

DEMOCRACIA LIBERAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

LIBERAL DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALITY CONTROL

Guilherme Sales Meira Zauli *

Resumo

Este artigo trata da jurisdição constitucional em sistemas democrático-liberais nos quais vigora o princípio da supremacia da Constituição. Procura-se, em primeiro lugar, definir o conceito e as origens do controle judicial de constitucionalidade e a sua importância nas democracias liberais. Em seguida, o controle judicial de constitucionalidade é considerado como parte integrante do arcabouço institucional de um grande número de sistemas políticos fundados em uma síntese entre as tradições democrática e liberal de pensamento político. É justamente em função desta síntese que se legitima a função de controle que o poder judicial é chamado a desempenhar em sistemas políticos que, embora fundados no princípio da soberania popular, devem atender também as exigências tipicamente de inspiração liberal que dão identidade aos sistemas democrático-liberais contemporâneos. Ao final, aborda-se a noção de constitucionalismo diferenciando-se suas vertentes formal e substantiva, chamando a atenção para a dimensão substantiva presente em uma concepção liberal e garantista do conceito de constitucionalismo liberal do qual o controle judicial de constitucionalidade é parte integrante nos sistemas baseados no princípio da supremacia da constituição.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo liberal. Democracias liberais. Jurisdição Constitucional. Supremacia da Constituição.

Abstract

This article deals with the constitutional jurisdiction in democratic-liberal systems in which the principle of the supremacy of the Constitution prevails. The first is to define the concept and origins of judicial control of constitutionality and its importance in liberal democracies. Next, judicial review of constitutionality is considered as an integral part of the institutional framework of a large number of political systems based on a synthesis between the democratic and liberal traditions of political thought. It is precisely because of this synthesis that legitimizes the control function that the judiciary is called to play in political systems that, although founded on the principle

Artigo submetido em 22 de Maio de 2018 e aprovado em 05 de Julho de 2018.

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: zauligui@hotmail.it.

of popular sovereignty, must also meet the typically liberal-inspired requirements that give identity to democratic- liberals. At the end, the notion of constitutionalism is addressed, differentiating its formal and substantive aspects, calling attention to the substantive dimension present in a liberal and guarantor conception of the concept of liberal constitutionalism of which judicial control of constitutionality is an integral part of the systems based on the principle of the supremacy of the constitution.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Control of Constitutionality. Liberal Constitutionalism. Liberal Democracies. Supremacy of the Constitution.

1 DEFINIÇÃO DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Quando se examina em perspectiva comparada os diferentes sistemas democráticos contemporâneos, uma das variações institucionais mais importantes que se percebe diz respeito à distinção entre, de um lado aqueles sistemas fundados no princípio da soberania do parlamento; e de outro lado aqueles sistemas baseados no princípio da soberania da Constituição. Nos primeiros, o parlamento é soberano em suas decisões, enquanto que nos últimos soberana é a Constituição (SWEET, 2008; MENDES e BRANCO, 2012).

O que se observa é a existência de diferentes modelos constitucionais, sendo que os sistemas fundados no princípio da soberania da Constituição

adds substantive constraints on the exercise of public authority – in the form of constitutional rights – and establishes an independent, judicial means of enforcing rights, even against the legislature. Legislative sovereignty is expressly rejected.¹ (SWEET, 2008, p. 221)

Nos sistemas fundados na supremacia da Constituição, diante de uma antinomia de normas jurídicas que oponha a Constituição a outra norma qualquer, deve-se sempre solucionar o conflito em favor da prevalência de norma constitucional hierarquicamente superior. Nisso consiste o chamado controle de constitucionalidade. Resta saber qual instituição será investida de tal prerrogativa. Sempre que esta prerrogativa é atribuída a um juiz, está-se diante daquilo que se entende como sendo o controle judicial de constitucionalidade.

