

**O PENSAMENTO LIBERAL CLÁSSICO E A
GÊNESE DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS:
AS PREMISSAS LIBERAIS QUE
FUNDAMENTARAM AS TESES PRESENTES
NA OBRA *O FEDERALISTA***

Breno Baía Magalhães*

RESUMO: O liberalismo clássico, em sua feição política, foi uma importante corrente de pensamento moderno que ajudou a fundamentar inúmeras matrizes institucionais e políticas da modernidade, como, por exemplo, os direitos naturais do homem e a ideia de um estado constitucional governado pela lei. Os artigos federalistas não fogem a essa regra e trazem importantes contribuições para a política dos Estados Unidos e fundamentam suas teses de acordo com as premissas liberais, e, dentre elas, a possibilidade de o poder judiciário controlar a constitucionalidade das leis emanadas do poder legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Liberalismo; Artigos Federalistas; Estado Moderno; Separação entre os Poderes; Controle de Constitucionalidade das Leis.

**CLASSICAL LIBERAL THOUGHT AND
THE GENESIS OF CONTROL OF THE
CONSTITUTIONALITY OF LAWS: LIBERAL
PREMISES THAT FOREGROUNDED THE
THESES IN *O FEDERALISTA***

* Bacharel, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA; Docente na Faculdade de Belém - FABEL/PA; Bolsista da CAPES; E-mail: brenows@yahoo.com.br

ABSTRACT: Political classic liberalism was an important modern conception that foregrounded numberless institutional and political patterns within modernity, such as the natural rights of the person and the idea of a law-abiding constitutional state. Federalist maxims abide to this rule and produce important contributions for the United States' policies. In fact, their theses agree with liberal premises within which may be mentioned the possibility of the juridical power's control over the constitutionality of laws hailing from the legislative power.

KEYWORDS: Liberalism; Federalist articles; Modern state; Division between powers; Control of the constitutionality of laws.

INTRODUÇÃO

Desde sua aplicação pelo judiciário americano pela primeira vez, em 1803, no famoso caso *Marbury v. Madison*, o controle de constitucionalidade das leis tem suscitado inúmeros debates acerca da sua legitimidade democrática, bem como do seu fundamento constitucional. Com efeito, ainda hoje é questionado o aspecto democrático do controle de constitucionalidade, em especial naquilo que diz respeito ao fato de o judiciário anular leis votadas por uma maioria de representantes eleitos pelo povo democraticamente.

Nesse sentido, é importante contextualizar suas origens teóricas, assim como os fundamentos políticos que ensejaram sua instituição na prática política dos Estados Unidos e, posteriormente, de quase todo o ocidente. Podemos, nesse contexto, buscar as gêneses teóricas da possibilidade do poder judiciário anular leis do parlamento no pensamento liberal exposto por Hamilton em alguns artigos da obra *O Federalista*.

Portanto, é imperioso discutir as bases doutrinárias do pensamento liberal que serviram de fundamento para as teses expostas pelos autores dos

artigos federalistas, na medida em que um dos mais importantes primados do pensamento político liberal é a necessidade de controlar, frear e dividir o poder, sendo inclusive um dos dogmas do constitucionalismo moderno. Em outras palavras, a necessidade de proteção dos cidadãos contra abusos do poder. Sem sombra de dúvidas, o controle de constitucionalidade das leis é um mecanismo que surge em meio às discussões das democracias liberais e deve sua legitimidade aos debates filosóficos que surgiram no florescer do século XVIII, em função de uma burguesia ascendente que aspirava por liberdade, direitos naturais e garantias de seus direitos individuais frente ao Estado.

1.1 O LIBERALISMO CLÁSSICO¹

O liberalismo surge, essencialmente, como doutrina política utilizada pela burguesia emergente na Europa e, conforme salienta Marilena Chauí (2000), se consolidou em 1668 na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa e no restante da Europa só após a Revolução Francesa, em 1789. Já nos Estados Unidos, foi com a luta pela Independência, em 1776², que os ideais liberais aportam no novo mundo.

Com os apelos da Revolução Gloriosa por um governo constitucionalmente instituído, por conseguinte, limitado e pela tolerância religiosa, aliados aos protestos contra os abusos absolutos na França, podemos traçar um dos primeiros e principais aspectos do liberalismo clássico e do liberalismo como um todo: a necessidade de uma divisão e limitação da autoridade (MERQUIOR, 1991, p. 17).

