

CORTES CONSTITUCIONAIS: DO CONTRATO SOCIAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO*

Márcio Fernando Bouças Laranjeira**

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo traçar a evolução do Estado, desde a concepção absolutista de Thomas Hobbes até o atual estágio constitucional. O Estado, como organização social, nasceu como alternativa ao estado da natureza, a fim de garantir a paz e a harmonia entre os indivíduos, mas, ao mesmo tempo, apresentava-se como possível afronta aos direitos individuais. Em virtude de tal viés negativo, sucederam a Hobbes vários outros filósofos e políticos que buscaram criar mecanismos de controle ao poder estatal, desde a simples faculdade de resistência até a concepção da separação de poderes. Neste evoluir, chegou-se à conclusão de que também o Legislativo, apesar de representar a vontade geral, haveria de ser controlado por um órgão neutro, vale dizer, um órgão alheio à disputa política. Surge, assim, o controle de constitucionalidade, o qual obterá a mais completa sistematização com a obra de Hans Kelsen, ao retomar o conceito de cortes constitucionais já aventado anteriormente por Emmanuel Joseph Sieyès.

PALAVRAS-CHAVE: Corte constitucional. Estado de Direito. Repartição de poderes.

Introdução

A consolidação do controle de constitucionalidade das leis é fruto de um longo e complexo processo histórico, iniciando-se na própria formulação do conceito de Estado, sua justificação em face da liberdade individual e o posterior advento da separação de poderes, e culminando com o reconhecimento de que a supremacia do parlamento não se coadunava com as garantias constitucionais do cidadão.

O presente trabalho terá por escopo a análise de tal evolução, desde a concepção de Thomas Hobbes sobre o contrato social e a formação do Estado até a teoria de Hans Kelsen, segundo o qual o controle de constitucionalidade deve ser atribuído, de forma concentrada, a um órgão independente, a corte constitucional.

1 Do contrato social e o nascimento do estado moderno

Apesar dos estudos levados a termo pelos gregos da Antiguidade e, posteriormente, da formação do Império Romano, é no século XVI que o Estado ganha contornos mais definidos, sendo compreendido, então, como forma de organização social, fruto da vontade humana, destinado a conferir harmonia e paz entre os indivíduos.

Nesse contexto, torna-se evidente a função primordial do Estado como instituição responsável pela garantia da paz e do harmônico convívio entre os indivíduos,

* Enviado em 4/9/2012, aprovado em 25/2, aceito em 10/7/2013.

** Mestrando em Direito - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; pós-graduado (*Iato sensu*) em Direito Público - Universidade de Brasília; advogado da União em exercício na Procuradoria-Regional da União da 2ª Região. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: mlaranjeira@oi.com.br.

livrando-os da guerra e da insegurança. O nascente ideal de estabilidade social transforma o Estado na organização política indispensável para evitar a luta desenfreada por bens e os constantes conflitos que caracterizavam o estado da natureza.

O filósofo inglês Thomas Hobbes (1588-1679) desenvolveu seu conceito de Estado fortemente influenciado pelas guerras que marcaram sua época: a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) e a Guerra Civil Inglesa (1642-1649). Partindo da concepção de que o homem, no estado de natureza, é inclinado ao conflito, à guerra de todos contra todos (*bellum omnia omnes*), já que guiado por seus instintos, pelas paixões, pela desconfiança e pela busca da glória (*i.e.*, pela precedência, pela superioridade em relação aos demais), Hobbes concebe o Estado como fruto de um contrato social, no qual os indivíduos transferem parcela de sua liberdade natural ao governante, a fim de que sua autoridade possa lhes garantir a paz.

Deste modo, o Estado é criação da inteligência humana, decorrente de um acordo entre os indivíduos no estado da natureza, e não fato natural ou obra divina. Trata-se, segundo Hobbes, do único meio de obter a paz e vencer o medo que habita cada ser humano, o medo de que outro homem lhe faça mal. Assevera Hobbes:

Conferir toda a força e poder a um Homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas Vontades, por pluralidade de votos, a uma só Vontade, é o único caminho para instituir um Poder Comum, capaz de defender a todos de invasões Estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da Terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos [...]. A essência do Estado, consiste nisso e pode ser assim definida: *Uma Pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante Pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a Paz e a Defesa Comum.* (HOBBS, 2000, p. 126, grifo nosso)

Observe-se que, para conferir a necessária estabilidade à referida organização social, Hobbes sustenta que a autoridade há de ter poder absoluto e centralizado, e seus mandamentos devem ser respeitados pelos indivíduos, pois estes, uma vez firmado o contrato, comprometeram-se a obedecer às leis impostas pelo Estado. Sem tal submissão, não se alcançaria a almejada segurança. Afinal, “cada homem, diante de cada homem, é obrigado a reconhecer e a ser considerado Autor de tudo que o Soberano fizer e considerar bom. A dissensão de um levaria os demais a romper o Pacto feito com esse alguém, o que constitui injustiça” (HOBBS, 2000, p. 128).

Na concepção hobbesiana, não há justiça fora da lei; não há Direito sem lei. Logo, não podem os indivíduos se opor ao cumprimento das normas legais em nome da justiça, pois tal conduta implicaria a desordem e, ao cabo, a guerra. A desobediência aos textos legais não seria compatível com o acordo de vontades que levou ao pacto social.

Em outras palavras, considerando que o contrato social e a criação do Estado tinham por fim a preservação da segurança e da paz - aspectos inequivocamente presentes na obra de Hobbes -, não se atribuía aos indivíduos o direito de resistência, de desobediência civil. A ordem do governante, materializada na lei, haveria de ser cumprida, pois a ela se obrigaram voluntariamente os homens.¹

Sob tal enfoque, o contrato social era não só de associação - por ser oriundo da reunião de homens que buscavam acabar com a guerra (sempre existente no estado de natureza) -, mas também de submissão, já que os indivíduos conferiam poder ao soberano, a quem deviam obediência.

A liberdade individual estaria respeitada, pois o contrato social seria fruto da vontade humana, nada havendo de ilegítimo na submissão ao soberano. Como os indivíduos voluntariamente se obrigaram a respeitá-lo (*pacta sunt servanda*), afirma Hobbes (2000, p. 156) que “a liberdade dos súditos está, somente, naquelas coisas permitidas pelo Soberano ao regular suas ações, como a Liberdade de comprar e vender ou realizar contratos mútuos; de cada um escolher sua residência, sua alimentação, sua profissão e instruir seus filhos conforme achar melhor etc”.

Assim, o Estado materializava-se na pessoa do soberano, cabendo a este conferir proteção ao povo. O exercício da força lhe era deferido em caráter exclusivo, evitando-se o conflito entre os governados. Como garante da segurança, o monarca haveria de reunir o poder de prescrever regras de conduta e de atribuição de bens, o direito da judicatura (decidir os conflitos), o poder de aplicar punições, o direito de nomear os servidores do Estado, o poder de declarar a guerra, etc.

