

O Controle de constitucionalidade e a justiça

Adail Ribeiro Motta

Servidor público do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela UFMG. Mestre em Teoria do Direito pela PUC Minas. Professor de Teoria Geral do Direito e coordenador adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

Resumo: O presente artigo busca compreender a dinâmica existente entre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e o ideal de promoção da justiça. A dimensão em que essa dinâmica se estabelece depende da compreensão do histórico evolutivo do controle de constitucionalidade no Brasil e da ideia de justiça no mundo contemporâneo.

Portanto, o trabalho busca, primeiramente, traçar uma linha evolutiva dos mecanismos inerentes ao controle de constitucionalidade na história jurídica brasileira, objetivando compreender as características desse sistema de controle. Tal premissa visa evidenciar a ideia de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro possui características próprias, pois, ao permitir que todos os órgãos do poder judiciário estabeleçam um controle incidental da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, se aproxima do sistema americano de controle, mas faz uma junção com o sistema europeu continental, que estabelece um órgão de cúpula do poder judiciário que realizará um controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Posteriormente, o trabalho procura evidenciar a ideia de justiça na modernidade, vinculando esse ideário ao pensamento liberal clássico, pois a ideia moderna de justiça está alicerçada sob o ideário liberal. O liberalismo é um produto moderno, resultado de vários fatores históricos, uma nova forma de pensar, um conjunto de formulações teóricas resultantes de processos históricos de ruptura. Seguindo essa linha de pensamento, o trabalho busca a compreensão da finalidade do Estado moderno, que seria realizar os direitos fundamentais que estão contidos em sua constituição, garantindo, assim, em última instância a aplicabilidade da justiça, que se configura como corolário desse processo. Dessa forma, o estudo converge toda a discussão sobre o controle de constitucionalidade para a consolidação de um instrumento primordial para a efetivação do ideário contemporâneo de justiça.

Palavras-chave: Constituição. Controle de constitucionalidade. Liberalismo. Justiça.

1 INTRODUÇÃO

No momento histórico em que o Supremo Tribunal Federal ganha cada vez mais visibilidade social por meio de julgamentos de temas prementes e atuais, como as cotas raciais, pesquisa com células-tronco, interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, a Lei de Imprensa, diploma para jornalistas e o poder de investigação do Ministério Público, torna-se perceptível a ideia de que o mecanismo do controle de constitucionalidade passa a se configurar como um promotor do ideário de justiça moderno.

A dimensão em que essa dinâmica se estabelece depende da compreensão do histórico evolutivo do controle de constitucionalidade no Brasil e da ideia de justiça no mundo contemporâneo — tendo em vista que alguns países adotam a Constituição do tipo rígida,¹ cuja modificação demanda uma dinâmica formal mais difícil do que a da chamada legislação ordinária. Assim, o primeiro passo é compreender como o controle de constitucionalidade se insere no constitucionalismo brasileiro.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro possui características próprias, pois, ao permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário estabeleçam um controle incidental da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ele se aproxima do sistema americano² de controle, mas faz uma junção com o sistema europeu continental, que estabelece um órgão de cúpula do Poder Judiciário que realiza um controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Portanto, impõe-se, primeiramente, a análise histórica do controle de constitucionalidade, para posteriormente compreendermos como esse sistema efetiva o ideário de justiça.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

2.1 A Constituição de 1824

No Império, a carta constitucional não estabelecia um controle de constitucionalidade nos moldes atuais, não existia a ideia de um controle autônomo em relação ao sistema legislativo. Nesse momento histórico, o que se buscava era garantir a tripartição dos poderes; dessa forma, não se vislumbrava uma corte suprema como guardiã da constituição, o que, na época, poderia ser visto como um desequilíbrio no sistema de distribuição dos poderes estatais.

Assim, o controle de constitucionalidade era uma função exercida pelo próprio Poder Legislativo, que se incumbia de observar a vinculação das leis, criadas pelo próprio Legislativo, com as diretrizes

¹ Segundo José Afonso da Silva, a constituição do tipo rígida é aquela que somente pode ser alterada mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Contrariamente, uma constituição flexível é a que pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias.

