

Bruno Taufner Zanotti

CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE

para concursos

5ª edição
Revisada, ampliada e
atualizada

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

ASPECTOS DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA DISPUTA DE PARADIGMAS

SUMÁRIO • 1. Estado de direito e o conceito de paradigma – 2. O paradigma do Estado Liberal – 3. O paradigma do Estado Social – 4. O paradigma do Estado Democrático de Direito – 5. O atual paradigma: modernidade ou pós-modernidade?

O presente capítulo tem por finalidade tratar da evolução do direito, em especial da interpretação (passando por alguns aspectos do controle de constitucionalidade), ao longo dos paradigmas da modernidade, que se iniciou no Estado liberal, evoluiu para o Estado Social e chegou no atual paradigma, o Estado Democrático de Direito, que põe em destaque o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

O estudo dos paradigmas da modernidade, **sustentados nas premissas do Estado de Direito**, implica a análise do desenvolvimento do Estado por meio de rupturas. O estudo propiciará grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo que demonstrarão o pensamento em determinadas épocas.

Com base nessa ideia, aprofundar-se-á o estudo nos aspectos de uma Jurisdição Constitucional num Estado Democrático de Direito, à luz da teoria do discurso, para que não se cometam os equívocos dos paradigmas anteriores. Isso terá por fim demonstrar a potencialidade democrática de uma leitura procedimentalista da Jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, em prol da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais.

Por isso, o ponto a ser tratado envolve uma base teórica voltada para a resolução de questões discursivas de concurso público, já que, muitas delas, em especial dentro do Direito Constitucional, possibilitam ao candidato “caminhar” por temas como gerações de direitos fundamentais, estado liberal, estado social, estado democrático de direito, direito público, direito privado, soberania popular, positivismo, pós-positivismo, noções históricas da Revolução Francesa e da Revolução

Industrial, pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade, entre muitas outras questões.

1. ESTADO DE DIREITO E O CONCEITO DE PARADIGMA

Um dos marcos iniciais do Estado Moderno foi a Revolução Francesa, em 1789, que trouxe as premissas de um **Estado de Direito, o qual servirá como base jurídica para todos os três paradigmas da modernidade**. Faz-se necessário, portanto, delimitar o que vem a ser um Estado de Direito, de modo a traçar suas principais características, que são, em síntese, uma resposta direta às principais questões políticas e sociais vividas na época que antecede a Revolução Francesa, abaixo analisada.

Desde 1302, o monarca francês Felipe IV – “O belo” – criou os Estados Gerais do Reino, que tinham por fim auxiliar o rei como um órgão consultivo e deliberativo. Tal órgão era dividido em três classes: o clero, a nobreza e a burguesia (também conhecida como o Terceiro Estado). O voto era por classe, independentemente da porcentagem da população que cada classe representava. Desse modo, como a aproximação entre clero e nobreza era nítida, a burguesia sempre ficava prejudicada nas votações. É o que informa Jevaux:

Desde a sua última convocação, em 1614, os Estados Gerais foram convocados por Luís XVI duas vezes, em 1774 e 1787, mas não lograram sucesso pelos mesmos motivos anteriores: os dois primeiros estados juntos detinham a maioria dos votos e não concordavam em pagar tributos e, portanto, boicotavam a convocação¹.

A situação se desenvolveu de tal forma que o Terceiro Estado passou a questionar o seu papel nos Estados Gerais do Reino, de modo a fazer três pedidos ao monarca, todos analisados por Emmanuel Sieyès em seu livro. Em síntese, os pedidos giravam em torno da busca do proletariado por maior representação e da sua luta pelo até então inexistente poder político decisório.

Por intermédio desses pedidos, fica claro que o Terceiro Estado, que até então era nada, buscava ser alguma coisa. A classe proletariada possuía as forças de produção, gerenciava o comércio, gerava riqueza,

1. JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82.

mas não possuía força política e nem representatividade eleitoral. Isso é visualizado nas seguintes palavras de Sieyès²:

Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros.

Como o monarca não aceitou todos os pedidos propostos, o Terceiro Estado, adotando a teoria do Poder Constituinte, desenvolvida por Emmanuel Sieyès, deu início à Revolução Francesa, declarou-se em Assembleia Constituinte, em 9 de julho de 1789, de modo a estabelecer um poder supremo, capaz de mudar a ordem posta³. Como fruto dessa Assembleia, em 26 de agosto de 1789, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, posteriormente, a Constituição Francesa.