A paz entre os indivíduos só seria alcançada se houvesse a submissão a um poder absoluto e centralizado. Tal poder conferiria ao soberano a liberdade até mesmo em relação às leis, já que o monarca não estaria sujeito às normas formuladas por ele próprio.² Segundo Hobbes (2000, p. 233), “estar sujeito a Leis significa estar sujeito ao Estado, isto é, ao Representante Soberano, quer dizer, a si próprio, o que não é sujeição, mas liberdade em relação às Leis”.

Conclui-se, portanto, que Hobbes defendia o Estado absolutista, estando clara, em sua obra, a opção pela concentração de poder nas mãos do monarca, como meio de evitar a disputa de interesses entre facções opostas. Desse modo, a soberania seria heterônoma, já que conferida pelos homens a um terceiro (o monarca).

A separação de poderes não era admitida, pois Hobbes considerava que tal estrutura fragmentada enfraqueceria a autoridade do governante. Dividir o poder de um Estado significaria dissolvê-lo, já que os distintos poderes acabariam destruindo-se uns aos outros (2000, p. 233).

Apesar de tal posicionamento, não se pode negar a valia de sua concepção de Estado soberano, entendido como a organização política na qual a coletividade confere ao governante poderes para a garantia da harmonia social. Justifica-se, desse modo, a atribuição de poder ao governante e não a cada indivíduo isoladamente; o poder de coação é retirado das mãos dos homens, tornando-se exclusivo do Estado.

Em oposição a Hobbes, o também inglês John Locke (1632-1704) nega o contrato social como pacto de submissão. Enquanto o primeiro sustentava que as leis postas pelo soberano compunham o Direito, não havendo norma que não tenha sido editada pelo monarca (as quais, em obediência ao pacto social, deveriam ser cumpridas, independentemente de seu conteúdo); Locke entendia que o respeito aos direitos naturais é limite à atuação do soberano - logo, o povo teria o direito de se revoltar quando o conteúdo da lei interferisse na vida, na liberdade e na propriedade.

Segundo Locke, a norma posta deve observar o direito natural, não bastando a mera adequação à forma. Como decorrência lógica, não pode o soberano reunir todos os poderes, pois tal concentração representaria perigo à liberdade individual, tornando-se ele um déspota.

O pacto social, em Locke, é um pacto de confiança, por intermédio do qual os homens conferem ao governante tão só o poder de resolver os conflitos, sendo dever do Estado garantir os direitos dos indivíduos em sociedade. Não cabe ao Estado dispor sobre a liberdade ou a propriedade individual; tais direitos permanecem sob o crivo exclusivo dos homens que, desse modo, permanecem livres. A interferência do Estado, por conseguinte, deve ser mínima, estando aí caracterizada a visão liberal de Locke.

Neste sentido, destaca Gustavo Binenbojm:

Locke - considerado o "pai do liberalismo" - lança as bases do ideal de governo limitado nutrido pelo jusnaturalismo racionalista, que afirma a existência de direitos inerentes à natureza humana e preexistentes ao Estado. Segundo sua conhecida formulação, a legitimidade do exercício do poder político decorre do respeito às liberdades inatas e inalienáveis, os direitos naturais. (BINENBOJM, 2011, p. 17)

Considerando que nenhuma sociedade pode se sustentar sem a proteção da propriedade, Locke ponderava que as transgressões dos indivíduos não podiam ser punidas senão pelo corpo político, a quem foi transferido o poder de julgar e de aplicar sanções. Os homens, com o pacto social, renunciam ao poder natural de defender sua propriedade por vias próprias, saindo, deste modo, do estado de natureza.

Para Locke, o homem, no estado da natureza, é livre e capaz de gozar todos os direitos decorrentes de tal condição. A natureza confere aos homens "não somente o poder de preservar aquilo que lhe pertence - ou seja, sua vida, sua liberdade, seus bens - contra as depredações e as tentativas de outros homens, mas de julgar e punir as infrações daquela lei em outros, quando ele está convencido que a ofensa merece" (LOCKE, 2001, p. 132).

Excluído o arbítrio particular de cada membro da sociedade, esta passa a reger-se por regras estabelecidas, imparciais e idênticas para todos os indivíduos, cuja aplicação é também exercida por homens aos quais se conferiu a autoridade de decidir os conflitos, aplicar a lei e punir os delitos.

Sob tal perspectiva, quando o governante extrapolar o poder de resolver os conflitos (impondo limites aos direitos individuais), quebrado estará o vínculo de confiança que tinha com o povo, podendo este se rebelar em defesa de sua liberdade. O direito de desobediência civil é, tal qual a liberdade e a propriedade, um direito inerente ao homem, não extinto com o pacto social.

O direito de resistência, como defendido por Locke, é reafirmado pelo francês Henri Benjamin Constant (1767-1830), que assim pondera:

Os cidadãos possuem direitos individuais independentes de toda autoridade social ou política, e qualquer violação pela autoridade é ilegítima. [...] Toda vez que uma lei nos pareça iníqua, existe o dever imanente, geral, implícito, de não cumpri-la. Esta força de resistência não provoca transtornos, nem revoluções, nem desordens. Nada justifica o homem que dá seu apoio a uma lei

que acredita iníqua. O terror não é uma desculpa mais valiosa que qualquer outra paixão injuriosa. (CONSTANT, 1989, p. 68-69)

Observe-se que, na concepção de Locke, o Estado existe para resolver os conflitos (e não para dispor sobre a liberdade e a propriedade individual), pois os homens são titulares de direitos inatos desde o nascimento, direitos que já estavam presentes no estado de natureza, antes mesmo da formação do próprio Estado. Tal concepção diverge da defendida por Hobbes, para quem, no estado de natureza só havia a guerra e a anarquia, sendo a liberdade e a propriedade necessariamente decorrentes do Estado civil.

A partir de sua obra, o conceito de Estado passa a incorporar um novo elemento, ainda hoje tão caro ao Estado de Direito: a separação de poderes. Locke entendia que a concentração de poder em uma só pessoa poderia pôr em risco a liberdade e a propriedade individual. Logo, não haveria segurança em um Estado absoluto e centralizado, como defendido por Hobbes. A separação de poderes apresenta-se, portanto, como requisito indispensável para que o governante não extrapole os limites de suas atribuições,

Nessa vertente, o poder atribuído à sociedade civil pelo contrato social há de ser dividido, cabendo ao Legislativo editar as leis, com o fito de garantir a estabilidade social (ou seja, o respeito à liberdade e à propriedade); e ao Executivo, aplicá-las para esse mesmo fim.³ Em ambos os casos, o exercício do poder estará sempre limitado pelo direito natural do homem.