² José Tarcízio de Almeida Melo, em sua obra *Direito Constitucional no Brasil*, ensina que o controle norte-americano tem função declaratória e efeitos restritos às partes do processo. O controle ocorre em um processo judicial, por meio de um incidente de questionamento preliminar. Dessa forma, o controle de constitucionalidade não ultrapassa a dinâmica das partes envolvidas. Já o controle de constitucionalidade do tipo europeu, segundo o autor, se sustenta, basicamente, em um órgão soberano que estabelece a jurisdição constitucional por meio de uma interpretação discricionária.

constitucionais. Podemos constatar esse fato pela leitura do art. 178 da Constituição de 1824 que dizia “[...] Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades requeridas, pelas Legislaturas ordinárias.”

2.2 A Constituição de 1891

A mudança de rumo se deu com o texto constitucional de 1891, que abandonou o sistema político da Constituição de 1824 e se aproximou das diretrizes constitucionais norte-americanas. Dessa forma, conferiu-se ao Judiciário (e não mais ao Legislativo) a autoridade para constatar a inconstitucionalidade de uma lei e, conseqüentemente, não aplicar a norma jurídica inconstitucional. O corolário dessa mudança de rota constitucional foi a introdução do chamado sistema difuso de controle, pois os órgãos do Poder Judiciário passaram a ter a autoridade para discutir a constitucionalidade da norma jurídica invocada no caso concreto. Segundo o texto constitucional, em seu art. 59, II-III, competia ao Supremo Tribunal Federal (STF):

II — julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III — rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º — Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

2.3 A Constituição de 1934

As diretrizes constitucionais de 1934 foram responsáveis por grandes transformações no sistema de controle de constitucionalidade das leis. Podemos citar duas inovações trazidas:

- Reserva de plenário: surge o mecanismo que estabelece a ideia de que apenas a maioria absoluta dos membros dos tribunais teria competência para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do ente estatal.
- Eficácia *erga omnes*: surge a ideia de possibilitar conferir efeitos gerais quando da decisão de inconstitucionalidade de uma lei; dessa forma, o texto constitucional atribuía ao Senado Federal a competência para suspender, com eficácia *erga omnes*, a execução de uma norma jurídica.

Podemos constatar o segundo ponto mediante a leitura do art. 91, IV, da Constituição de 1934, que estabelecia como uma das funções do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

É importante destacar que foi a Constituição de 1934 que criou um dos mais importantes institutos jurídicos modernos: o mandado de segurança. Nas palavras da constitucionalista Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 95):

É esta Constituição que, em seu art. 113, n. 33, cria o mandado de segurança para proteção dos direitos líquidos e certos, ameaçados por ato abusivo ou ilegal do poder público, podendo nele ser alegada a inconstitucionalidade da lei em que se fundou o ato lesivo.

2.4 A Constituição de 1937

A linha evolutiva vista até aqui sofreu um retrocesso com o texto constitucional de 1937, pois o chefe de governo passou a ter a autoridade para encaminhar ao Poder Legislativo a decisão de inconstitucionalidade dada pelo Poder Judiciário, que poderia ser revista pelo parlamento. É o que estabelecia o texto constitucional:

Art 96 — Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único — No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

A competência do Senado Federal para suspender a execução de lei inconstitucional, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, é outro ponto³ do controle que passou por um retrocesso histórico, pois a referida casa legislativa perdeu tal competência.

2.5 A Constituição de 1946

Os retrocessos apresentados pela Constituição de 1937 foram revistos pelo texto de 1946. Dessa forma o controle de constitucionalidade retorna como função específica do Judiciário, e o Senado Federal retoma sua autoridade para suspender a execução da norma considerada inconstitucional. A Constituição de 1946

revigorou os princípios da Constituição de 1934, com algumas modificações. Manteve o controle por via de exceção, regulando no art.101, III, alíneas b e c, os casos de recurso extraordinário. No art. 2º reafirma a exigência da maioria absoluta de votos para a declaração de inconstitucionalidade. Devemos esclarecer que não se trata da maioria absoluta de presentes, mas da maioria absoluta dos votos do tribunal. Manteve, ainda, em seu art. 64, a competência do Senado Federal para suspender a execução no todo ou em parte, da lei ou do decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (FERRARI, 2004, p. 95).

Portanto, o texto constitucional de 1946 retomou o processo linear de evolução no controle de constitucionalidade brasileiro.