¹ acrescentam restrições substanciais ao exercício da autoridade pública - na forma de direitos constitucionais - e estabelecem um meio judicial independente de fazer cumprir direitos, mesmo contra o legislativo. A soberania legislativa é expressamente rejeitada. (tradução do autor)

O juízo de constitucionalidade sobre as leis ou atos com força de lei, como explica Zagrebelsky e Marcenò (2012, p. 193), é um juízo de validade, sendo este um conceito genérico de relação entre algo que condiciona e algo que é condicionado.

De acordo com Zagrebelsky e Marcenò (2012, p. 193), a validade ou invalidade das leis não pode ser apenas de fato, isto é, não depende da mera observância ou inobservância práticas de uma norma, já que isso diz respeito apenas à sua eficácia, mas não à sua validade propriamente dita, a qual depende, ao contrário, de uma correspondência à outra lei, uma lei maior, denominada Constituição.

É certo que o posicionamento dos autores tem como perspectiva as teorias normativas do direito que possuem como axioma a afirmação de que uma lei pode ser válida sem ser eficaz, ao contrário das teorias realistas que apontam que a validade da lei depende efetivamente de sua observância, ou seja, de sua eficácia.

Tendo isto em mente, Zagrebelsky e Marcenò apontam que as teorias normativas são as únicas teorias compatíveis com o constitucionalismo, que possui como base (ou vértice: dependendo do ponto de vista) de todo o direito um critério de validade, uma norma fundamental, suprema, constitucional (2012, p. 194).

Evidentemente, como afirmam Zagrebelsky e Marcenò (2012, p. 194), podem surgir questionamentos sobre o porquê e quando uma Constituição é válida; no entanto, a justiça constitucional assume a Constituição positiva como a última fonte de validade do direito, e deixa para outros discursos a validade da Constituição em si. Pode-se dizer também que, em razão disso, se ocupa da penúltima validade, e não da última, até porque podem existir outras verdades e validades, mas certamente estas transcenderão a Constituição positiva.

É por isso que, conforme explicam os autores, a justiça constitucional foi concebida como uma função ao serviço não do direito e da Constituição como tais, segundo qualquer uma de suas concepções teóricas, mas ao serviço do direito constitucional positivo, aquele escrito na carta constitucional. Sendo assim, apenas aquelas normas constitucionais positivadas podem ser usadas como paradigma para uma análise constitucional.

A propósito,

a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais (...) Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais (MORAES, 2014, pp. 721-723).

No âmbito das sociedades modernas, o advento do controle judicial de constitucionalidade remonta aos célebres escritos d'O Federalista. Assim, sob o ordenamento de uma Constituição limitada, entendida como aquela que limita a autoridade legislativa ordinária, pondera Hamilton:

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes (HAMILTON, 1973, p. 169).

Note-se o quanto essa visão de Hamilton sobre o Poder Judiciário afasta-se do ponto de vista de Montesquieu de um Poder Judiciário boca da lei, mera expressão das decisões do Poder Legislativo.

se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. (...) Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. (...) os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor (MONTESQUIEU, 1979, p.150-152).

Além disso, a concepção de Poder Judiciário defendida por Hamilton refuta a defesa da soberania do Poder Legislativo enquanto representante da vontade do povo que o constituiu para representá-lo. Mais ainda, para Hamilton a rigidez constitucional se constitui em condição fundamental para o exercício, pelo Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade de atos do Legislativo. Esse é o entendimento de Moraes (2014, p. 721) ao afirmar que “no Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará nas mãos do legislador ordinário”.

Para um estudioso dos sistemas democráticos em perspectiva comparada,

Na famosa decisão *Marbury v. Madison* (1803), que estabeleceu a revisão judicial nos Estados Unidos, o juiz John Marshall afirmou que a presença de uma constituição escrita e de um judiciário independente implicava logicamente o poder da revisão judicial pela Suprema Corte: o tribunal, diante da incompatibilidade entre a constituição e uma lei ordinária, não teria escolha senão aplicar a lei maior e, assim, invalidar a lei de status inferior” (LIJPHART, 2003, p. 254).