Quanto ao legislativo, Locke afirmava que o exercício de suas funções não podia ser arbitrário, impondo-se o respeito aos limites que lhe foram atribuídos pela comunidade, para que restasse preservada a liberdade e a propriedade. Já a execução das leis deveria ser atribuída a outro poder, para evitar a confusão entre os que criam as normas e aqueles que as aplicam. Para Locke (2001, p. 170-171), ao lado do legislador é “necessário que haja um poder que tenha uma existência contínua e que garanta a execução das leis a medida em que são feitas e durante o tempo em que permanecerem em vigor”.

Em virtude de tal separação de poderes, Locke discordava de Hobbes, asseverando que a monarquia absoluta não se coadunava com a sociedade civil. A atribuição de poder a um só homem, que passaria a ter a autoridade de julgar e punir, de acordo com seu entendimento, restituiria os homens ao estado de natureza. De fato:

[...] supondo-se que o príncipe detenha nele próprio a totalidade do poder, legislativo e executivo, quando se busca obter a reparação e a indenização de injúrias ou inconveniências das quais o príncipe é o autor, ou que foram causadas por sua ordem, não se pode conseguir nenhum juiz, nem quem quer que seja que possa julgar com autoridade, sem injustiça ou parcialidade. Tal homem, seja qual for seu título - Czar ou Grande Senhor ou qualquer outro que se queira - permanece no estado de natureza, com todos sob sua dominação, assim como o resto da humanidade. Onde existam dois homens que não possuem uma regra permanente e um juiz comum para apelar na terra para que sejam dirimidas as controvérsias de direito entre eles, estes ainda estão no estado de natureza, e sujeitos a todas as suas inconveniências, com apenas esta lamentável diferença que distingue o súdito, ou antes o escravo, do príncipe absoluto: aquele que na condição ordinária de sua natureza permanece livre para julgar seu direito e defendê-lo com o máximo de suas forças, sempre que sua propriedade

for invadida pela vontade e por ordem de seu monarca, não somente ele não tem a quem apelar, como aqueles que vivem na sociedade devem ter, mas, se fosse degradado do estado comum das criaturas racionais, ser-lhe-ia negada a liberdade de julgar ou defender seu direito. (LOCKE, 2001, p. 135-136)

Em outra passagem, Locke reafirma sua oposição ao absolutismo:

O indivíduo exposto ao poder arbitrário de um único homem que tem cem mil sob suas ordens encontra-se em uma situação muito pior que aquele exposto ao poder arbitrário de cem mil homens isolados: ninguém pode garantir que a vontade daquele que detém tal comando é melhor que aquela de outros homens, embora sua força seja cem mil vezes mais forte. Por isso, seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas. (LOCKE, 2001, p. 165-166)

A teoria da separação de poderes é aperfeiçoada, na sequência, pelo francês Charles de Montesquieu (1689-1755), para quem o Estado deve comportar três poderes distintos: o Legislativo, ao qual compete a elaboração e ab-rogação das leis; o Executivo, ou melhor, o “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”, ocupando-se o governante pela manutenção da paz ou declaração de guerra, envio e recebimento de embaixadores, segurança da sociedade e prevenção de invasões; e o Judiciário, entendido como o “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, conferido ao príncipe ou magistrado, para a punição dos crimes e julgamento dos dissídios civis (MONTESQUIEU, 1960, p. 180).

Em *Do Espírito das Leis*, Montesquieu defende que os poderes de editar as leis e de julgar sua aplicação deveriam ser atribuídos a órgãos diferentes, sob pena de se tornar o Estado autoritário e arbitrário, pondo em risco a liberdade individual.⁴ Mais ainda: a coexistência dos poderes haveria de ser mantida por intermédio de limites recíprocos, impondo àqueles uma atuação harmônica, pois, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder” (MONTESQUIEU, 1960, p. 179).

Observe-se que Montesquieu, assim como Locke, via o Estado como forma de garantir as liberdades individuais, opondo-se ao regime absolutista. Sustentava Montesquieu que o indivíduo só estaria seguro se o poder estatal encontrasse limite, e este só seria possível com a repartição de poderes. Deveras, se o Poder Legislativo estivesse reunido com o Poder Executivo, o cidadão temeria o fato de se submeter a leis tirânicas, aplicadas também tiranicamente; se reunido o poder de julgar com o Poder Legislativo, o indivíduo estaria exposto a atos arbitrários, já que o juiz seria o próprio legislador; se unido o poder de julgar com o Poder Executivo, o juiz teria a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1960, p. 180).

O exercício ilimitado do poder levaria, portanto, ao despotismo. Segundo Montesquieu (1960, p. 16), no governo despótico, um só indivíduo, sem lei e sem regra, submete tudo a sua vontade e a seus caprichos. Em tal governo, é indispensável o temor do governados, de modo que “arrefeça todas as ousadias, e apague até os mínimos sentimentos de ambição” (MONTESQUIEU, 1960, p. 36-37).

É importante ressaltar que Montesquieu não só defendeu a separação de poderes, mas destacou a necessidade de se estabelecerem mecanismos de controle mútuo, a fim de evitar que um poder se sobreponha ao outro, o que, ao cabo, faria cair por terra o objetivo da divisão em si. Analisando tal concepção, bem esclarece Paulo Bonavides (1994, p. 140):

O gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*).

Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento - lembra o profundo pensador - são eles compelidos a atuar 'de concerto', harmônicos, e as facultades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII. Com efeito, quando o executivo emprega o veto para enfrear determinada medida legislativa não fez uso da faculdade de estatuir mas da faculdade de impedir, faculdade que se insere no quadro dos mecanismos de controle recíproco da ação dos poderes. (BONAVIDES, 1994, p. 140)

A teoria da separação de poderes, sistematizada por Montesquieu, exerceu forte influência na Constituição Norte-Americana (1787). Alexander Hamilton, John Jay e James Madison (1959, p. 196) claramente defenderam a separação dos poderes (por eles chamados "departamentos"), assim como dispuseram sobre os mecanismos de controle mútuo, assegurando que nenhum deles possuísse "direta ou indiretamente, uma influência preponderante sobre os outros no que se refere à administração de seus respectivos poderes".⁵

Com Montesquieu, a concepção do Estado já estava praticamente completa. No entanto, carecia da análise de um aspecto pouco observado até então: a participação política. E assim ocorreu em virtude da necessidade, então premente, de se consolidar o Estado não só como organização destinada à garantia da paz social (Hobbes), mas também como instrumento de preservação dos direitos naturais do homem (Locke) e de exercício repartido do poder (Montesquieu).

Coube a Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) trazer à baila o conceito de liberdade política. Segundo o filósofo suíço, a soberania permaneceria no povo, não tendo sido renunciada com o pacto social. Divergia, portanto, de Hobbes, para quem a soberania era transferida ao soberano, por vontade dos próprios indivíduos, que assim pactuaram. Nesse contexto:

[...] a vontade geral apenas pode dirigir as forças do Estado, segundo a finalidade de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, é o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. [...]