1 Esta divisão está baseada na obra de Merquior (1991), que divide o pensamento liberal em três fases: O liberalismo clássico (1780-1860); o liberalismo conservador e o neoliberalismo.

2 No mesmo sentido, ver Merquior (1991, p.16).

A revolução burguesa teve o condão de colocar os liberais em uma situação particular de fazer frente ao absolutismo e sua exacerbada concentração de poder nas mãos do monarca e de solucionar um problema de resistência ao passado e futuro: o primeiro espelhado na necessidade de derrubar a monarquia e dissolver a constituição social sobre a qual se assentava; já o desafio para o futuro, seria construir sobre estas ruínas um Estado liberal e constitucional que deveria se estruturar e funcionar sobre princípios diferentes, quando não opostos, as das novas monarquias, como salienta Roberto Valdés (1994, p. 31).

Durante o feudalismo, quando grassava a monarquia absoluta é possível constatar a existência de corpos intermediários, tais como: o clero, os senhores feudais, a nobreza, que gozavam de certas prerrogativas. Caso estes corpos fossem suprimidos, um Estado popular ou despótico poderia emergir, pois todas as faculdades de domínio se concentrariam no Estado. Esta formulação demonstra a ambiguidade acerca do poder existente no Estado liberal, uma vez que inexitem esses corpos intermediários. Nesse ponto, é inevitável que a liberdade surja como direito mais importante, pois a concentração do poder estatal é enorme, e, caso aquela se perca naquele poder, o povo será o mais escravizado da terra. Por isso é muito cara a ideologia liberal, a teoria de limitação do poder futuro. Tal limitação adviria, portanto, da divisão desse poder entre vários sujeitos (VALDÉS, 1994, p. 34-35).

De acordo com Merquior (1991), o liberalismo clássico pode ser caracterizado como a busca de um Estado Constitucional (como poderes bem delimitados e limitados e um grau de controle do governo pelos súditos) e uma grande margem de liberdade individual ou civil. Ainda de acordo com Merquior (1991, p. 65), os liberais clássicos (ou protoliberais, como quer o autor) introduziram dois conceitos fundamentais ao pensamento político moderno, quais sejam: democracia e libertarianismo,

que consolidaram uma defesa do indivíduo não apenas contra o governo, mas contra intromissões do constrangimento social como um todo.

Os princípios fundamentais do liberalismo podem ser sintetizados, portanto, em: *Liberdade, Tolerância, Defesa da Propriedade Privada, Limitação do poder e Individualismo*. Nesse passo, para que se pudesse consolidar a justificativa de uma liberdade individual, surge, entre os liberais clássicos, a ideia de direitos naturais.

Esta concepção de direito pode ser encontrada já na antiguidade³, com Cícero (1996, p. 52) e seu apelo à reta razão e jurisprudência consuetudinária do povo (*jus commune*). Todavia, o conceito liberal clássico da modernidade apresentava algumas diferenças básicas. Um dos aspectos modernos da concepção de direitos naturais ganha corpo, por exemplo, nos modelos contratualistas. Bobbio (2000, p.11) sintetiza a teoria liberal dos direitos naturais como aquela:

a qual os homens, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza, e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda invasão por parte dos outros.

3 De acordo com Bobbio (1996, p. 14), ainda que a ideia do direito natural remonte à antiguidade clássica, assim como à idade média, apenas se pode falar em uma doutrina ou escola do direito natural, em função de seu surgimento, no começo do século XVII e XVIII, ou seja, no decorrer da idade moderna. Os antecedentes históricos indicam que o marco inicial dessa nova escola foi o lançamento do livro de Hugo Grócio (1588-1625), *De iure belli ac pacis*.

Hobbes, de acordo com esta perspectiva, resgata o contratualismo e a individualidade liberal, na medida em que considera a sociedade como um conjunto de indivíduos. Contudo, coube a Locke refinar o contratualismo hobbesiano e propor, não uma monarquia absoluta como forma de governo do modelo de Hobbes, mas um governo limitado (MERQUIOR, 1991, p. 44). Como um dos pressupostos desta limitação ao governo, Locke sustentou a necessidade de um consentimento periódico e condicional por parte dos governados, o que justifica o direito à resistência e à revolução. Para Locke, vale salientar, o único direito que os indivíduos abandonam em detrimento do contrato é o de fazer justiça com as próprias mãos, mantendo, assim, todos os demais direitos oponíveis contra o Estado⁴ (MERQUIOR 1991, p. 45).