Ainda segundo Lijphart,

Há duas razões para se supor que as variáveis relativas à disjunção rigidez *versus* flexibilidade constitucional e à força da revisão judicial estejam relacionadas. Uma delas é que tanto a rigidez quanto a revisão judicial são recursos antimajoritários, e que as constituições completamente flexíveis, com a ausência de revisão judicial, permitem a regra irrestrita da maioria. A segunda razão é que elas também se ligam logicamente, no sentido em que a revisão judicial só pode operar de forma efetiva se for apoiada pela rigidez constitucional, e vice-versa. Se houver forte revisão judicial, mas a constituição for flexível, a maioria na legislatura pode facilmente reagir a uma declaração de inconstitucionalidade, através de uma emenda à constituição. Da mesma forma, se a constituição for rígida, porém não protegida por uma revisão judicial, a maioria parlamentar poderá interpretar qualquer lei constitucionalmente questionável que queira aprovar, como se não representasse nenhuma violação à constituição (LIJPHART, 2003, p. 258-259).

A propósito, é nítida a linha de continuidade entre certas proposições relativas ao papel do Poder Judiciário n’O Federalista e o teor da sentença da Suprema Corte norte-americana redigida pelo juiz Marshall no *leading case Marbury vs Madison*:

The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? [...] It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the Constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable (UNITED STATES OF AMERICA, 1803).²

² Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não fossem mal compreendidos ou esquecidos a Constituição foi escrita. Com que propósito seriam os poderes limitados, e com que propósito essa limitação teria sido posta por escrito, se esses limites pudessem ser ultrapassados, a qualquer momento, por aqueles que pretendiam inibir? (...) É uma proposição muito evidente para ser contestada, a de que, ou a Constituição restringe todo ato legislativo que a contrarie, ou a legislatura pode alterar a Constituição por meio de um ato ordinário.

Entre essas alternativas não há meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, suprema, imutável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como os outros atos, pode ser alterada quando a legislatura assim o desejar.

De maneira que tem razão Lijphart (2003, p. 254), ao considerar que a lógica do raciocínio de Marshall é inquestionável, porque mesmo que a revisão judicial não esteja expressa no texto constitucional, ela está implícita no status superior da própria Constituição.

Não há dúvida de que, pelas razões apontadas acima, a referida decisão da Suprema Corte Norte-Americana de 1803 foi um marco no constitucionalismo moderno³. De fato, a distinção entre leis ordinárias e Constituição e a ideia de Constituição como lei suprema é um produto do constitucionalismo norte-americano.

Isto não significa, entretanto, que não possa ser encontrado em outros sistemas político jurídicos algo semelhante à essência da revisão judicial norte-americana. Segundo Mauro Cappelletti,

De fato, embora não expressa e conscientemente configurada como “supremacia da Constituição” em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis – que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis “constitucionais” ou “fundamentais”, Grundgesetze – em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar leis “ordinárias”. (CAPPELLETTI, 1984, pp.48,49)

A esse respeito Mauro Cappelletti lembra pelo menos um precedente antigo (a distinção entre nómos/lei e pséfisma/decreto encontrada em Atenas); um precedente da Idade Média (a distinção entre direito natural e direito positivo e suas relações); e dois precedentes modernos (o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII e a doutrina de Edward Coke acerca da função do juiz como árbitro entre o rei e a nação na defesa da *common law*) do controle judicial das leis.

Por isso, diante do entusiasmo, de resto não injustificado, do jurista norte-americano, orgulhoso da grande inovação trazida à ciência política pelo sistema da judicial review, o homem prudente da velha Europa poderia ser, talvez, tentado a repetir, ainda uma vez, o antigo céptico motejo, sempre verdadeiro, se bem que sempre apenas parcialmente verdadeiro: nihil sub sole novi – nada de novo para o Velho Mundo!(CAPPELLETTI, 1984, p. 57).

Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei: se a última parte é verdadeira, então constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo para limitar um poder ilimitável em sua própria natureza. (Tradução do autor)

³ “En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política” (Grant 1963, p 24).

2 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DEMOCRACIAS LIBERAIS

Os sistemas políticos de democracia liberal podem ser considerados como a resultante de uma longa evolução que deu origem a uma matriz institucional fundada numa determinada combinação de princípios oriundos da tradição democrática entendida como uma particular forma de governo, e da doutrina liberal enquanto teoria do Estado.

Da primeira, extraímos e inserimos em nossos sistemas políticos a preocupação com a igualdade política dos cidadãos e a promoção de um poder ascendente, proveniente de baixo, que opere simultaneamente como fundamento e mecanismo de controle de todo e qualquer poder descendente, exercido de cima para baixo. Na segunda buscamos uma concepção da limitação e divisão do poder do Estado como antídoto para os riscos de exercício arbitrário do poder (BOBBIO, 1994).

Daí as observações de Bobbio no sentido de que

na acepção mais comum dos dois termos, por “liberalismo” entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social; por “democracia” entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como na monarquia e a oligarquia”. Com isso, percebe-se que um Estado liberal não é necessariamente democrático, e vice-versa (BOBBIO, 1994, p. 07).

Daí a concepção da democracia dos modernos como sendo caracterizada por um combate em dois fronts: contra o poder de cima para baixo em favor do poder de baixo para cima e contra o poder concentrado em favor do poder distribuído. Assim, segundo Norberto Bobbio,

Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. (BOBBIO, 1994, p.44)

De acordo com essa orientação teórica, estamos diante de doutrinas políticas distintas que surgiram em momentos diferentes. A partir da contraposição entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos (CONSTANT, 1980), Bobbio aponta que o objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos, enquanto o objetivo dos modernos é

garantir segurança nas fruições privadas. Essa diferença de objetivos, que fez com que o liberalismo dos modernos e a democracia dos antigos fossem frequentemente considerados antitéticos, não impediu, contudo, que liberalismo e democracia convergissem para dar origem à democracia-liberal.

Portanto, não podemos nos descuidar da advertência formulada por Giovanni Sartori:

O termo *demokratía* foi cunhado há cerca de 2400 anos. Desde então, embora tenha desaparecido durante um intervalo muito longo, continuou fazendo parte do vocabulário político. Mas, num período de vida tão longo, “democracia” naturalmente adquiriu diversos significados, relativos, de fato, a contextos históricos muito diferentes, assim como a ideais muito diferentes. Desse modo, com o passar do tempo, tanto seu uso denotativo quanto seu uso conotativo mudaram. Seria estranho se não tivesse sido assim; e, por isso, é surpreendente a pouca atenção dada ao fato de o conceito atual de democracia ter apenas uma vaga semelhança com o conceito desenvolvido no século V a.C. Quando usamos a mesma palavra, somos facilmente levados a acreditar que estamos nos referindo à mesma coisa, ou a algo parecido. No entanto, com respeito a “democracia”, isso implica passar por cima de mais de dois mil anos de mudanças. (SARTORI, 1994, p. 34-35)

O aspecto essencial de tais considerações é o de que entre a democracia dos antigos e a democracia moderna há uma descontinuidade que revela o quanto a concepção de liberdade vigente entre os modernos difere da concepção de liberdade presente entre os antigos. Porque a democracia dos modernos tem como um de seus componentes o ideal de liberdade individual de inspiração liberal que associado ao método democrático dá origem à democracia liberal.