Digo, pois, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, não pode jamais alienar-se e que o soberano, que é um ser coletivo, não pode ser representado senão por si mesmo: o poder bem pode transmitir-se, mas não a vontade. (ROUSSEAU, 2002, p. 45)

Em outra passagem, Rousseau (2002, p. 47) sustenta que, além de inalienável, a soberania do povo é indivisível, “pois a vontade ou é geral ou não o é; é a de todo o povo ou apenas de uma parte. No primeiro caso, esta vontade declarada é um ato de soberania e faz lei. No segundo, não passa de uma vontade partícula ou de um ato de magistratura; é um decreto, não mais”.

Observe-se que a vontade geral - obtida pela vontade da maioria (não necessariamente pela unanimidade), com a participação de todos os membros da coletividade (ou seja, todos têm voz) - exsurge como limite da liberdade individual. Assim, com o pacto social, os indivíduos adquirem a liberdade civil, a qual, entretanto, não se confunde com a liberdade natural, cujo único limite é a força de cada homem (ROUSSEAU, 2002, p. 37).

Vale lembrar que a distinção feita por Rousseau foi igualmente reconhecida na obra do jurista austríaco Hans Kelsen (2005, p. 408), para quem:

Um sujeito é politicamente livre na medida em que a sua vontade individual esteja em harmonia com a vontade “coletiva” (ou “geral”) expressa na ordem social. Tal harmonia da vontade ‘coletiva’ com a individual é garantida apenas se a ordem social for criada pelos indivíduos cuja conduta ela regula. Ordem social significa determinação da vontade do indivíduo. A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia. (KELSEN, 2005, p. 408)

Segundo tal raciocínio, Rousseau defendia a participação direta do povo na definição do bem comum, negando legitimidade à representação parlamentar:

A soberania não pode ser representada, pela mesma razão por que não pode ser alienada; ela consiste, essencialmente, na vontade geral, e a vontade geral não se representa; ela é a mesma ou é outra; não há meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, já que não passam de comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não retificou em pessoa é nula; não é uma lei. (ROUSSEAU, 2002, p. 125)

O povo não precisava de intermediários para participar das decisões do Estado. Como todos os indivíduos tinham voz na definição dos rumos de seu governo, manifestando suas opiniões na seara pública, encontrava-se plenamente assegurada a participação democrática. Para Rousseau, a liberdade só estaria garantida com a participação política. Ou seja, o homem seria livre apenas com a participação nas decisões políticas.⁶

Ao contrário da visão hobbesiana, para quem a soberania era atribuída ao monarca (logo, heterônoma), Rousseau a qualificava como autônoma, já que seria exercida por seu titular (o povo). A soberania rousseauiana era, portanto, inequivocamente democrática, pois as leis que disciplinavam as relações sociais decorriam da direta manifestação do povo, representando a sua vontade. Ao governante incumbia simplesmente as respeitar e cumprir.

Rousseau propõe, então, o conceito de um novo contrato social, como bem esclarece Gustavo Binbenbom:

Partindo da visão da liberdade enquanto *autonomia*, Rousseau concebe que os homens seriam livres apenas e na medida em que obedecem somente à sua própria consciência. Projetando tal concepção para o plano comunitário, diante da evidência de que a liberdade individual irrestrita levaria à luta de todos contra todos, chega ele à ideia de um *contrato social*, fórmula associativa pela qual cada cidadão abriria mão de parcela de sua liberdade – a liberdade convencional. Esta fórmula, no entanto, só será eficaz caso haja coincidência entre as pessoas dos súditos e a do soberano, o que ocorre apenas quando os *destinatários* das leis são também os seus *autores*. Rousseau transpõe, assim, a liberdade enquanto autonomia, no plano individual, para a concepção, no plano comunitário, de liberdade como *soberania popular*. Se a lei é o produto da vontade geral – manifestada pelos próprios cidadãos – então, quem obedece à lei estaria, em última análise, obedecendo à sua própria vontade. (BINENBOJM, 2011, p. 20)

O perigo da teoria rousseauiana está no fato de que, sob sua óptica, o povo nunca erra, nunca se equivoca na definição da vontade geral (ROUSSEAU, 2002, p. 49). Por conseguinte, a liberdade individual e a propriedade poderiam sofrer extensas limitações em benefício do bem comum.

Tal concepção vem a ser criticada por Henri Benjamin Constant, para quem a soberania do povo não pode ser ilimitada, tendo em vista a existência de direitos que devem ser preservados, mesmo em face da maioria, da vontade geral. Especificamente em relação à obra de Rousseau, Constant faz a seguinte observação (1989, p. 64):

O consentimento da maioria não basta em todos os casos para legitimar atos; existem atos impossíveis de serem sancionados. [...]

Rousseau ignorou esta verdade. Seu erro fez de seu Contrato Social, tão frequentemente invocado, um favor da liberdade, o instrumento mais terrível de todas as formas de despotismo. Definiu o contrato celebrado entre a sociedade e seus membros como a alienação total de cada indivíduo, com todos seus direitos à comunidade. (CONSTANT, 1989, p. 64)

A soberania do povo, segundo Constant (1989, p. 70), haveria de encontrar limites na justiça e nos direitos dos homens, razão pela qual os “representantes de uma nação não têm o direito de fazer o que não pode fazer a própria nação”. E mais: em passagem paradigmática, o ilustre político francês claramente pontifica que a soberania não pode se voltar contra os direitos básicos do homem:

O povo não tem o direito de castigar um único inocente, nem tratar como culpado um único acusado sem provas legais. Não pode, pois, delegar a ninguém semelhante direito. O povo não tem o direito de atentar à liberdade de opinião, à liberdade religiosa, às garantias, às formas protetoras. Nenhum déspota, nenhuma assembleia pode, pois, exercer um direito semelhante dizendo que foi conferido pelo povo. (CONSTANT, 1989, p. 71-72)

Do mesmo modo, assevera Gustavo Binbenbojm:

O exagero apego rousseauiano à vontade da maioria, elevada à condição de fonte última e incontestável do poder político, tem sido o foco principal de seus críticos. Com efeito, levando-se ao limite o pensamento de Rousseau, toda lei, qualquer que seja o seu conteúdo, deve ser considerada legítima, eis que decorrente da vontade

geral. Tal concepção é apontada por diversos autores como subsidiária de regimes totalitários. (BINENBOJM, 2011, p. 21)

A soberania nas mãos do povo é retomada pela obra de Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836). Em *O Que é o Terceiro Estado*, o político francês sustenta que o povo (ou seja, o Terceiro Estado) é o verdadeiro titular do poder de dispor sobre sua constituição e organização (aí está o poder constituinte originário).

Todavia, ao contrário de Rousseau, Sieyès não defendia a participação direta. De fato, uma sociedade numerosa tornaria inviável o exercício direto da vontade geral, fazendo-se necessária a eleição de representantes da nação, verdadeiros comissionados que defenderiam os interesses comuns, dentro dos estritos limites da delegação.