³ Além desse ponto, é importante destacar que a Constituição de 1937 modificou a diretriz constitucional do mandado de segurança, que perde sua previsão constitucional e passa a ser um meio processual de controle previsto em legislação ordinária.

2.6 A Emenda Constitucional n. 16/1965

A EC n. 16/65 se configura como marco histórico do controle de constitucionalidade, em virtude da instituição do chamado controle abstrato⁴ em nosso ordenamento jurídico. Por meio da referida emenda atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade tanto de normas federais quanto de estaduais. O marco se configura então pelo início do chamado controle por via direta.

Tendo por base o constitucionalismo italiano, a EC n. 16/65 deu nova redação ao art. 101 da Constituição de 1946, atribuindo ao Procurador-Geral da República competência para representar ao STF contra inconstitucionalidade de ato normativo.

2.7 A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69

Como afirma Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “a Constituição de 1967 manteve praticamente as disposições daquela de 1946, bem como as da Emenda Constitucional 16”. Dessa forma o texto constitucional de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69⁵ conservaram as modalidades do controle de constitucionalidade que haviam evoluído até aquele momento histórico. Desse modo, foram mantidas as diretrizes do controle de constitucionalidade sob a forma abstrata vigentes até aquele momento histórico.

2.8 A Constituição de 1988

Verifica-se, portanto, que o controle de constitucionalidade brasileiro sofreu transformações conceituais que alteraram seus critérios, passando por uma influência norte-americana até atingir um sistema híbrido que concilia a modalidade de controle difusa e a abstrata.

Como verifica Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, o texto constitucional de 1988 combina os dois módulos de controle, pois assegura aos órgãos do Judiciário autoridade para analisar a inconstitucionalidade das leis quando instados para análise de um caso concreto, perfazendo as diretrizes básicas do controle difuso de constitucionalidade e, configurando a fusão de espécies de controle, assegura os mecanismos para a efetivação do controle abstrato feito pelo órgão de cúpula do Judiciário.

A importância histórica da Constituição de 1988 para o sistema de controle encontra-se justamente no controle abstrato, pois pelo texto constitucional passou-se a garantir quatro ações

⁴ O controle abstrato tem como objetivo a defesa do ordenamento jurídico frente às leis inconstitucionais. Essa espécie de controle, como explica José Afonso da Silva, originou-se no continente europeu por meio da Constituição austríaca de 1920, sob a influência de Hans Kelsen. A Constituição austríaca de 1920 estabeleceu, pela primeira vez, a ideia de um tribunal encarregado da jurisdição constitucional.

⁵ É importante destacar, como faz José Afonso da Silva em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, que “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil” (SILVA, 1998, p. 89).

diferenciadas por meio da via direta —ADI, ADC,⁶ ADI por omissão e ADPF⁷ — aumentaram-se consideravelmente os atores legitimados a propor o referido controle.

3 CONSTITUIÇÃO, SUPREMACIA E CONTROLE

Tendo em mente o breve histórico sobre a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, compreende-se que a constituição se estabelece como uma norma hierarquicamente superior às demais espécies normativas encontradas no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, seus mecanismos de controle possuem uma relevância maior como promotores da justiça.

Na modernidade jurídica, não há mais discussões sobre o lugar ocupado pela constituição como mecanismo de transformação dos valores sociais relevantes em normas jurídicas de real eficácia.

A questão da hierarquia do texto constitucional sobre as demais espécies normativas possui um corolário fundamental, como afirma Norberto Bobbio,⁸ que é o fato de a Constituição fornecer o âmbito de validade das demais leis. Isso pode ser visualizado nas palavras de John Marshall⁹, citadas na obra *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, de Luiz Pinto Ferreira¹⁰:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior (uma *paramount law*), soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e consequentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.

Portanto, o texto constitucional fornece a base jurídica de sustentação das demais normas. Esse fato delimita os parâmetros normativos para a estruturação dos mecanismos de convivência social, além

⁶ A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida na Constituição pela da EC n. 3/93, buscando agilizar a análise constitucional por parte do STF, como afirma Marcelo Novelino: “em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a ADC tem como pressuposto de cabimento a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo (Lei n. 9868/99, art. 14, III), sendo necessária a existência de um número razoável de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada” (NOVELINO, 2008, p. 198).