A doutrina liberal dos direito naturais possui uma correlação lógica estreita com o contratualismo defendido pelos autores liberais clássicos. Bobbio (2000, p. 15) afirma que a ideia de que a legitimidade do exercício do poder político está assentada no consenso daqueles que estarão sujeitos a ele, supõe que os direitos a serem pactuados independem de que um soberano os outorgue e que este tem o dever de dar maior amplitude e garantia a tais direitos. Ademais disso, o individualismo é uma constante que permeia a teoria dos direito naturais e do contratulismo, uma vez que concebe o individuo anteriormente ao Estado, como sujeito titular de direito anteriores aquele.

4 Esta consideração de Locke pode ser justificada pelo fato de que, para o inglês, o estado de natureza é um estado de paz, igualdade e liberdade entre os homens. Portanto, deve haver alguma vantagem a ser atribuída ao contrato social, para que os homens abdicuem desse estado natural em função de uma formulação fictícia baseada no consenso de um poder político incorporado no Estado. A resposta está nas considerações do inglês de que, ainda que goze de seus direitos, o homem ainda está em constante perigo e ameaça. Trata-se de uma antropologia pessimista, que culpa os homens degenerados e a corrupção como as justificativas para que os homens saiam do estado de natureza e se prestem a fazer acordos com outros, a fim de proteger, sobremaneira, a sua propriedade. Este é o fim do Estado e do governo: proteção da propriedade. O que falta ao estado de natureza, na segurança da propriedade, é: uma lei estabelecida, fixa e conhecida; um juiz público e imparcial e um poder que atribua força à sentença, quando for justa (VALDÉS, 1994, p. 49-52).

Merquior (1991, p.75) sustenta que os autores dos artigos federalistas, por sua vez, se preocuparam em combater um problema emergente: o poder majoritário desenfreado. Ou seja, era necessário apoiar uma política que pudesse delimitar o poder, da mesma forma como concebera Locke com sua perspectiva política de confiança e consentimento por parte do povo.

Portanto, em linhas gerais, no século XVIII, também se pode destacar que o liberalismo propugnado nos Estados Unidos seguiu os moldes daquele praticado na Europa. Em suma, estes pensamentos de limitação do poder, Estado Constitucional de divisão entre os poderes, defesa dos direitos naturais do indivíduo, do individualismo e da premência de remédio que pudessem refrear a existência de uma ditadura da maioria fundamentaram as propostas políticas apresentadas pelos americanos que escreveram os artigos federalistas.

2 OS ARTIGOS FEDERALISTAS.

De 25 de maio a 17 de setembro de 1787, cinquenta e cinco delegados dos doze Estados americanos se reuniram em uma convenção federal, sediada na Filadélfia, com o propósito de submeter o projeto de Constituição elaborada pela mesma à ratificação das convenções estatais, uma vez que a carta política vigente, as Cláusulas da Confederação, exigia que suas emendas fossem aprovadas pelo congresso e pelo legislativo de cada Estado (WRIGHT, 1984, p. 12). Dessa forma, o congresso, de acordo com resolução de 28 de setembro de 1787, submeteu o projeto a referendo. Nesse contexto, surgem os artigos federalistas, publicados em jornais de Nova Iorque, entre 27 de outubro de 1787 e 4 de abril de 1788, que apoiavam a ratificação da nova Constituição. Os artigos eram

assinados por *Publius*, pseudônimo de Alexander Hamilton (1755-1804), John Jay (1745-1859), James Madison (1751-1836). Esse conjunto de artigos veio formar o texto *O Federalista* (LIMONGI, 2005).

Os artigos publicados serviam tanto como uma explicação e justificação da Constituição posta a referendo, bem como a exposição do posicionamento dos teóricos que participaram de sua elaboração. Os autores dos artigos, ainda que discordassem em inúmeros pontos, consentiam unanimemente que a nova Constituição era muito superior e bem mais adequada aos tempos modernos, que os vetustos termos das Cláusulas da Confederação (LIMONGI, 2005, p. 246)

Uma das principais bandeiras defendida pelos artigos federalistas e presente na Constituição posta a referendo é, sem dúvida, a forma de Estado federalista⁵, em contraposição ao modelo confederativo vigente. A existência da Confederação e a soberania dos Estados levavam, por vezes, a situações insustentáveis de ingovernabilidade, pois os Estados se recusavam a cumprir as leis emanadas do Congresso, servindo estas apenas como simples recomendação aos Estados, conforme explica Hamilton (1984, p. 182). Nesse sentido, inúmeros argumentos foram levantados para a defesa do Estado federal: a observância das leis congressuais (1984, p.183 e Artigo 16); o necessário equilíbrio entre os poderes dos Estados federados e da União, com vistas à implementação de políticas e sua efetiva realização (1984, p. 195-196); a facilidade de defesa e menos gastos com forças militares para proteção do território e fronteiras (artigos 19 e 20); facilidade na arrecadação e distribuição tributária (1984, p. 220); necessidade de um governo central e ativo (artigo 23) etc.