Claramente influenciado pela doutrina de Locke, Sieyès sustentava que o governo devia ter limites, não podendo os representantes do povo desrespeitar os parâmetros estabelecidos pela vontade geral, sob pena de se voltarem contra aqueles que lhe atribuíram tal comissão. Assim:

O corpo dos representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda, a não ser por elas. A esta necessidade de organizar o corpo do governo, se quisermos que ele exista ou que aja, é necessário acrescentar o interesse que a nação tem em que o poder público delegado não possa nunca chegar a ser nocivo a seus comitentes. Daí as inúmeras precauções políticas que foram introduzidas na Constituição, e que são outras tantas regras essenciais ao governo, sem as quais o exercício do poder se tornaria ilegal. (SIEYÈS, 2001, p. 48)

Vale ressaltar que, segundo Sieyès (2001, p. 49), a nação existe antes de tudo, antes até mesmo do próprio Estado. E assim ocorre porque a nação se forma apenas pelo direito natural, é “tudo o que ela pode ser somente pelo que ela é”. Já o governo é fruto da vontade comum, é produto da nação, regulando-se pelas normas criadas pelo povo, quando do exercício de seu poder constituinte originário. Por conseguinte, é regido pelo direito positivo.

Tal concepção justifica-se por ser a nação, para Sieyès (2001, p. 51), o conjunto de indivíduos “fora do pacto social, ou, como se diz, no estado da natureza”. Destarte, encontra-se ela limitada apenas pelo direito natural, já que o exercício de sua vontade é livre e independente de qualquer forma de governo.

Observe-se que, assim como Locke, Sieyès reconhece que o Estado deve servir para garantir os direitos dos indivíduos, por ser constituído exatamente para atender à vontade comum, sendo por esta limitado. A nação, considerada origem de toda a legalidade, não pode ser desrespeitada pelo governo. Caso este ultrapasse os limites de suas atribuições, não há, nem pode haver, limitação alguma ao direito de o povo promover a instauração de nova ordem jurídica, porque assim foi exigido pelo interesse geral.

Da teoria lançada por Sieyès, com a distinção entre o poder ilimitado de dispor sobre a Constituição e o poder limitado de editar as leis ordinárias, conclui-se que a

liberdade do povo está assegurada pelo poder constituinte originário (ilimitado), o qual é exercitável a qualquer momento quando assim determinar a vontade geral. Ao mesmo tempo, os direitos reconhecidos pela Constituição ficam protegidos da atuação do Estado, pois os representantes do povo não poderão ultrapassar os limites impostos pela mesma vontade geral.⁷

Ao cabo de todas as concepções desenvolvidas em mais de três séculos da história, chega-se ao conceito que regerá a formação do que, atualmente, denominamos Estado de Direito. Trata-se da organização social, fruto de um consenso entre os indivíduos que, livremente, lhe conferem parcela de poder (Hobbes), passando a guiar os rumos de determinada sociedade, sempre respeitando as liberdades individuais (Locke e Rousseau).

E mais: o poder conferido aos representantes do povo não deve ser exercido de forma ilimitada e arbitrária, impondo-se sua repartição entre órgãos do Estado, os quais, harmônicos entre si, realizarão um controle mútuo e equilibrado (Montesquieu). Finalmente, o Estado não tem o poder de modificar, por ato próprio, os limites que lhe impôs o povo, sendo este o único titular do poder de instaurar uma nova ordem política, sempre que a vontade comum assim o exigir (Sieyès).

2 Da contribuição do século XX: a consolidação da corte constitucional

Apesar da inegável evolução do conceito de Estado e sua afirmação como organização social compatível com as liberdades individuais, tendo a separação de poderes como elemento indispensável para se evitar o arbítrio e o despotismo, restava dotar-lhe de um mecanismo de controle efetivo dos atos emanados do legislativo, em confronto com a Constituição.

De fato, não bastava consignar que o Estado se destinava a garantir as liberdades individuais; que era fruto da vontade de uma coletividade, com vistas a manter a estabilidade e a harmonia sociais. Não era suficiente dizer que o governante não podia reunir, além do poder executivo, o poder de legislar e de julgar. Fazia-se necessário conceber um órgão que garantisse que o legislador não violasse os direitos assegurados na Constituição.

Tal questão, por sua relevância, já havia sido aventada por Benjamin Constant, à luz da Constituição Francesa de 1814. Ponderando acerca da necessária limitação aos poderes constituídos, afirmou Constant:

A divisão dos poderes será infrutífera se a soma total dos poderes é ilimitada. Os poderes divididos podem fazer coalizão e o despotismo será inevitável. O que nos importa não é o fato de que nossos direitos não possam ser violados por um dos poderes sem a aprovação do outro, mas que nenhum poder possa transgredi-los. Não basta que os agentes do poder executivo precisem invocar a autorização do legislador; é preciso que o legislador não possa autorizar sua ação a não ser na esfera que legitimamente lhe compete. Não basta que o poder executivo não possa atuar sem a ajuda de uma lei, é preciso que se ponham limites a essa ajuda, declarando-se que há matérias que fogem à competência do legislador ou, em outras palavras, que a soberania é limitada e que nem o povo nem seus delegados têm o direito de converter em lei qualquer capricho. (CONSTANT, 1989, p. 67-68)

Neste sentido, ensina Gustavo Binenbojm:

Vinculando-se ao jusnaturalismo, Constant sustenta que os cidadãos possuem direitos inatos, independentes do reconhecimento estatal, os quais, à moda de Locke, constituem o referencial para a aferição da legitimidade do exercício do poder político. O autor desenvolve, assim, seu argumento no sentido do desenvolvimento de mecanismos de limitação do princípio majoritário: os cidadãos possuem direitos individuais independentes de toda autoridade social ou política, e qualquer violação pela autoridade é ilegítima [...]. Nenhuma autoridade pode atentar contra estes direitos sem violar o próprio título. Não sendo ilimitada a soberania do povo e não sendo a vontade suficiente para legitimar sobre tudo o que deseja, a autoridade da lei não é mais que a expressão verdadeira ou suposta dessa vontade, conseqüentemente não é ilimitada. (BINENBOJM, 2011, p. 21-22)

Henri Benjamin Constant, no entanto, atribuía o equilíbrio entre os poderes à figura real, entendida como o chefe de Estado, independentemente de seu título. Tal autoridade, por estar acima dos fatos, livre das paixões políticas e neutra em relação ao exercício dos demais poderes, tinha por função evitar que um destruísse o outro, “permitindo que todos se apoiem, se compreendam e que atinem comumente” (CONSTANT, 1989, p. 74). Na sua concepção, o chefe de Estado não exercia o governo, não detinha o poder executivo, já que este era conferido aos ministros. O poder real encontrava-se, deste modo, acima de todos os poderes, exercendo atividade inequivocamente de mediação.⁸

Não obstante o louvável propósito de estabelecer um equilíbrio entre os poderes, a teoria de Constant é desvirtuada quando o poder real passa a deter cumulativamente o exercício do poder executivo, o que acaba por torná-lo parte interessada e parcial. A título exemplificativo, pode-se apontar a presença de tal defeito orgânico em nossa própria história constitucional, nos termos postos na Carta Imperial de 1824.⁹

Ressalte-se que, segundo a doutrina contemporânea, a teoria do poder neutro de Constant não haveria mesmo de lograr êxito. Neste sentido, questionou o austríaco Hans Kelsen:

Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? [...]

Dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como guardião da Constituição era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional. (KELSEN, 2007, p. 242)

Em outro instante, arrematou Kelsen:

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apoia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior - sobretudo a assinatura de tratados -, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo. (KELSEN, 2007, p. 245)

Em virtude de tal degeneração, surgiu a necessidade de se transferir a função fiscalizadora a um poder não submetido aos interesses político-partidários; a um poder não interessado nas questões de governo, mas apenas na defesa do ordenamento constitucional.

A referida transição não foi, todavia, percorrida facilmente. Antes, apresentava-se necessária a superação da visão restritiva, nascida com a Revolução Francesa (1789-1799), de que os juízes seriam meros enunciadores da lei (“bouche de la loi”)¹⁰, cabendo-lhes simplesmente aplicar a norma posta mediante um processo puramente silogístico, de mera subsunção - concepção esta que se mantém íntegra no ordenamento francês, mesmo após a reforma constitucional de 2008.¹¹

O reconhecimento do poder dos juízes que, não eleitos, encontram-se alheios às pressões populares e, ao mesmo tempo, livres da influência do poder executivo, veio a se consolidar nos Estados Unidos da América, no célebre caso *Marbury versus Madison* (1803).

Ao julgar o pleito de William Marbury de ser diplomado juiz de paz, em obediência à nomeação feita pelo presidente John Adams (procedimento não levado a termo por James Madison, secretário do já presidente Thomas Jefferson), o juiz-presidente da Suprema Corte, John Marshall (que antes fora secretário de Estado de John Adams), de forma inédita declarou ser competência do tribunal exercer o juízo de adequação das leis à Constituição.

Em específico, Marshall analisou a constitucionalidade do § 3º da Lei Judiciária de 1789, que criou mais uma hipótese de competência originária da Suprema Corte, além daquelas previstas no artigo 3º da Constituição (com base em tal lei, Marbury impetrou o *writ of mandamus* com o fito de ser reconhecido o seu direito ao cargo). Considerando-a inconstitucional, o juiz Marshall entendeu não caber à corte determinar a diplomação de Marbury (BARROSO, 2009, p. 3-8).

Nascia, assim, o controle de constitucionalidade, exercido por todo juiz quando da análise de conflitos postos a sua apreciação (sistema difuso). Tal evolução fazia-se necessária, pois não seria compatível com os anseios de limitação do poder do Estado conferir plena liberdade ao legislador (teoria da supremacia do parlamento), como se este nunca incorresse em erro, como se os representantes do povo nunca pudessem legislar em afronta às liberdades individuais.

É evidente que não só o governante (Poder Executivo) mas também os representantes do povo (Poder Legislativo) haveriam de se submeter a um controle, para evitar que extrapolassem suas funções e, assim, violassem os direitos dos cidadãos. Nesse ponto, já havia se manifestado Sieyès, ao sustentar que o legislador ordinário encontra limites nos parâmetros estabelecidos pela nação (via poder constituinte originário).

Vale lembrar, nesta oportunidade, que o raciocínio levado a termo no caso *Marbury versus Madison*, concernente à possibilidade de o Judiciário declarar a nulidade das leis contrárias à Constituição, deu concretude à tese anteriormente aventada por Alexander Hamilton, Jay e Madison, que, no artigo LXXVIII, dirigido ao povo do estado de Nova York, assim ponderaram:

Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários. Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são (HAMILTON; JAY; MADISON, 1959, p. 314).

No entanto, a mais original contribuição para a sistematização do controle do Legislativo veio a lume no século XX, com a obra de Hans Kelsen, na qual se retomou a ideia de uma corte constitucional – órgão que, sob a denominação de “júri constitucional”, havia sido vislumbrado por Sieyès durante a Revolução Francesa. Tal modelo acabou por ser efetivamente implantado na Constituição austríaca, de 1º/8/1920, editada sob os auspícios do próprio Kelsen.

O objetivo de se criar uma corte constitucional era dotar a organização estatal de um órgão imparcial, não interessado na disputa política, e que, portanto, estaria habilitado a exercer o controle de adequação das leis aos ditames constitucionais. Em última análise, tratava-se de assegurar a liberdade individual contra a ilegal interferência do Estado (preocupação já presente na obra de Locke, Montesquieu e Constant), por intermédio da ab-rogação das leis incompatíveis com os direitos assegurados pela Constituição.

Assim, o controle dos atos legislativos deverá ser atribuído a um órgão externo ao parlamento, já que, como bem ponderou Kelsen, o responsável pela elaboração das leis terá a natural propensão a mantê-las válidas. Neste sentido:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional. (KELSEN, 2007, p. 150)

Em outra passagem, o ilustre jurista austríaco reafirma a importância do controle de constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria. (KELSEN, 2007, p. 240)

Sua teoria contrapõe-se ao princípio monárquico sustentado pelos filósofos e políticos do século XIX, para os quais caberia ao monarca defender a Constituição e, ao cabo, a preservação da regular atuação dos poderes e a defesa dos direitos individuais. Tal concepção tinha como pano de fundo a manutenção do poder monárquico, quando da transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. Com efeito, ensina o mestre de Viena:

Quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *guardião da Constituição* seria o monarca, esta não passava - quem poderia hoje duvidar disso! - de uma ideologia muito evidente, umas das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procuraria mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade se queria era - por razões cujo valor político não discutiremos aqui - impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só. (KELSEN, 2007, p. 240-241, grifo do autor)

A criação de um órgão externo, tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, veio a consolidar a organização estatal, dando eficácia aos anseios de limitação de poder presentes desde Locke. Deveras, a garantia das liberdades individuais não estaria completa se, além da repartição de poderes, não houvesse o estabelecimento de um efetivo controle mútuo - entre eles, o exercício da jurisdição constitucional - a cargo da corte constitucional.

Apesar da inequívoca relevância do controle das leis elaborado pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, não se pode negar que a tese de Kelsen representou profunda transformação no constitucionalismo contemporâneo, vindo a resolver, ainda, alguns problemas institucionais do sistema norte-americano, entre os quais está o fato de a revisão judicial da legislação ocorrer apenas em um processo subjetivo, ficando condicionada à manifestação da parte que eventualmente se sinta prejudicada por ela.

Sob a óptica de Kelsen (2007, p. 311), o grande problema do sistema norte-americano é que, não estando atribuído o controle a uma corte constitucional, “apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação”.