⁷ A arguição de descumprimento de preceito fundamental se configura como novidade estabelecida pela Constituição de 1988, “para servir como parâmetro para o cabimento da ADPF, não basta que a norma seja apenas formalmente constitucional: há de ser um preceito fundamental. Preceito é o modo de agir imposto por um determinado dispositivo. Na qualidade de norma jurídica, o preceito pode ser um princípio ou uma regra. Para que seja considerado fundamental, há de ser imprescindível para preservar a identidade da Constituição e do regime por ela adotado” (NOVELINO, 2008, p. 200).

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995, p. 59.

⁹ John Marshall, Juiz Presidente da Suprema Corte dos EUA de 4 de fevereiro de 1801 a 6 de julho de 1835.

¹⁰ *The Writings of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution*. Boston, 1839, p. 24-25, *apud* FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 97.

de organizar as funções gerenciais do ente estatal e configurar os limites da ação governamental,¹¹ apresentando-se, portanto, como norma superior dentro do regramento jurídico.

A supremacia da constituição traz a ideia de que nenhuma norma ou qualquer vontade particular pode ser considerada válida se estiver em campo contrário aos princípios constitucionais. Essa ideia, como afirma José Tarcízio de Almeida Melo (2008, p. 138), expressa a soberania e a supremacia interna:

O controle da supremacia da Constituição, cujo instrumento significativo é o controle da constitucionalidade das leis, é parte da jurisdição constitucional que disciplina a preponderância da Constituição sobre os demais atos jurídicos do Estado, a expressão da soberania, a dimensão da independência externa e da supremacia interna.

Tratando-se, o poder soberano, do elemento vital do Estado, como o cérebro o é para a pessoa natural, toda a preocupação concentra-se em estudar, aplicar e resguardar a Constituição.

Dessa forma, tendo em mente a supremacia constitucional, compreendemos que a ideia de justiça deverá estar vinculada à plena aplicação do texto constitucional, na medida em que a Constituição se configura como a lei geral estabelecadora das diretrizes para o convívio social, pois na visão de:

Dworkin a norma jurídica não se resume em sua coercitividade e o direito é uma integridade. O intérprete da Constituição, para fazê-la aplicada, construtivamente, no interesse da sociedade, considera os princípios de justiça, equidade e o devido processo legal. Concilia a incidência dos princípios morais com a certeza jurídica necessária à credibilidade do Direito (MELO, José Tarcízio de Almeida. 2008, p. 141).

É forçoso, portanto, compreender esse ideal de justiça e em que medida ele se relaciona com o controle de constitucionalidade reafirmado e ampliado pela Constituição de 1988.

4 A JUSTIÇA E O LIBERALISMO

A ideia moderna de justiça está alicerçada no ideário liberal. O liberalismo é um produto moderno, resultado de vários fatores históricos; é uma nova forma de pensar, um conjunto de formulações teóricas resultantes de processos históricos de ruptura.

Quando falamos de ruptura, pensamos em fatos históricos que fizeram emergir novas teorias sociais. Como faz Galuppo¹², podemos também apreender que existem três grandes processos de ruptura para o advento do liberalismo. São eles: a *Revolução Científica*, as *Grandes Navegações* e a *Reforma Protestante*. Esses três fatores constroem uma nova realidade para o indivíduo, fornecendo um campo fértil para o surgimento das ideias liberais.

A revolução no campo científico pode ser vislumbrada a partir do século XVI. Até esse ponto histórico, muitas teorias que eram aceitas, e não discutidas, passaram por um processo de questionamento e transformação. Os trabalhos de Copérnico, Galileu e Kepler revolucionaram a

¹¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹² GALUPPO, Marcelo. *Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do Estado Democrático de Direito e o problema da tolerância*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em <http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/index.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

astronomia; os avanços teóricos de Fermat e Descartes revolucionaram a matemática, e os de Newton redimensionaram toda a física. Porém, o mais significativo é que nesse período estabeleceram-se as bases do método científico moderno. Como diz John Henry: “a partir dos estudos de Descartes e de Locke, o empirismo e a sistematização passaram a ser considerados os pilares da ciência moderna” (HENRY, 1998, p. 24).