Como foi verificado, não há como duvidar que uma das principais questões dizia respeito às prerrogativas que o clero e a nobreza possuíam em face da classe proletariada. Com base nesse fundamento, os revolucionários franceses reclamaram a igualdade de direitos e deveres a todas as classes sociais, característica essa que ficou estampada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Isso era tão nítido que, na cláusula 16, ficou consagrado que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Ademais, ainda de acordo com tal documento, o direito à liberdade, à igualdade, à propriedade, ao devido processo legal, à associação política, à presunção de inocência, entre muitos outros, foram natural decorrência dos abusos do poder, frutos do absolutismo.

2. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 3 e 4.

3. JEVEAUX, 2008, p. 83.

Em síntese, **a primeira característica do Estado de Direito diz respeito ao asseguramento de direitos e garantias fundamentais a todos da sociedade, sem distinção de classe ou sem concessão de benesses a determinados grupos.**

Toda essa questão, bem como o artigo citado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão remetem à **segunda característica do Estado de Direito: a necessidade de uma Constituição.** Por intermédio dessa característica, veicula-se que a Constituição, instituto onde devem estar os direitos e garantias fundamentais, é norma suprema e de observância obrigatória para a validade de todos os atos internos ao ordenamento jurídico.

Diante do exposto, é interessante verificar se a atual Constituição traz em seu corpo, tal como a Constituição americana⁴, a previsão de sua supremacia em face de todo o ordenamento jurídico.

O princípio da supremacia constitucional não está previsto expressamente na atual Carta Magna, mas por ela está abraçado em razão de sua própria posição no sistema constitucional. Mesmo por se tratar de um princípio implícito, a supremacia constitucional é um instituto reconhecido desde que existe a Constituição, podendo-se remeter à época da criação dos Estados. A criação da Constituição inaugura um Estado, e isso ocorre por meio de um processo legislativo, titular do povo, nesse ato representado pela Assembleia Constituinte. Lassale⁵, contudo, salienta:

Uma Constituição, para reger, necessita de aprovação legislativa, isto é, tem que ser também lei. Todavia, não é uma lei como as outras, uma simples lei: é mais do que isso. Entre os dois conceitos não existem somente afinidades; há também dessemelhanças. Estas fazem com que a Constituição seja mais do que simples lei [...].

4. Artigo VI, cláusula 2ª da Constituição norte-americana: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”.

5. LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 7.

No mesmo sentido, é possível citar Kelsen⁶, ao afirmar que “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”. Tal estrutura busca, precipuamente, a manutenção de certos princípios, ou, ainda, da estrutura do Estado, os quais são valores superiores aos demais presentes em leis infraconstitucionais ou atos administrativos. O sistema constitucional brasileiro tem na Constituição o seu núcleo máximo e fundamentador de toda uma ordem jurídica, encontrando nela o suporte de validade de qualquer enunciado normativo ou decisão judicial.

A estrutura do Estado, como conteúdo constitucional, remete à terceira característica da Modernidade. A separação dos poderes foi a principal solução encontrada para limitar o absolutismo, sendo ela analisada como “técnica acauteladora dos direitos do indivíduo perante o organismo estatal”⁷.

Um exemplo disso, na atual Constituição Federal, é o art. 52, inciso X, que concede a dois Poderes (Judiciário e Legislativo) a atuação no controle de constitucionalidade das leis.

Por fim, a **quarta característica diz respeito à titularidade do poder. Agora, o poder não mais é decorrência de Deus, sendo sua base a soberania popular**. As implicações dessa afirmativa, embora presentes desde o paradigma do Estado Liberal, só estão sendo corretamente compreendidas dentro do Estado Democrático do Direito, à luz da teoria do discurso, como se verificará a seguir.

O Estado de Direito, desde seu nascimento, tem como objetivo garantir a coesão interna entre autonomia pública (soberania popular) e autonomia privada (direitos fundamentais), relação essa que se desenvolve ao longo dos paradigmas, de modo a alterar significativamente a legitimidade do direito⁸.

6. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. – 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 247.

7. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46.

8. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI, Marcelo (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 342.

As características citadas percorrem todos os paradigmas Modernos. Assim, é natural que diversos pontos foram evoluindo ao longo do Estado Moderno, como os direitos fundamentais, a relação entre direito público e direito privado, a interpretação e o controle de constitucionalidade.

