribunais se distingue na medida do alcance da decisão judicial: o tribunal ordinário, quando exerce controle material afasta a norma para o caso concreto e atua como legislador negativo em um caso; e a decisão do tribunal constitucional, quando anula a norma geral, alcança todos os casos possíveis. Portanto, o efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade da produção da lei implica na anulação do ato contrário, seja de modo pontual - para o caso concreto - seja de modo geral - para todos os casos. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 256)

³⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 240.

de equilíbrio de uma sociedade pluralista. Kelsen expõe que toda decisão é em favor de um interesse ou de outro, de forma que a decisão deve buscar um acordo entre as distintas forças políticas e sociais.³⁸ É ficção defender um interesse objetivo do estado que só serve para ocultar e justificar a defesa de interesses de um grupo em particular.³⁹ Nem mesmo de um plebiscito é possível extrair a vontade coletiva, no máximo, a vontade de uma maioria.⁴⁰ O caráter litigioso da resolução de controvérsias serve para esclarecer qual é a conjuntura real de interesses e possibilitar a proteção de minorias, que podem ver seus interesses ofuscados pela ficção do interesse comum.⁴¹

A identificação do estado com o ordenamento jurídico é compatível com a ideia de unidade formal realizada pelo estado. A constituição é regra formal, condição de possibilidade do sistema democrático para garantia do pluralismo.⁴² A mudança do conceito de democracia a partir de Kelsen (2013) é condição para a construção do estado de direito continental. Democracia deixa de ser a expressão da vontade do povo pelo parlamento e passa a ser um compromisso da maioria com os direitos das minorias. A soberania do ordenamento abre a possibilidade para que os grupos se alternem na dominação da vontade do estado, promovendo um equilíbrio contramajoritário entre maioria e minoria.⁴³

Para Kelsen (2013), todos os estados têm um conflito interno entre grupos sociais, uma violenta luta entre a parte da sociedade que está fora do Estado e a parte da sociedade que se identifica com ele, que é o estado - porque e na medida em que o seu ordenamento garantidor os interesses dessa parte, e essa oposição se manifesta seja pela luta de classes do proletariado no estado legislativo da democracia parlamentar, seja pela luta da burguesia em relação ao estado da monarquia absoluta.⁴⁴ Consequentemente, o controle do estado deve ser através de um processo que amplie a possibilidade de participação dos possíveis afetados pela

³⁸ Nesse sentido, a forma judiciária favorece a participação de grupos de interesses antagônicos do processo, que apresentam o conflito de interesses em jogo, o que aumenta a probabilidade de que o processo conduza a uma coordenação de interesses, e a sentença seja um acordo entre os interessados.

³⁹ Para Kelsen, a unidade do Estado prevista na Constituição é formal. Uma unidade material, no sentido de uma efetiva comunhão de interesses, só poderia ser desejada do ponto de vista político. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 296)

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 281-282.

⁴¹ Segundo Kelsen, a unidade política material é real na medida em que é necessária, ou seja, alguém tem de decidir, porém deve ser precária, no sentido de que a decisão pode mudar quando for o caso. A principal função do chefe de Estado consiste em ser o símbolo dessa unidade, que deve ser imperativa. Porém ele é apenas o símbolo, não o produtor de uma dada unidade real. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 280)

⁴² BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414. p. 398.

⁴³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 266-267.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 270-271.

decisão, e, por outro lado, que o órgão a quem seja confiada essa atribuição seja um terceiro não interessado e independente.

A forma judiciária é um processo dialético pelo qual é atribuído a grupos ou pessoas com interesses antagônicos a tarefa de trazer à luz do debate os prós e contras de determinada solução, garantindo que seja uma discussão pública e clara quanto às consequências da decisão tomada. Através da mediação, a corte constitucional visa um acordo de interesses, o que aumenta a possibilidade de que a vontade estatal possa ser influenciada por vários grupos sociais de interesse.⁴⁵ O caráter litigioso é especialmente adequado quando a decisão não é sobre a constitucionalidade de uma lei, mas sobre a aplicação de uma norma constitucional que contém conceitos vagos, que concede ampla margem de discricionariedade ao julgador quando se está diante do desenvolvimento da constituição.