Podemos constatar que o *Renascimento* trouxe um novo impulso para as pesquisas científicas, baseado justamente no uso da razão e na experimentação, fatores que levaram Galileu Galilei a contestar o geocentrismo de Ptolomeu e a defender o heliocentrismo de Copérnico, “e suas observações lhe permitiram verificar que a terra girava em torno do Sol, confirmando o heliocentrismo” (HENRY, 1998, p. 57). Com isso deixamos de estar inseridos no centro do universo. Ao ter uma nova visão cosmológica, a antiga metafísica entra em colapso justamente com a ética aristotélica (base do comunitarismo), pois não somente ficamos fora do centro do universo, como também ficaram cientificamente incorretos os conceitos aristotélicos em que o modelo ptolomaico se baseara (GALLUPO, 2003).

Já as grandes navegações tiveram seu início no século XV, quando os europeus começaram a desenvolver o comércio entre a Europa e o Oriente. Desde a Antiguidade, a história do Ocidente esteve restrita à navegação no Mediterrâneo. É nesse período que ocorreu a exploração do Atlântico, desmoronando a ideia de que a civilização europeia seria o único referencial da humanidade. A Europa deixou de ser o centro cultural, o que colocou em discussão a segunda grande certeza clássica.

Com a Reforma Protestante, aconteceu a ruptura da terceira grande certeza, a certeza da autoridade religiosa. Devemos compreender que a base sobre a qual se construiu o liberalismo foi a reivindicação de direitos, sejam eles religiosos, políticos ou econômicos. A cultura moderna pode ser associada a um irromper de direitos individuais. A liberdade está intimamente relacionada com a gênese da civilização moderna e, conseqüentemente, com a matriz liberal. Foi Lutero quem abriu caminho para o individualismo no campo religioso, que, se espalhou pelo campo social e político.

O tema protestante da inviolabilidade de consciência foi uma contribuição fortíssima e decisiva para a teoria liberal. Mas, segundo Galuppo (2003), o homem não é capaz de construir sua história sem referenciais para a sua conduta: “nós, individual ou coletivamente, precisamos de centros que orientem a nossa ação”. Precisamos de algo para colocar no lugar das certezas que a Reforma, as Grandes Navegações e a Revolução Científica derrubaram. E esse algo passa a ser o próprio indivíduo; o próprio sujeito é convertido, na modernidade liberal, em seu próprio referencial: o centro é o indivíduo.

O liberalismo desconstrói a certeza aristotélica de um bem geral capaz de fundamentar a sociedade. Com o subjetivismo liberal não se vê mais a existência do “todo social” como um fator natural. O homem passa a ser visto como anterior à sociedade. Contrariando o comunitarismo — filosofia que posicionava o social antes do individual —, o justo passa a ter prioridade sobre o bem; se o

homem é a unidade originária, devemos encontrar algo que, a partir do sujeito, possa construir a junção social. Esse algo será o contrato, que veremos teorizado, primeiramente, na filosofia liberal de Locke.

A ideia de justiça moderna, portanto, está ligada a todo esse arcabouço teórico liberal que podemos ilustrar e compreender por meio do pensamento de Kant.

5 IMMANUEL KANT

É com base na primazia do conceito de *justo* sobre o conceito de *bem* que podemos começar a compreender a contribuição da filosofia kantiana para a compreensão da ideia de justiça moderna. O pensamento político de Kant é um poderoso fundamento para a ideia liberal de proteção do indivíduo contra o Estado. Em Kant, justiça é liberdade (observando-se o fato de que seja igualmente distribuída): os homens se reuniram e constituíram uma sociedade e um poder estatal para garantir o livre desenvolvimento do *sujeito*; as normas e condutas sociais e estatais existem para assegurar que a liberdade do indivíduo não seja violada por outrem.

A prioridade é a ideia do *justo*. Kant está preocupado em determinar o que é um ordenamento justo. Este se constitui quando o aparelho estatal consegue garantir uma plena esfera de liberdade individual para que cada um possa desenvolver sua personalidade.

A ética para Kant é o espaço da razão prática. Devemos compreender que esta, para o filósofo, é a razão aplicada à ação, à prática e ao campo moral. No sistema ético de Kant, a razão é a autoridade no campo moral; é ela que regula e estabelece a ação moral, pois a moral não dependeria dos impulsos e tendências naturais ou baseadas na experiência sensível. Como diz Joaquim Carlos Salgado (1986, p. 205):

A lei moral não é deduzida, nem induzida de dado algum empírico; é uma proposição *a priori*. Se é *a priori* na precedência, origina-se diretamente da razão, considerando-a Kant um fato da razão, porque, sendo a razão originariamente legisladora, dela temos imediata consciência.