⁵ Bonavides (2003, p.181) conceitua o Estado federal da seguinte forma: “No Estado federal deparam-se vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos. Não possuem esses Estados soberania externa e do ponto de vista da soberania interna se acham em parte sujeitos a um poder único, que é o poder federal, e em parte conservam sua independência, movendo-se livremente na esfera da competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização”.

Outra importantíssima contribuição dos artigos federalistas foi o aprimoramento da doutrina da separação dos três poderes, sistematizada, anteriormente por Montesquieu⁶. De acordo com Limongi (2005, p. 251):

A defesa da aplicação desse princípio [*separação dos poderes*] encontra-se construída a partir de medidas constitucionais, garantias à autonomia dos diferentes ramos de poder, postos em relação um com os outros para que possam se controlar e frear mutuamente (...). Os diferentes ramos do poder precisam ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças um dos outros, garantindo que cada um se mantenha dentro dos limites fixados constitucionalmente.

De acordo com Madison (1984, p. 418), as garantias que eram atribuídas àqueles que exercem os poderes servem como meio de neutralizar as ambições pessoais que pudessem interferir na esmerada funcionalidade de determinado poder. Afirmo o americano que justamente este aspecto ambicioso do ser humano é que determina a existência de um governo político que o possa exercer controle. Nesse passo, conclui que a dependência em relação ao povo é que se consubstancia como o principal controle do poder.

6 Em um sentido contrário, Roberto Valdés (1994) afirma que a questão da separação orgânica-funcional dos poderes seria apenas um pressuposto da verdadeira doutrina acerca da separação dos poderes de Montesquieu. A separação de poderes não consiste somente na não identificação do órgão das três ou duas funções, mas também, e de forma fundamental, na não atribuição a nenhum estamento social por si só o exercido isolado ou simultâneo, mas sim combinado e coordenado das funções legislativas e executivas. O problema da separação dos poderes, portanto, não era um problema lógico-jurídico, mas sim político prático, que consistia em dividir entre sujeitos políticos concretos e preexistentes (o povo e a nobreza), quaisquer que sejam na conjuntura política, as diversas funções do Estado com a finalidade de obter um equilíbrio na construção geral da dominação político estatal.

Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. (...) A ambição será incentivada a enfrentar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos direitos constitucionais. (...) Esta política de jogar com interesses opostos e rivais, à míngua de melhores recursos, (...) é particularmente utilizada na distribuição de poder em todos os escalões subordinados, onde o objetivo constante é dividir e dispor as várias funções de tal modo que uma possa ter controle sobre outra - que o interesse privado de cada indivíduo seja uma sentinela dos direitos públicos (MADISON, 1984, p. 418).

2.1 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO.

Nesse sentido, para que possamos dimensionar a importância institucional do controle de constitucionalidade das leis, é importante fixar, antes, o papel que os artigos federalistas reservaram para o poder judiciário. Conforme salientado alhures, sua perspectiva da separação de poderes segue os modelos preconizados por Montesquieu, contudo, deles diferem em alguns aspectos. Um deles diz respeito à função do poder judiciário no sistema de freio e contrapesos.

Para Montesquieu (1995, p. 57), nos governos republicanos é da natureza da Constituição que os juízes observem literalmente a lei. O que implica, portanto, que a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei, em que ele se deve restringir a ser a boca do legislador, de maneira que não lhe é deixada nenhuma margem de discricção para

exercer qualquer outra função, porquanto, se ao juiz fosse permitido alterar as leis com base em critérios eqüitativos ou quaisquer outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e o próprio juiz. É válido salientar que Hamilton (1984, p.576) partilha da mesma ideia de Montesquieu em relação à fraqueza do judiciário. O americano afirma que o poder judiciário é o que menos pode causar violações aos direitos políticos previstos na Constituição, se configurando como o mais fraco dos três poderes.

Com efeito, o sistema de freio e contrapesos sustentado pelos federalistas exigia que fossem atribuídas garantias aos membros dos poderes para que não pudessem ser corrompidos, bem como lhes assegurassem seus cargos através de determinadas prerrogativas, para que pudessem exercer suas funções de fiscalização de outros poderes com independência e imparcialidade, situação não vislumbrada pelo autor francês, assim como a possibilidade de rever judicialmente as leis congressuais.