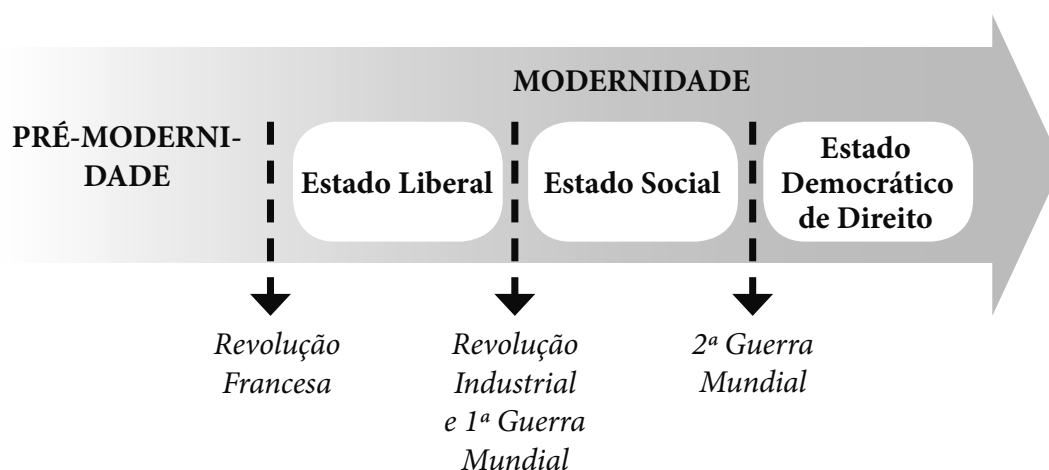
A priori da retórica a ser exposta, o que vem a ser um paradigma?

Em breves palavras, **consiste o paradigma em conceitos prévios de uma visão de mundo que cada pessoa possui, capaz de nortear a leitura que dele se faz e, ao mesmo tempo, capaz de limitar a compreensão que dele se tem, desde que visualizado dentro de um determinado tempo e lugar.**

Em outras palavras, o paradigma é uma visão limitada de determinado contexto ou aspecto histórico. A história é muito mais rica do que a tentativa de simplificar, em certos aspectos, determinado período. No entanto, tal limitação se faz necessária para entender a esfera de pré-compreensão de um momento específico.

Por isso, quando se fala nos três paradigmas da modernidade, não se deseja exaurir suas características, mas procurar aspectos, dentro de cada período histórico, compartilhados por vários Estados, formando, assim, grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, que, ainda hoje, concorrem e condicionam a atuação dos juízes e tribunais no Brasil, mas nem sempre se mostram adequados à noção do Estado Democrático de Direito, estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

2. O PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL



No período pré-moderno (antes do Estado Liberal e, portanto, antes da Revolução Francesa), o direito era tradicionalmente posto como um instrumento de manipulação das massas e de manutenção dos privilégios das classes, reprodutor das diferenças sociais. A “lei” era decorrência da íntima relação entre religião, moral, tradições sociais e econômicas, costumes e direito, não possuindo um caráter libertador e democrático. Em síntese, assim descreve Carvalho Netto⁹ a visão do direito nesse período:

O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça se realiza sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a *phronesis* aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermeneuta).

O Estado Liberal, tal como o Estado de Direito, consistiu numa resposta direta à Monarquia e aos abusos cometidos pelos órgãos detentores do Poder. Nesse período, foram reconhecidos os primeiros direitos fundamentais, conhecidos como **direitos de primeira geração, que abrangem os aspectos civis e políticos**. São **direitos negativos**, que determinam uma não atuação do Estado, em razão da grande ingerência que até então este possuía na vida social e política.

Como decorrência da predominância dos direitos civis e políticos, a **relação entre o direito privado (atuação do particular) e o direito público (atuação do Estado) era nitidamente marcada pela prevalência do primeiro em face do segundo**. A **atuação do Estado era mínima**, com regulamentações em áreas que se mostrassem imprescindíveis para sua atuação. Por isso, nesse período, ganhou relevância o Código Civil Napoleônico, como um diploma normativo típico de defesa da burguesia. Essa relação é mais bem explicada por Habermas¹⁰, no trecho que segue:

9. CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 476 e 477, 1999.

10. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2, p. 132.

Sob a premissa de separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da ideia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída de intromissões do Estado, tinha que garantir o *status* negativo da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico positivo das pessoas privadas, mantendo a proteção do direito individual.

Diante do exposto, vemos que o **direito em evidência era a liberdade**, marcando a atuação do direito privado como um *locus* burguês, sem intromissão do Estado. A função do direito privado era somente a de garantir o *status* negativo da liberdade do particular, determinando uma não atuação do Estado. Já o direito público, como consequência, era o instrumento que garantia o *status* positivo dos cidadãos, garantindo a esses a liberdade no exercício do direito privado.

Isso demonstra a importância da legislação, ou melhor, do Poder Legislativo no Estado Liberal. A lei era o limite da atuação do Estado, e o princípio da legalidade era analisado em seu prisma mais rígido. Os direitos fundamentais desse período necessitavam de um legislador ativo dentro do direito privado. Caracteriza-se, assim, uma **primazia do Legislativo em face dos demais poderes**, pois era forte a presunção de que a fonte desse poder era a vontade do povo. Tal característica era tão marcante que modificou a atuação do Poder Judiciário.