A autonomia da vontade pode ser vista como a base da ética kantiana e, como diz Kant, essa autonomia é a qualidade que a vontade possui de se configurar, independente de uma qualidade qualquer dos objetivos do dever, em lei para si mesma. A ideia de liberdade em Kant é a de autonomia da razão, o que possibilita a existência da lei moral.

Verifica-se a importância fundamental dessa teorização kantiana para o desenvolvimento do liberalismo, na medida em que estabelece o homem como um ser racional e livre no mundo inteligível, pois a liberdade é qualidade de todo ser racional.¹³ Considera, também, a vontade deste homem como uma vontade capaz de construir leis universais, uma vontade que não busca alcançar fins que se encontram externamente¹⁴.

¹³ KANT, 1959.

¹⁴ *Ibid*, 1959.

Essa ideia de que o homem é o fim em si mesmo, porque desfruta de liberdade e porque a finalidade da razão é se estabelecer no campo moral, implicará, no pensamento de Kant (1991), o reconhecimento do outro como igual, ou seja, o outro também é um ser racional que possui sua liberdade e não poderá ser tratado nunca apenas como meio e, sim, sempre como fim em si mesmo. Essa teorização possui implicações profundas para a **matriz liberal**, na medida em que a liberdade passa a **caracterizar** o homem. Tudo que impede a liberdade individual será visto como injusto.

Justo é somente a ação, sob cuja máxima a liberdade de arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos. A liberdade é a condição de toda vida moral e, portanto, também do direito. Nenhum direito e nenhum dever tem sua origem noutra coisa senão na liberdade (SALGADO, Joaquim Carlos, 1986, p. 253).

5.1 Contrato Social, Estado e Justiça

Kant racionaliza a doutrina do contrato social, retira a ideia contratualista do campo sociológico e a coloca no campo normativo. O contrato é visto como uma ideia regulativa, e não mais da maneira clássica, uma ideia constitutiva. Para os jusnaturalistas o contrato podia ser visto como um fato histórico. Kant não compactua com esse pensamento. Para ele o contrato é uma ideia advinda da razão, uma ideia matriz a ser usada para a compreensão racionalizada do Estado. A passagem do estado de natureza para o estado civil é, segundo Kant, um dever, uma exigência moral, que o filósofo explica no que ele chama de **postulado do direito público**, o qual afirma que o ser racional, baseado na relação de coexistência estabelecida com o outro, deve sair do estado de natureza para adentrar um estado jurídico. Para melhor compreender a ideia de Kant quanto ao contrato, podemos pontuar as diferenças básicas do pensamento de Locke.

Para Locke o homem sai do estado de natureza de forma calculada, estado que se configura como potencialmente lesivo ao homem. Para Kant (1991), o estado de natureza é um estado injusto que o homem abandona obedecendo a uma lei moral. O homem, ao abandonar o estado de natureza e adentrar o estado civil, almeja que sua liberdade possa coexistir com a liberdade do outro, o que por si é uma ação baseada em um dever moral —ação moral no sentido kantiano—, ou seja, uma ação que não possui o intuito de satisfazer interesses individuais, e sim de buscar um estado que não seja injusto como é o estado de natureza. O estado de natureza em Kant é um campo de contradições e incertezas, devendo-se, portanto, criar um estado em que prevaleça uma vontade certa que possa delimitar, de maneira justa, as vontades individuais, ao mesmo tempo respeitar a liberdade do ser racional. Como diz Salgado (1986, p. 294):

O suporte de tal contrato e do mesmo Estado é a liberdade. E não só a liberdade enquanto possibilita gerar o dever e a responsabilidade de cada um, que se traduz na limitação do seu arbítrio, mas liberdade como razão de ser e como fim do pacto social. Não é simplesmente a vida social o objeto do pacto – pois esta existiria no estado de natureza – mas a possibilidade da própria liberdade na vida social é que é o seu objetivo, visto que seria uma sem-razão falar em liberdade sem a garantia dessa liberdade, na relação com o outro, na sociedade.