Nesse sentido, a separação dos poderes nos Estados Unidos se estabelece através de um sistema relativamente rígido de separação, em que as três principais funções são atribuídas a três órgãos diferentes, mas a rigidez é derrogada em favor de um maior equilíbrio através de um controle mútuo dos órgãos (VALDÉS, 1994, p. 104-105); portanto, aqueles princípios de especialização funcionais são derrogados em favor do mútuo controle.

No artigo 47 d'O *Federalista*, Madison, por exemplo, defende uma interpretação flexível do princípio da separação dos poderes. Ainda que não estivesse presente na Constituição, as palavras de Madison espancam quaisquer dúvidas que possam surgir da aplicação desses controles recíprocos entre os poderes, a fim de garantir a liberdade e evitar o nepotismo. Roberto Valdés (1994, p. 108-109) aponta que uma

das principais razões para a existência desse controle recíproco era o temor de um legislativo que poderia se expandir de maneira desmesurada, em contraposição a um descrédito da possibilidade de uma usurpação despótica do poder executivo. Esta diferente forma de encarar o fenômeno da tripartição de poder, continua Valdés (1994, p. 113), pode ser explicada pela homogeneidade social americana, uma vez que não existiam os estamentos sociais advindos do feudalismo europeu e sua respectiva tradução institucional para a realidade do novo continente. Ademais, dessas relações históricas e sociais, o constitucionalismo norte-americano emergente vê no legislativo o órgão que pode violar a liberdade, pois não tem de derrubar a barreira social e institucional existente na Europa das monarquias despóticas (poder executivo).

Quanto a resistências institucionais, tem-se que na Europa uma das preocupações da separação dos poderes era encaixar os antigos postos ocupados pelos monarcas; daí o surgimento de um regime de executivo dúplice típico dos sistemas parlamentares. O que não se demonstrou necessário nos Estados Unidos, permitindo a ascensão de um modelo de executivo monista legitimado democraticamente, como o legislativo, determinando a feição de um governo republicano e democrata através do Presidencialismo (VALDES, 1994, p. 114). Daí, portanto, a razão de Madison, no Artigo 48 não temer a desconfiança de um executivo democraticamente eleito, em contraposição a um monarca hereditário. Ademais disso, os federalistas apresentam uma grande preocupação para com os direitos da minoria, pois uma maioria numérica pode ter interesses capazes de prejudicar os direitos de um grupo minoritário e os remédios para esse abuso democrático do poder de representação são: o veto (art. nº 73), a divisão territorial em uma federação e de vários níveis de legislativos estaduais, o que dificultaria a formação de uma maioria mais homogênea a

respeito de muitos assuntos delicados e importantes (VALDES, 1994, p.118).

Portanto, o papel do poder judiciário cresceu em importância no contexto liberal americano e precisava, por isso, de garantias que pudessem manter a separação dos poderes, ou seja, que não o fizesse depender de nenhum outro poder para seu funcionamento normal. Nesse sentido, cita-se a necessidade de estabelecer a impossibilidade de o legislativo (poder que foi incumbido de alterar os vencimentos dos juízes) reduzir os salários dos membros do poder judiciário. Através dessa garantia, conforme salientou Hamilton (1984, p. 584), o “magistrado sentir-se-á seguro quando a própria situação, não sofrendo, no exercício de suas funções, o receio de se ver prejudicado”. Ademais disso, os juízes poderiam permanecer nos seus cargos por tempo indeterminado, desde que se conduzissem de forma correta (1984, p. 576)

Por outro lado, os membros do judiciário estariam submetidos à possibilidade de serem suspensos de seus cargos, em casos de má conduta, pela Câmara dos Deputados e, caso fossem condenados pelo Senado, poderiam perdê-lo, em mais um exemplo do sistema de freios e contrapesos.

Dentro deste contexto, ainda que Hamilton considerasse o judiciário como um poder fraco, expôs ao longo do artigo federalista nº 78 uma doutrina liberal que iria revolucionar a posição deste poder na sistemática da tripartição dos poderes e para os desígnios da República: o controle de constitucionalidade das leis.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMO CONSECUTÁRIO LÓGICO DO LIBERALISMO CLÁSSICO.