No período pré-moderno, o magistrado (ou seja, o hermeneuta), por meio da *phronesis* aristotélica, observava a situação social para decidir de acordo com a situação que já lhe era posta pelas castas, reproduzindo as diferenças sociais e econômicas. Induzia da situação social o melhor direito ao caso que lhe era posto para decidir, interpretando de acordo com essas – equivocadas – premissas. Contrapondo-se a essa prática, ganhou corpo o Estado Liberal, pois, nesse paradigma, **não era dada ao juiz a competência para interpretar uma lei ou mesmo de não aplicá-la no caso concreto**, em razão do receio de se perpetrarem práticas consagradas na Antiguidade e na Idade Média. Jevaux¹¹ explica:

11. JEVEAUX, 2008, p. 85.

Após as experiências constitucionais fracassadas na França, em 1791 e 1793, a noção de poder constituinte ilimitado é “domesticado” por Sieyès, com a proposta de um *Jury Constitutionnaire* para o texto de 1795, que seria encarregado de um **controle de constitucionalidade**. Tal proposta fracassou, entre outras causas, porque o judiciário era visto com desconfiança desde os períodos que antecederam a Revolução, e a ideia de conferir tal competência aos juízes poderia descambar para o abuso interpretativo.

Retirou-se, portanto, a atividade hermenêutica e a possibilidade do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Na França, um dos grandes expoentes do Estado Liberal, o Tribunal de Cassação, órgão político atrelado ao Legislativo, possuía a competência para interpretar. Afirma Cappelletti¹²:

O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Législatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo.

Nesse período, a interpretação era tão restrita que, no caso francês, limitava-se a um órgão: o Tribunal de Cassação. Inexistia para o juiz atividade hermenêutica, uma vez que se limitava a subsumir a lei ao caso concreto, com o papel de “boca da lei”. Carvalho Netto¹³ sintetiza a atividade interpretativa do juiz no Estado Liberal:

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o Estado de Direito¹⁴, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia

12. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 41.

13. CARVALHO NETTO, 1999, p. 479.

14. Deve-se tomar cuidado com essa referência do autor ao “Estado de Direito”. Não se pode confundir Estado de Direito com Estado Liberal. O primeiro é a base de todo o Estado moderno, do qual fazem parte os paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Já o Estado Liberal consiste no primeiro paradigma do

ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera “*bouche de la loi*”.

A legitimidade da decisão judicial, nesse paradigma, encontra-se na autoridade do juiz, desde que sua decisão não importasse em interpretação. O fundamento era o **nexo da sentença com a lei** (princípio da legalidade), desde que proferida a sentença por juiz legitimamente investido no cargo.

Não podia o magistrado usurpar funções jurídicas que não lhe competiam ou pronunciar-se sobre a interpretação da lei, sob pena de a parte requerer a anulação de tal julgado ao Tribunal de Cassação. No Estado Liberal, a separação de poderes era um postulado tão estanque que o Tribunal de Cassação somente ditava a melhor interpretação, mas, em nenhum momento, tinha poder para proferir a decisão para o caso concreto, o qual era competência exclusiva da magistratura. O Tribunal expedia o que havia sido decidido por meio do “juízo de reenvio”, e o juiz deveria proferir nova decisão em acordo com o que fora decidido. Contudo, em razão da inicial ausência das forças vinculantes dessa decisão do Tribunal de Cassação – decorrência da própria separação de poderes –, o juiz podia proferir a mesma decisão anteriormente cassada, rebelando-se contra o que havia sido decidido pelo tribunal. De tal decisão do magistrado caberia um segundo requerimento do particular ao Tribunal de Cassação, e da anulação da segunda decisão proferida pelo magistrado era – finalmente – proferida uma decisão pelo Tribunal, que seria vinculante para este. Ou seja, somente o segundo “juízo de reenvio” possuía eficácia vinculante¹⁵.

O sentido exclusivo de tamanha vinculação do Poder Judiciário à lei, baseada num modelo clássico de separação de poderes, tinha por finalidade submetê-lo à **vontade popular, que nada mais era do que a atuação do Poder Legislativo**. Se a lei era criada pelo Poder Legislativo, representante do povo, somente este Poder poderia

Estado de Direito. Desse modo, quando o autor se refere, no seu texto, a “Estado de Direito”, está, na verdade, fazendo referência ao Estado Liberal.

15. CAPPELLETTI, 1999, p. 41-43.