Na filosofia de Kant, o Estado é uma consequência racional advinda da relação entre os seres humanos. E qual seria a principal função do Estado? A resposta a esta pergunta se configura na principal contribuição da filosofia kantiana para a matriz liberal no seu campo político; a resposta que podemos encontrar na filosofia de Kant (principalmente em sua obra *Metafísica dos Costumes*) é garantir a liberdade do indivíduo, como podemos constatar de forma clara nesta passagem:

Com relação à felicidade, não é possível formular princípio algum válido universalmente para fazer leis, porque, sejam as condições do tempo, sejam também as representações contrastantes e sempre mutáveis daquilo em que uma pessoa coloca a sua felicidade (e ninguém pode prescrever onde ele deve colocá-la), tornam impossível qualquer princípio estável, e por si mesmo, inepto para ser o princípio de uma legislação. A máxima: *salus publica, suprema civitatis lex est* permanece em sua validade imutável e em sua autoridade; mas o bem público, que acima de tudo, deve ser levado em consideração, é precisamente a constituição legal que garante a cada um sua liberdade através da lei; com isso continua lícito para ele buscar sua própria felicidade por meio do caminho que lhe parece melhor, sempre que não viole a liberdade geral em conformidade com a lei e, portanto, o direito dos outros consorciados (KANT, 2003, p. 297).

Quando falamos de garantir a liberdade, devemos ter em mente que é tanto liberdade como autonomia, no sentido de que sou livre porque estou submetido a leis que eu próprio criei, quanto liberdade como não impedimento, no sentido de que eu não encontre obstáculos ao meu agir dentro de uma certa esfera. Nas palavras de Kant (1989, p. 78) em *A Paz Perpétua*: “Melhor é definir a minha liberdade externa, ou seja, jurídica, como a faculdade de não obedecer a outras leis externas, a não ser àquelas a que pude dar o meu consenso”.

A ideia de Kant sobre a função do Estado se confunde com a própria noção liberal que se desenvolverá depois dele. Essa concepção que estabelece que o fim do Estado é o desenvolvimento da liberdade individual é a principal concepção da ideia de justiça moderna.

É importante notar que essa concepção política traz em si uma profunda diferenciação filosófica em comparação com a **matriz comunitarista**, pois, na medida em que se estabelece que o fim do Estado é garantir a liberdade individual, fica claro que o aparelho estatal não possui um fim próprio, ele não existe para promover um bem geral e universal, mas para garantir a liberdade individual e, assim, garantir que cada sujeito possa alcançar os fins livremente escolhidos.

O Estado liberal, que possui uma base filosófica no pensamento de Kant, não busca garantir uma virtude universal, não se preocupa com o *bem*, mas com o *justo*; e o *justo* se confunde com a liberdade externa, ou seja, é a constituição legal que garantirá a liberdade por meio da lei, e esta liberdade propiciará a cada um alcançar sua felicidade de forma distinta. Cada sujeito pode procurar realizar os objetivos que escolher. Aí se encontra a justiça, e esta tem primazia sobre a noção de *bem*. O Estado em Kant não é um mecanismo que produzirá, por si, a felicidade para o ser racional. Para o filósofo, cada ser racional coloca a felicidade em bens distintos, a felicidade é encontrada de forma pessoal, não há como determinar um bem garantidor da felicidade geral.

Outro fator importante do pensamento de Kant (2003), que se transforma em base filosófica do liberalismo, é o constitucionalismo estatal; o mecanismo utilizado pelo Estado para garantir a liberdade do indivíduo é a constituição legal. A constituição, por meio da lei, assegura que a liberdade do indivíduo seja vivida, permitindo, desta forma, que cada um alcance sua felicidade.

6 A IDEIA DE JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

O título desse tópico, não por acaso, é o mesmo da obra do Professor Joaquim Carlos Salgado (2006), que estabelece um estudo sobre o valor básico do Direito, que é a ideia do justo e sua aplicabilidade no mundo moderno. Portanto, nada mais adequado do que começarmos essa parte final de nossa discussão, buscando compreender o ideal contemporâneo de justiça, nas palavras do autor, Professor Salgado (2006, p. 8):

A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como a tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente a todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como *maximum* ético, e a justiça como o desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, entendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das nações Unidas. Trata-se, portanto, de empreender uma teoria da justiça segundo a realidade histórica do mundo em que vivemos, caracterizada pelo Estado Democrático de Direito, que, por ser momento de chegada da cultura ocidental, põe-se como verdade do direito a englobar, portanto, todo o direito em todas os seus momentos históricos, ainda que aparentemente se manifeste com aspectos de irracionalidade. O estado de Direito é não só definido formalmente como o Estado que se submete ao seu direito, mas é também materialmente concebido como o Estado cuja constituição declara os direitos fundamentais.