Uma das características mais importantes do estado moderno é a relação de antagonismo entre legislativo e executivo, que é um antagonismo entre minoria e maioria, sendo que esta tem no governo o seu fiduciário. A constituição divide o poder essencialmente entre esses dois polos, por isso a maioria dos casos de controvérsias constitucionais diz respeito sobre verificar se um dos polos ultrapassou os limites que a constituição designou, tendo, portanto, parlamento e governo quase sempre como partes litigantes. No caso de conflito entre a interpretação dessas normas é recomendável a criação de um órgão ao lado do legislativo e executivo que deva trazer equilíbrio à relação de poder, cuja atribuição específica seja resolver controvérsias constitucionais.⁴⁶ A competência de cada um desses atores institucionais foi regulada pela constituição, sendo recomendável que uma instância que não participe do litígio seja convocada para resolver a controvérsia da violação constitucional de competência. Por isso, com base no princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria, a principal vantagem de uma corte constitucional é a neutralidade da instituição que controla a conformidade dos atos de estado à constituição, visto que não participa do exercício do poder.⁴⁷

O tribunal constitucional concretiza a função política da constituição de guardiã contramajoritária dos direitos fundamentais das minorias políticas. É sua atribuição verificar se as leis e os decretos emanados pelos órgãos que exercem o poder estão de acordo com as normas constitucionais. O tribunal constitucional, cuja produção jurídica produz norma geral

⁴⁵ BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414. p. 395.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 285-286.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 239-240.

que declara inconstitucional certo ato de estado, atua como legislador negativo ao exercer o direito de controle de constitucionalidade das normas. Esse poder da atividade jurisdicional lhe confere o seu caráter político, ainda que em menor grau que a legislação. É por isso que é errônea a visão de que o Parlamento é o único cenário do conflito de interesses ou de poder, e o judiciário é apenas o meio de aplicação de leis indubitáveis e não-polêmicas, visto que todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política. Portanto, a diferença do caráter político da legislação e o da jurisdição é apenas quantitativa.⁴⁸

Para Kelsen, não existe diferença entre a natureza da lei e da sentença, tão somente graus na distância do alcance das decisões políticas. A sentença é uma decisão política que faz lei entre as partes, a lei é uma decisão política para todos os submetidos ao ordenamento do estado. A sentença do tribunal constitucional é uma decisão política que tem o mesmo alcance geral da lei, mas não é criação de lei, é anulação de lei declarada inconstitucional. Por isso, o tribunal constitucional é o legislador negativo e guardião dos limites jurídicos fixados pela Constituição. Em outras palavras, o tribunal constitucional é a instituição que verifica se direitos constitucionais estão sendo violados pelo estado, que se manifesta por leis e decretos que exprimem a vontade da maioria política.

Kelsen reformulou as condições constitucionais do modelo constitucional democrático, sem abalar a estrutura orgânica da divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário. A solução de um estado de direito, por meio da engenharia constitucional, abriu caminho para o controle do exercício do poder pelo direito na tradição continental. A visão da constituição como corpo normativo que não contém em si uma afirmação de valores morais é o primeiro passo para a possibilidade de controle de eventuais abusos do poder. O segundo é a proposta de reformulação estrutural do estado e a instituição de uma corte constitucional como órgão que exerce o papel político de contrapeso contramajoritário. Esses são os pontos cruciais de aproximação entre o *rule of law* e o estado democrático de direito continental. A visão da decisão como conflito de interesses que sempre tem partes interessadas, e, por outro lado, a canalização desses conflitos para a forma judiciária permitiu o controle de todo o exercício do poder.

A corte constitucional, como órgão central das controvérsias constitucionais, exerce o controle substancial das leis que deve ser arguido pelos interessados que pretendem reivindicar direitos fundamentais. A sentença é proferida depois do processo judicial que

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 251-252.

provê igualdade de oportunidade entre as partes para convencerem a corte de quais são os valores que devem prevalecer na decisão. Através da concepção de constituição como um corpo de normas e da instituição da corte constitucional é possível vislumbrar a possibilidade de legitimidade pelo consenso desse modelo de democracia constitucional.

5 Conclusão

Diante das dificuldades impostas pelo constitucionalismo, surgiu a tensão entre política e direito, fruto da positivação de direitos fundamentais e do liberalismo político. Esse movimento é uma quebra com as instituições autocráticas do estado e uma busca pela legitimidade através do consenso entre os cidadãos. Surgem as democracias constitucionais como modelos que promovem a vontade do povo e, também, protegem os direitos fundamentais declarados nas constituições. A legitimidade pelo consenso demanda previsibilidade sobre as consequências dos seus atos, regras estáveis do controle da lei para que não sejam surpreendidos por uma decisão sem critérios. Essa é a principal demanda do constitucionalismo moderno: a contenção do estado, mas não por voluntarismo do soberano, mas por regras conhecidas *ex ante*, isto é, pelo direito. Cabe perguntar, então, em um contexto de pluralismo político e social, qual devem ser os critérios do direito para a garantir legitimidade do estado? Como é possível controlar eventuais abusos de todo tipo de poder por meio do direito? É importante ter em vista que o consenso exige que todo o exercício de poder seja controlado, pois, em uma sociedade pluralista, todos os modos de vida devem coexistir.