As democracias liberal-democráticas configuram-se como tentativas de conciliação daquelas tradições liberal (constitucional) e democrática. Com efeito, o constitucionalismo liberal, entendido enquanto uma concepção do sistema político que envolve a imposição de limites aos poderes governamentais, aderência ao *rule of law* e a proteção de direitos fundamentais constitui-se em uma técnica jurídica e arranjo institucional que busca assegurar aos cidadãos o exercício de seus direitos e impedir sua violação pelo Estado. Nos termos elaborados por Whittington,

Constitutionalism has often been associated specifically with liberalism, with the protection of individual rights against the state. The distinguishing feature of a constitutional state, in this view, would not be its possession of a written document called a constitution but its effective protection of individual rights⁴ (WHITTINGTON, 2008, p. 281).

⁴ O constitucionalismo tem sido frequentemente associado especificamente ao liberalismo, com a proteção dos direitos individuais contra o Estado. A característica distintiva de um estado constitucional, nessa visão, não seria a posse de um documento escrito chamado de constituição, mas sua efetiva proteção dos direitos individuais.

Na síntese proposta por Nicola Matteucci,

Constitucionalismo não é hoje termo neutro de uso meramente descritivo, dado que engloba em seu significado o valor que antes estava implícito nas palavras Constituição e constitucional (um complexo de concepções políticas e de valores morais), procurando separar as soluções contingentes (por exemplo, a monarquia constitucional) daquelas que foram sempre suas características permanentes.

Foi dito, usando uma expressão bastante abrangente, que o Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último: é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas. Por outro lado, afirmou-se também que o Constitucionalismo representa o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder; mas também aqui são diversas as soluções históricas de "limitação do poder". Assim, para definir o termo, é necessário, antes de tudo, aceitar o valor que nele se acha implícito, um valor que poderemos resumir na defesa dos direitos da pessoa, do indivíduo, do cidadão (MATTEUCCI, 2004, pp. 247-248)

Enquanto tal, o constitucionalismo liberal é parte integrante do arcabouço institucional das democracias liberal-democráticas contemporâneas e opera até mesmo no sentido do estabelecimento de limites ao alcance do princípio majoritário nos processos decisórios naqueles sistemas democráticos.

Entendido sob esse viés normativo, o constitucionalismo não se confunde simplesmente com a legalização/regulação do exercício do poder público e da ação de particulares. Trata-se de algo mais ambicioso: a afirmação e a proteção a um conteúdo garantista que é tipicamente moderno e fruto do encontro entre aquelas tradições (democrática e liberal) que dão origem a uma noção específica e substantiva de Constituição e de constitucionalismo que não encontra paralelo em quaisquer outros significados que esses termos tenham tido no passado (SARTORI, 1987).

A propósito, Giovanni Sartori recusa-se até mesmo a aceitar a utilização diferenciada do termo Constituição como sinônimo de qualquer ordem estatal e do termo constitucionalismo para referir-se a um determinado conteúdo garantista.

andró a sostenere che il termine costituzione che pertiene al costituzionalismo è esclusivamente moderno; che è stato inteso per almeno un secolo e mezzo in un preciso significato garantistico; che il positivismo giuridico e la definizione "formale"

de constituzione ne hanno deformato il significato e distrutta la ragione d'essere⁵ (SARTORI, p. 1979, p.15).

Ainda que seja relativamente comum o uso do termo Constituição em um sentido específico e substantivo (garantista) e em um outro sentido universal e formal (que muitos atribuem a Aristóteles) Sartori afirma que

(...) storicamente, il termine costituzione era un vocabolo "vacante" del quale il costituzionalismo si è appropriato, nel XVIII secolo, per rendere l'idea di un governo delle leggi (non degli uomini) e limitato da leggi. Dopo l'esperienza dell'Assolutismo, e man mano che si affermano grandi Stati accentrati e accentratori, si cominciò a cercare una parola che indicasse le tecniche atte a controllare l'esercizio statale del potere. Questo termine finì con l'essere costituzione. E costituzione non nacque affatto come un concetto bifronte. Il termine fu riconcepito, adottato e amato non perché significava semplicemente "ordine politico", ma perché denotava quel particolare ordine politico che non solo "dava forma" ma anche limitava l'azione di governo⁶ (SARTORI, p. 1979, p.22).