Hamilton atribuiu ao poder judiciário a grave incumbência de rever, judicialmente, a legislação que se encontrasse em desconformidade com a Constituição dos Estados Unidos. Tal possibilidade de atuação judicial, diga-se de passagem, não se encontrava em nenhuma prescrição da Constituição posta a ratificação pelo congresso. Sua existência e seus fundamentos jurídicos foram aplicados, de forma efetiva, pela primeira vez em 1803, pela Suprema Corte, no caso *Marbury v. Madison*⁷.

O que nos importa, entretanto, é salientar os aspectos da política liberal clássica, invocados por Hamilton para sustentar, teoricamente, a possibilidade do poder judiciário anular leis votadas democraticamente pelo congresso nacional ou pelo legislativo estadual que contrariassem a Constituição federal.

Como corolário da teoria sustentada por Hamilton (1984, p. 577), é imperioso salientar o importante papel da Constituição e sua função essencial de limitar os poderes. Nesse sentido, a Constituição traria limitações à atividade legislativa, como, por exemplo, a de não aprovar projetos de leis de confisco ou de leis que pudessem ser aplicadas *ex post facto*⁸.

Em primeiro lugar, o federalista sustenta que a possibilidade de

7 O Chief Justice Marshall, quem decidiu o caso, expôs em sua sentença que: *It is emphatically the province and duty of the Judicial Department [the judicial branch] to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law [e.g., a statute or treaty] be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law [e.g., the statute or treaty] (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. ,1 Cranch, 137 ,1803, p.177-178).*

8 Seção 9 da Constituição de 1787- No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.

anular atos de outro poder não significa que um seja superior ao outro, uma vez que a atividade de anulação exercida pelo judiciário estaria amparada pelos preceitos inscritos na Constituição, que devem ser, obrigatoriamente, observados pelo legislativo. Ou seja, a relação é de fiscalizar os atos de um poder delegado, na medida em que os atos do representante (o legislativo) não podem ser superiores ou contrários aos do representado (povo). Ademais, as cortes serviriam como órgão intermediário entre o povo e o legislativo, atuando como fiscais das atividades do legislativo (1984, p. 578)⁹. Nesse sentido, Hamilton sintetiza:

O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como os significados de quaisquer resoluções do legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida: em outras palavras, a constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes (HAMILTON, 1984, p. 578).

Uma das principais decorrências do pensamento de Hamilton foi a de transformar a Constituição, uma norma rígida, na norma superior do ordenamento jurídico. Todavia, superioridade formal e rigidez não são conceitos juridicamente equivalentes. A sua inalterabilidade pelo legislador

⁹ Uma idéia bastante parecida é sustentada por Rousseau (1991): *Quando não se pode estabelecer uma exata proporção entre as partes constitutivas do Estado, ou quando causas indestrutíveis nelas alteram continuamente as relações, institui-se então uma magistratura particular que não se corporifica com as outras, que repõe cada termo em sua verdadeira relação, e que estabelece uma ligação ou um meio-termo, seja entre o príncipe e o povo, seja entre o príncipe e o soberano, ou ainda entre ambos os lados, em caso de necessidade. Esse corpo, que eu denominarei tribunato, é o conservador das leis do poder legislativo, e serve, por vezes, para proteger o soberano contra o governo (...).*

ordinário não é um consectário lógico de sua superioridade normativa em um ordenamento jurídico. A superioridade formal da Constituição depende de sua conformação expressa acerca da sua alteração, ainda que o mecanismo seja o mesmo de uma lei ordinária, como numa Constituição flexível. Isso porque rigidez e supremacia formal se derivam de finalidades diferentes (VALDES, 1994, p. 129), a primeira da identidade formal da Constituição, a segunda de sua estabilidade. Tanto que a rigidez não se considera como condição necessária da superioridade, nem como é condição suficiente da mesma. A rigidez é inoperante para definir a identidade da Constituição. A rigidez apenas tem fundamento quando vem determinada expressamente. Os federalistas não identificavam o fenômeno, mas entendiam que a existência de um mecanismo solene de alteração e o caráter escrito determinavam um valor a mais para a Constituição. A exigência de uma reforma diferenciada não pode ser encarada apenas em seu aspecto mais técnico, mas possui outra virtualidade jurídica.