Através da análise da tradição continental demonstra-se que os critérios do direito e a organização institucional desse modelo de democracia constitucional oferece previsibilidade do resultado das decisões. A previsibilidade é consequência, em primeiro lugar, da afirmação constitucional de valores substantivos que devem ser realizados para a concretização de direitos fundamentais e, em segundo lugar, por causa da divisão orgânica entre os poderes do estado que vê o judiciário como poder nulo. A lógica da constituição como instrumento de imposição de valores objetivos e predeterminados e a supremacia do parlamento que inibi o poder judiciário de controlar eventuais abusos de poder impõe o predomínio de um modo de vida que privilegia determinado valor. A primeira conclusão dessa investigação é que a escolha de valores que importam na proteção de direitos fundamentais, e a ausência de um judiciário com independência para ponderar valores, conduz à impossibilidade do consenso e na ilegitimidade desse estado de direito. Em outras palavras, em um cenário da sociedade

pluralista um estado que assuma princípios morais dotados de um conteúdo objetivo e predeterminado não atende à demanda do constitucionalismo moderno.

Em um contexto de pluralismo, um consenso sobre quais são os valores que devem prevalecer em todas as situações parece impossível, porém um consenso sobre quais são os meios justos para participar e influenciar na tomada de decisão pode ser mais provável. O outro modelo político de democracia constitucional foi desenhado pela experiência anglo-americana, o *rule of law*. A constituição desse modelo buscou limitar a atuação do estado, através do controle recíproco entre cada poder do estado. Ao contrário da divisão orgânica entre os poderes da tradição continental, o sistema de *checks and balances* e a independência do judiciário permite que o exercício do poder do estado seja submetido ao controle judicial das leis em face da constituição. A constituição como instrumento de organização de um estado, destituída de valores substantivos fortes refletiu um direito procedimental que garante a previsibilidade das regras procedimentais para reivindicar direitos fundamentais. Em harmonia com o pluralismo político, todos os grupos de interesse podem reivindicar contra o estado direitos fundamentais potencialmente violados, mesmo com fundamento em valores desconsiderados por uma maioria. Dessa forma, o poder judiciário garante o equilíbrio entre poderes institucionais e sociais. É possível concluir que a legitimidade através do consenso, em uma sociedade pluralista, depende de uma constituição que reflita um direito de caráter procedimental capaz de garantir pluralismo político e social.

Em outra frente, o trabalho reconstruiu a discussão sobre necessidade da jurisdição constitucional de Kelsen pela defesa de um estado de direito no contexto da tradição continental. Ressalta-se a importância da solução proposta pela via da engenharia constitucional que institui a jurisdição constitucional, um órgão exclusivamente designado para tratar de controvérsias constitucionais. Mantém a divisão estrutural entre os poderes da tradição continental, mas, ao mesmo tempo, retira o caráter absoluto da soberania do parlamento. A corte constitucional é um órgão político que permite a convivência entre o poder soberano e a esfera jurídica dos direitos fundamentais, subtraídos àquele poder. As condições constitucionais apresentadas por Kelsen tem o mesmo efeito que as da tradição do *rule of law* discutidas por Rosenfeld, uma vez que, para além de um órgão neutro e imparcial na disputa de poderes entre parlamento e presidente, a teoria kelseniana exige a superação da ficção da unidade política material da sociedade.

Portanto, assim como a tradição do *rule of law*, o conceito de jurisdição constitucional kelseniano garante um estado de direito de caráter procedimental que garante previsibilidade processual para viabilizar que todos os grupos reivindiquem direitos fundamentais

potencialmente violados. A condição de possibilidade para que o pluralismo social e político seja refletido nas decisões do estado é a independência do poder judiciário. Assim, tanto o controle judicial das leis na tradição anglo-americana pelo *common law*, quanto o controle jurídico da atividade legislativa pela corte constitucional de Kelsen garantem o equilíbrio entre poderes institucionais e sociais. Conclui-se que a legitimidade pelo consenso em uma sociedade pluralista exige uma constituição como instrumento de organização de um estado dentro da lógica do controle de todo o exercício do poder.

REFERÊNCIAS

BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841.

REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *Independence*. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/>. Acesso em: 09 abr. 2019.

REINO UNIDO. Courts and tribunals judiciary. *Judges and parliament*. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/judges-and-parliament/>. Acesso em 09 abr. 2019.

REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *The justice system and the constitution*. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/justice-sys-and-constitution/>. Acesso em: 09 abr. 2019.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001.

SIMON, Henrique Smidt. A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 49, p. 43 -85, 2016. p. 55.

SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263.