Assim, o surgimento do constitucionalismo em sua acepção garantista teve como premissa a emergência, a partir das revoluções americana e francesa do final do século XVIII de uma concepção normativa de Constituição; Constituição essa pensada como um instrumento de regulação do estabelecimento e do exercício de um novo poder político; regulação essa compreensiva no sentido de não reconhecer nenhum detentor e nenhum meio de exercício de poder pré ou extraconstitucionais; a adoção do princípio da supremacia da Constituição com base na distinção formulada por Sieyes entre poder constituinte e poder constituído, entre lei constitucional e lei ordinária; e do princípio da soberania popular como fonte de legitimação constitucional (GRIMM, 2012).

São esses alguns dos pressupostos que, mais tarde, permitirão a disseminação de um novo paradigma teórico do direito: o modelo neojuspositivista ou constitucional. Caracterizado

⁵ (...) continuarei a afirmar que o termo constituição que pertence ao constitucionalismo é exclusivamente moderno; que foi compreendido por pelo menos meio século em um significado garantista preciso; que o positivismo jurídico e a definição "formal" de constituição deformaram seu significado e destruíram sua razão de ser (...) (Tradução do autor)

⁶ (...) historicamente, o termo constituição era um termo "disponível" do qual o constitucionalismo se apropriou, no século XVIII, para referir-se à idéia de um governo das leis (não de homens) e limitado por leis. Após a experiência do Absolutismo, e tão logo se estabeleceram grandes estados centralizados e centralizadores, começou-se a buscar uma palavra que indicasse as técnicas para controlar o exercício do poder pelo Estado. Este termo acabou sendo constituição. E constituição não nasceu de fato como um conceito de duas faces. O termo foi reconcebido, adotado e amado não porque significasse simplesmente "ordem política", mas porque denotava aquela ordem política particular que não apenas "moldava" mas também limitava a ação do governo. (Tradução do autor)

pela subordinação da legislação ao direito, tal modelo difunde-se na Europa no pós-Segunda Guerra a partir da adoção da Constituição rígida como parâmetro de validade do direito vigente. Enquanto a existência da norma continua a depender da sua forma de produção, cuja norma de reconhecimento continua sendo o velho princípio da legalidade formal, a sua validade depende também da sua substância ou conteúdo, cuja norma de reconhecimento consiste no princípio da legalidade substancial que lhe vincula em coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2013).

Entretanto, uma vez que seja adotado o modelo constitucional fundado no princípio da soberania da Constituição, surge a questão de como garantir a supremacia normativa da Constituição. Eis aqui a justificativa para a criação de uma jurisdição constitucional e seu exercício por juízes encarregados de fornecer proteção àquele conteúdo substantivo, democrático e liberal, que dará origem à criação de diferentes tipos de controle de constitucionalidade naqueles sistemas democrático-liberais fundados no princípio da supremacia da Constituição (SWEET, 2008).

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2ª ed., 1999.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 28/02/2018.

FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia attraverso i diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2013.

GRIMM, Dieter. **Types of Constitutions**. In: Rosenfeld, Michel and Sajó, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HAMILTON, Alexander. **O Federalista**, cap. LXXVIII. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N. e PASQUINO, G. (orgs.) **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARTORI, Giovanni. **Elementi di Politica**. Bologna: Il Mulino, 1987.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada**. vol. 2, São Paulo: Ática, 1994.

SWEET, Alec Stone. Constitutions and judicial Power. In: CARAMANI, D. (ed.). **Comparative Politics**, Oxford: Oxford University Press, 2008.

SWEET, Alec Stone. Constitutional Courts. In: Rosenfeld, Michel and Sajó, Andrés (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WHITTINGTON, Keith E. Constitutionalism. In: WHITTINGTON, K.; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. (eds.). **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford, Oxford University Press, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2012.