Outro importante argumento liberal para a sustentação do controle da constitucionalidade das leis diz respeito à impossibilidade de uma maioria de representantes, uma vez que foram eleitos pelo povo para realizarem os ideais insculpidos na Constituição, absorverem toda a vontade do povo no sentido de derrogar as normas constitucionais através de leis que a contrariem, ou seja, o de que maiorias temporárias tomem conta do poder e acabem com liberdades constitucionais básicas, e esta perpetuação da ditadura de uma maioria poderia ser perpetrada através da legislação, caso não houvesse qualquer mecanismo que pudesse por um feio a essa prática. Nesse sentido, Hamilton (1984, p. 580) atesta a cautela que terão de ter os juízes aos julgar estas disposições votadas pela maioria de uma comunidade. Nesse contexto, aponta para a perturbação para a sociedade a existência de leis que pudessem violar direitos individuais de

uma determinada coletividade de cidadãos e a extrema injustiça que seria mantê-las no ordenamento jurídico.

Tal poder não tornaria o judiciário mais poderoso que os demais, a ponto de desequilibrar a balança dos poderes. A faculdade de o judiciário poder declarar nula uma lei inconstitucional está determinada pelo fato de que a interpretação das leis (e a Constituição é uma lei) tem de ser feita pelo órgão mais apto a realizar a interpretação de normas jurídicas e que foi incumbido pela Constituição para realizar tal mister (VALDES, 1994, p. 161). A supremacia constitucional sairia, portanto, por conta de sua existência como a maior expressão da vontade de um povo, ou seja, por conta de sua supremacia política de expressão do poder constituinte, que é superior aos poderes constituídos.

Este pensamento espelha um dos clássicos posicionamentos liberais que esta política sustenta, qual seja, o primado da liberdade e dos direitos individuais anteriores ao Estado e garantidos pela Constituição. Nesse sentido, Locke (1991, p. 231) afirma que *sendo iguais e independentes, ninguém deve provocar danos aos demais no que se refere à vida, à saúde, à liberdade ou às posses*¹⁰. Esta afirmação corrobora a possibilidade de ser anulada uma lei, ainda que votada por uma maioria eleita, que viole, frontalmente, tais direitos de liberdade liberais.

Esta concepção liberal está, por sua vez, intimamente ligada com a necessidade de uma medida de limitação do poder estatal. A partir deste corolário surge a ideia de um Estado de Direito em sentido forte, conforme aponta Bobbio (2000, p. 19). De acordo com o autor italiano, este Estado se caracteriza como a integração de todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e

¹⁰ A ideia Lockeana da defesa de um direito natural superior às leis foi fundamental na consideração do controle de constitucionalidade nas colônias americanas, fazendo ressurgir um conceito de direito natural já superado na Europa (VALDES, 1994, p. 141)

ilegítimo do poder. Nesse sentido, Bobbio (2000, p. 19) cita a existência de um judiciário independente e forte para que evite essas intromissões, que podem ser evitadas com o controle da constitucionalidade das leis.

Uma vez mais, é importante salientar que a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pela maioria democraticamente eleita, serve, juntamente com outros meios pontuados por Tocqueville¹¹ (1977, p. 185), como, por exemplo: a manutenção constante da sociedade civil reunida em associações participando das decisões prevaletentes do interesse coletivo e sentindo continuamente o prazer e a importância da liberdade; para que se evite a ditadura da maioria, na medida em que esta poderia, através das leis, violar as liberdades liberais básicas.

Partindo dessa premissa, Bobbio (2000, p. 60) arremata, na esteira de Tocqueville, que ainda que haja a democracia representativa direta ou indireta, não é segurança suficiente para que exista um governo que preze as liberdades básicas. Nesse sentido, afirma que para que estas sejam asseguradas de forma efetiva, é necessário que se garantam os clássicos direitos liberais de matriz individual, como, por exemplo: a liberdade de imprensa, liberdade de associação e, em especial, os direitos individuais que possam ser usurpados em detrimento de interesses coletivos, a fim de que se busque uma igualdade perante o direito. Ou seja, de que todos sejam tratados da mesma forma, sob o império da lei.

11 Acerca do judiciário americano, Tocqueville (1977, p. 221) afirma: “Já mostrei como servem os tribunais para corrigir os descaminhos da democracia, e como, sem jamais poder deter os movimentos da maioria, conseguem diminuir o seu ritmo e dirigi-los”. A proposta básica do autor francês contra a ditadura da maioria e o papel do judiciário é que haja o controle consciente, a fim de que a liberdade não seja gradativamente corroída e, por fim, destruída.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pudemos constatar que as noções correntes que servem para representar os dois aspectos do Estado liberal – o limite dos poderes e o limite das atribuições – são a noção do Estado de Direito adotada pelos autores dos artigos federalistas. Nesse sentido, por Estado de Direito entende-se um Estado cujos poderes públicos são submetidos às leis gerais do país, estas estariam submetidas, consecutivamente, à égide de uma Constituição que delimitaria o campo de atuação do legislativo.