Todavia, como o interesse jurídico quanto à constitucionalidade da norma legal “é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas” (KELSEN, 2007, p. 311-312), Kelsen sustenta a necessidade de se estabelecer um procedimento específico, por intermédio do qual a questão constitucional seja diretamente levada à corte constitucional. Tem-se, aí, o controle concentrado de constitucionalidade.

No ordenamento constitucional brasileiro, a concepção de Kelsen exerceu inequívoca influência, tendo sido introduzido, ainda que tardiamente, o controle por ação direta de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/1965, editada na vigência da Constituição de 1946.¹² Tal ação era de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, cabendo sua propositura apenas ao procurador-geral da república, tendo por objeto leis federais e estaduais.¹³

No entanto, o controle concentrado instituído no Brasil guarda algumas diferenças em relação ao sistema austríaco, em especial quanto a sua inserção no Poder Judiciário e à atribuição de outras funções distintas do controle de constitucionalidade.

Enquanto, para Kelsen, a corte constitucional deve estar restrita à análise da constitucionalidade das leis e à resolução de questões de índole essencialmente constitucional (como, por exemplo, conflitos federativos, tensões entre os poderes constituídos e garantia dos direitos fundamentais albergados na Constituição), o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, exerce outras funções que não guardam correlação com tal atividade - *e.g.*, apreciação de demandas de natureza puramente subjetiva, como o julgamento de autoridades e a análise de *habeas corpus* ou mandados de segurança quando envolvidos certos agentes políticos -, o que acaba por distanciá-lo das reais funções de uma corte constitucional, tornando-o, muitas vezes, mera instância recursal.¹⁴

Outra discrepância diz respeito à inserção do Supremo como órgão de cúpula do Poder Judiciário, titular da competência para a revisão de decisões de tribunais superiores ou mesmo de órgãos de 1ª instância (como as turmas recursais dos juizados especiais federais), por intermédio de recursos apresentados em processos subjetivos (*inter partes*).

Para Kelsen (2005, p. 382), a função do tribunal constitucional é de legislador negativo, cabendo-lhe a ab-rogação das leis inconstitucionais, com efeitos *erga omnes*, pois “a anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato - por assim dizer - de legislação negativa. Um tribunal que é competente para abolir leis, de modo individual ou geral - funciona como um legislador negativo”.

Em outra oportunidade, Kelsen justifica a não inclusão da corte constitucional na estrutura do Poder Judiciário com respaldo na natureza da jurisdição constitucional. Neste sentido:

[...] o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular um lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. (KELSEN, 2007, p. 151-152)

O controle efetivo da constitucionalidade das leis, associado à supremacia da Constituição, dá forma ao que hoje se pode denominar “Estado Constitucional de Direito”, estágio mais recente da evolução política do conceito de Estado, no qual os direitos do cidadão são efetivamente protegidos do arbítrio; e o exercício do poder se faz com respeito à Constituição, cuja ascendência sobre todos os atos jurídicos, públicos ou privados, ocorre de forma imediata, sem a necessidade de intervenção da legislação ordinária. Em outros termos:

O contrato social serve para justificar, *moralmente*, o poder exercido na forma do direito positivo. Afinal, trata-se de um contrato em que cada indivíduo, autônomo, juntamente com os demais indivíduos autônomos e, portanto, com o assentimento não forçado de todos, regulam sobre algo que, razoavelmente, redunde no bem de cada um. [...]

Nenhum contrato pode dispor da vida; tampouco, nenhuma maioria política pode dispor dos direitos fundamentais, por exemplo, decidindo que uma pessoa pode ser condenada sem provas, ser privada arbitrariamente da sua liberdade pessoal ou de seus direitos civis ou políticos ou, ainda, condenada a morrer sem assistência médica ou social, bem como viver sem condições mínimas de dignidade. [...]

A Constituição não é só a explicação do contrato social, devendo realizar os valores emanados desse contrato social (a sua força normativa deve *constituir a ação* do Estado). [...]

Portanto, a justificação do Estado, pensado por Thomas Hobbes, criado para superar o *belum omnium* do Estado de Natureza e garantir a paz, está fundada na proteção dos direitos à vida, à liberdade pessoal, à dignidade humana, enfim, dos direitos fundamentais que são o significado concreto do pacto constituinte do Estado Moderno. (CAMBI, 2009, p. 29)

Conclui-se, assim, a longa formação do Estado de Direito como hoje o conhecemos. De fato, “a busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio específico do Estado de direito” (KELSEN, 2007, p. 239).

As liberdades individuais não se encontram mais sob o perigo de um governo absoluto. Os poderes constituídos, ao seu turno, exercem suas funções harmoniosamente, em conformidade com o texto constitucional, cuja supremacia é garantida pelo exercício do controle de constitucionalidade - seja difusamente, por todos os membros do Judiciário (experiência norte-americana) seja de forma concentrada, perante uma corte constitucional (como defendido por Hans Kelsen).

Conclusão

O objetivo deste trabalho foi demonstrar o longo caminho percorrido desde os teóricos políticos do século XVI até a consolidação do Estado como organização social compatível com a tutela das liberdades individuais e livre do perigo de exercício arbitrário e despótico do poder.

Para tal, destacou-se que não só a repartição de poderes - presente já na obra de John Locke e sistematizada por Montesquieu - mas também a criação de mecanismos para o controle da atuação do Legislativo revelaram-se de extrema importância para a efetiva garantia dos direitos dos cidadãos.

Mesmo sendo o Legislativo órgão representante do povo, nada assegurava que também tal poder incorresse no vício de atuar em causa própria, interferindo ilegitimamente nos direitos assegurados constitucionalmente, já que é formado por apenas uma parcela da coletividade (em decorrência da impossibilidade prática de participação direta dos cidadãos na tomada das decisões políticas).

Apresentava-se necessário complementar, portanto, o intrincado regime de controle mútuo, com a possibilidade de se atribuir a órgão externo ao Legislativo – e também não integrante do Executivo – o poder de ab-rogar as normas incompatíveis com a Constituição.

Sem negar a relevância do precedente norte-americano, no famoso caso *Marbury versus Madison*, e do sistema de controle de constitucionalidade dele decorrente (denominado difuso), destacou-se a importância da tese de Hans Kelsen, relativa à criação de uma corte constitucional, o que acabou por se espalhar não só pelo continente europeu, mas por diversos países mundo afora. Sob as mais variadas formas e denominações, os ordenamentos jurídicos que adotaram o controle concentrado atribuíram a tribunais constitucionais ou cortes supremas a magna função de verificar a adequação dos atos do legislativo ao rol de garantias individuais, cuja defesa, sem dúvida alguma, incumbe ao Estado.

Consolida-se, desse modo, o Estado Constitucional de Direito, fruto da evolução do Estado Moderno, com o acréscimo de mecanismos de controle entre os poderes e da efetiva verificação de adequação das leis à Constituição, passando esta a figurar como norma suprema que, de forma imediata, condiciona todos os atos jurídicos e, ao cabo, assegura o respeito aos direitos e liberdades do cidadão.