Esta forma de organização estatal, no âmbito da doutrina liberal, coincide com o ordenamento jurídico que respeita o indivíduo e seus direitos naturais, ou seja, aqueles direitos que são oponíveis contra o Estado, justamente porque são anteriores a ele, sendo impossível que algum poder possa violá-los, seja através de ações, seja através de leis que atentem contra a Constituição.

O liberalismo, portanto, é um ideário político criado com o intuito de preservar a liberdade e a propriedade dos indivíduos, exprime profunda desconfiança para com qualquer forma de possibilidade de uma ditadura da maioria. Estes pensamentos serviram de fundamento para as ideias de um federalismo centralizado e que pudesse atribuir um maior poder para uma União, com vistas a defender o território e melhorar o comércio, bem como na concepção dos freios e contrapesos, de que o governo deveria ser limitado por ele mesmo e pelo outros, através de inúmeros mecanismos institucionais. Para tanto, os federalistas salientaram a necessidade de atribuir algumas garantias ao poder judiciário para que pudesse realizar o controle de constitucionalidade das leis de forma imparcial e efetiva.

Por fim, como se observa, o controle de constitucionalidade das leis exprime os ideais liberais de individualismo, ao passo que se baseia na ideia de que os direitos individuais se sobrepõem aos interesses de uma coletividade; de restrição ao poder, uma vez que limita a atuação do poder legislativo, fiscalizando sua atividade; um Estado regido por uma Constituição rígida, porquanto a Constituição é considerada como a expressão máxima da vontade geral, sendo impossível que uma maioria temporária altere a Constituição que dá validade a seus atos. Nesse sentido, o esquema traçado por Hamilton em seu escrito tende a considerar como algo inofensivo o judiciário, ao passo que o legislativo é por demais perigoso, por isso o primeiro deveria ser vigilante da constitucionalidade das leis, não apenas de modo a expressar uma garantia jurídica, mas política, pois a Constituição previa um âmbito de garantias aos particulares e, também às minorias, formada por grupos de cidadãos.

Por fim, temos de concluir que a ideia de um direito fundamental, de uma *Higher Law*, é tributária do direito natural, como superior ao direito positivo, sendo o primeiro, por sua superioridade, inderrogável. E, como pudemos observar, o direito natural e o jusnaturalismo são importantes construções do ideário burguês liberal. Nesse sentido, a Confederação da Filadélfia tomou em consideração as ideias de Edward Coke¹² e Locke (jusnaturalistas) acerca da defesa de um parâmetro normativo superior às leis positivas. Os direitos naturais, portanto, passaram a ser o último teste de validade das leis positivas. Esta assertiva determina uma conclusão importante: a de que o juiz (judiciário) pode controlar os atos do parlamento que violem direitos naturais.

12 Sir Edward Coke, no clássico caso *Bonham*, contestava a ideia do monarca como intérprete autêntico da lei, ofício afeto aos juristas, porque eram versados no assunto, bem como o parlamento deveria se ater aquilo prescrito pela *Common Law* e pela razão, sob pena de seu ato ser considerado nulo e cabia aos juízes realizar esse controle dos atos do executivo e legislativo (CAPPELLETTI, 1992, p. 59)

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, SP: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, N; BOVERO, M. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. 4. ed. São Paulo, SP: Brasiliense, 1996.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre, RS: Antonio Fabris Editor, 1992.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo, SP: Ática, 2000

CÍCERO. Da república. São Paulo, SP: Edipro, 1996.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1984.

LIMONGI, F. P. “O federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, F. (Org.) **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo, SP: Ática, 2005.

LOCKE, J. Segundo tratado do governo. In: OS PENSADORES. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1991.

MERQUIOR, J. G. **O liberalismo: antigo e moderno**. Rio de Janeiro, RJ: Nova Fronteira, 1991.

MONTESQUIEU, C. L. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília, DF: UnB, 1995.

ROUSSEAU, J. J., “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, “Do contrato social ou Princípio do direito político”. In: OS PENSADORES. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1991.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na America**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Itatiaia; São Paulo, SP: Universidade de São Paulo, 1977.

VALDES, R. L. B. **El valor de la constitucion**. Madrid: Alianza Universidad, 1994.

WRIGHT, B. F. Introdução. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

Recebido em: 10 maio 2010.

Aceito em: 14 março 2012.