CONSTITUTIONAL COURTS: FROM THE SOCIAL CONTRACT TO THE CONSTITUTIONAL RULE-OF-LAW STATE

ABSTRACT: This paper intends to examine the evolution of the state, since its absolute concept developed by Thomas Hobbes to the present notion of constitutional state. The state, as a social organization, was born as an alternative to the state of nature, with the aim of ensuring peace and harmony among individuals, but at the same time presented itself as a possible affront to individual rights. Due to this negative bias, Hobbes was succeeded by several other philosophers and politicians who sought to create mechanisms to control state power, since the mere right of resistance to the concept of separation of powers. In this move, it was also concluded that the legislature, despite representing the general will, should be controlled by a neutral body, that is, a body foreign to the political dispute. Thus, it comes the control of constitutionality, which has acquired the most complete systematization with the work of Hans Kelsen, based on the concept of constitutional courts that have been previously hypothesized by Emmanuel Joseph Sieyès.

KEYWORDS: Constitutional courts. Rule-of-Law State. Separation of powers.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1824). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CONSTANT, Henri Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

FALCÃO, Joaquim; CERQUEIRA, Pablo. Estudo mostra que STF é corte recursal. *Consultor Jurídico*, 4 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-04/estudo-mostra-stf-corte-recursal-uniao-maior-usuario>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista: um comentário à Constituição Americana*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 121-186.

_____. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 299-319.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 237-298.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Brasil, 1960.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. São Paulo: RT, 2002.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do STF: ADI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=%20estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

Notas

¹ Ressalte-se, todavia, que Hobbes (2000, p. 159) atenua tal dever de obediência quando afirma que os súditos não podem se abster de defender a si mesmos. Logo, “quando o Soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou se mutile ou não se defenda de ataques ou deixe de alimentar-se, respirar, medicar-se ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer.”. No entanto, “nenhum homem é livre para resistir à Força do Estado, em defesa de outrem, seja culpado ou inocente, porque essa Liberdade priva o Soberano dos meios para proteger os seus Súditos” (HOBBS, 2000, p. 160).

² Tal liberdade em relação às leis que Hobbes conferia ao soberano não se coaduna com a sociedade civil, na visão de John Locke (2001, p. 138), já que “nenhum homem na sociedade civil pode ser imune às suas leis. Se houver um homem que se veja no direito de fazer o que lhe apraz, sem que se possa evocar qualquer recurso sobre a terra para reparar ou limitar todo o mal que ele fará, gostaria que me dissessem se não é verdade que ele permanece no estado de natureza sob sua forma perfeita e que portanto não pode se integrar de maneira nenhuma à sociedade civil”.

³ Locke faz alusão, ainda, ao que denomina Poder Federativo. Tal poder tem “a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as

comunidades que estão fora da comunidade civil". Distingue-se o Poder Executivo do Federativo, pois, enquanto o primeiro refere-se à "execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte", o segundo diz respeito à "administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos" (LOCKE, 2001, p. 171).

⁴ Tal concepção foi igualmente defendida por Hamilton, Jay e Madison (1959, p. 196), quando da formação dos EUA: "A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, autoneomeadas ou eletivas, pode se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania".

⁵ A análise das atribuições de cada departamento e os mecanismos de controle mútuo são objetos de vários artigos de Hamilton, Jay e Madison (1959), com destaque para os de número XLVI a XLVIII e LI a LXXXIII.

⁶ Por não reconhecer a liberdade sem a participação política direta, Rousseau afirmava que o povo inglês não era verdadeiramente livre. Na sua visão, este "só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que são eleitos, o povo torna-se escravo, não é nada." (2002, p. 125)

⁷ A supremacia da Constituição e a consequente limitação do legislador aos seus ditames sustentaram também o nascente constitucionalismo norte-americano, tendo Alexander Hamilton, Jay e Madison (1959, p. 314) asseverado: "Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo ao qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido".

⁸ Tal concepção foi utilizada pelo alemão Carl Schmitt (1888-1985) para justificar que a guarda da Constituição incumbia ao Presidente do Reich, negando tal função a um Tribunal Constitucional (SCHMITT, 2007).

⁹ "Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. [...] Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado" (BRASIL, 1824).

¹⁰ Montesquieu (1960, p. 187) utiliza tal expressão quando assevera que os juizes não são mais que "a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força e nem o rigor".

¹¹ Na França, até a reforma constitucional de 2008, uma vez aprovada e publicada a norma legal, não era mais possível suscitar sua inconstitucionalidade, devendo todos os poderes de Estado, inclusive o Judiciário, conferir-lhe plena aplicação. Com a Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10/12/2009, regulamentando o artigo 61-1 e o artigo 62 da Constituição francesa, passou-se a admitir a "questão prioritária de constitucionalidade" - ou seja, um controle superveniente de constitucionalidade, exercido pelo Conselho Constitucional. Por tal via, qualquer pessoa, parte em um processo administrativo ou judicial, tem o direito de questionar a constitucionalidade de uma lei que viole direitos e liberdades garantidos pela Constituição. Se procedente a impugnação, o Conselho Constitucional poderá ab-rogar o dispositivo questionado. Observe-se, no entanto, que os juizes continuam impedidos de apreciar a constitucionalidade das leis, cabendo-lhes apenas aplicá-las; tal juízo de adequação persiste atribuído, em caráter exclusivo, ao Conselho Constitucional.

¹² Antes da Emenda Constitucional nº 16/1965, o controle de constitucionalidade era prioritariamente difuso, nos moldes norte-americanos, estando previsto desde a Constituição de 1891. A Constituição Imperial de 1824 não admitia controle de constitucionalidade algum, já que era claramente influenciada pela teoria da supremacia do parlamento, cabendo apenas ao Legislativo dizer o sentido das normas, interpretando, suspendendo e revogando-as (artigo 15, VII). Também o imperador, como titular do Poder Moderador, exercia, em certa medida, tal função, pois lhe incumbia velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos poderes (artigo 98).

¹³ A partir da Constituição de 1988, o controle concentrado ganhou novo ânimo, com a ampliação dos legitimados ativos, deixando de ser a propositura de competência exclusiva do procurador-geral da república. Tal medida incrementou consideravelmente a impugnação direta de leis federais junto ao Supremo Tribunal Federal. Segundo estatística divulgada em sua página eletrônica, de 1988 a julho de 2012, foram distribuídas 4.716 ações diretas de inconstitucionalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

¹⁴ Corroborar tal assertiva o estudo feito por Joaquim Falcão e Pablo Cerqueira (2011). Vale relevo o seguinte trecho: "Dos 1,2 milhão de processos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2009, só 0,5% tratam do controle de constitucionalidade; 7,8% são de classe ordinária e 91,7 são recursais. De acordo com um estudo feito pela FGV-RJ, a corte constitucional brasileira está muito mais próxima de ser uma 'corte recursal suprema".