Assim, tendo por base o estudo feito até aqui sobre a ideia de justiça no liberalismo, podemos apreender, como faz o autor, que a finalidade do Estado moderno é realizar os direitos fundamentais que estão contidos em sua constituição, garantindo, assim, em última instância a aplicabilidade da justiça, que se configura como corolário desse processo.

Para esse ponto podemos convergir toda a discussão que travamos e vincularmos o controle de constitucionalidade como um instrumento primordial para a efetivação do ideário contemporâneo de justiça, pois, como dissemos no tópico anterior, a ideia kantiana sobre a justiça, que serve de referência para o ideal contemporâneo trabalhado pelo Professor Salgado, vincula-se indissociavelmente ao constitucionalismo estatal, que será o mecanismo garantidor da justiça, pois é instrumento de garantia da liberdade do indivíduo.

7 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA

No início do nosso estudo, fizemos a análise histórica do controle de constitucionalidade para buscarmos compreender como ele se configura em um instrumento de efetivação do ideal de justiça. Essa tarefa dependeu da análise do ideário de justiça contemporâneo, que compreendemos

estar vinculado ao ideal liberal de defesa dos direitos fundamentais inseridos em um texto constitucional. A justiça surgiria, portanto, como efetivação e defesa desses direitos fundamentais e, essencialmente, o da liberdade.

Esse é o ponto central de nosso estudo e convergência de nossa discussão. A liberdade individual exige garantias especiais do texto constitucional e, essas garantias efetivam o ideal contemporâneo de justiça, pois, como trabalha Rawls,¹⁵ injusto seria a aplicação indiscriminada de uma lei que agredisse a liberdade do indivíduo e, em última instância, o conjunto dos direitos fundamentais.¹⁶ Como escreve Samuel Freeman (1994, p. 196):

a liberdade de cada cidadão constitui uma parte da liberdade pública e até mesmo, em um Estado Democrático, uma parcela da soberania. Preservar esse direito também é uma condição à preservação da soberania e da independência.

Dessa forma, evidencia-se a função democrática do controle de constitucionalidade, que funciona como um promotor da justiça na medida em que barra a aplicabilidade de leis que se chocam com os direitos que buscam preservar a liberdade.

Devemos compreender o sistema de controle de constitucionalidade como um mecanismo não apenas promotor da liberdade, mas necessário para a sua efetivação, pois como ensina Samuel Freeman (1994, p. 196):

Os procedimentos majoritários não são perfeitamente justos nem mesmo em condições ideais. Podemos supor, entretanto, que sob essas circunstâncias o senso de justiça é forte e desenvolvido a um tal ponto que, uma vez que as consequências da legislação injusta se tornem de conhecimento público, os próprios procedimentos legislativos permitam os ajustes necessários à justiça democrática. Nesse caso não há necessidade de a revisão funcionar como um corretivo. A revisão judicial é apropriada quando os procedimentos legislativos são incapazes de se corrigirem. Isso acontece quando o senso público de justiça é (1) dividido internamente, ou (2) não é suficientemente desenvolvido ou não é suficientemente dirigido para influenciar os procedimentos legislativos de forma a realizar as correções necessárias à justiça democrática, ou ainda (3) quando o legislativo é tão controlado por interesses privados (devido, em geral à influência indevida da riqueza) que ele não reflete corretamente os julgamentos públicos refletidos em questões de justiça.

Portanto, essa enumeração argumentativa feita pelo autor demonstra não apenas que o controle de constitucionalidade se configura como instrumento de justiça, mas também a necessidade prática para essa efetivação.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou vincular o sistema de controle de constitucionalidade e a promoção de um ideal de justiça contemporâneo. Primeiramente a busca se concentrou em explicitar a linha evolutiva das

¹⁵ RAWLS, 2002.

¹⁶ Conforme explica Jose Adércio Leite Sampaio: “A era dos direitos fundamentais se confirma com a Constituição de 1988, pela adoção do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, estimulando os autores a assumirem o novo sobrenome dos direitos, de modo a incluir a titularidade individual e coletiva, bem como a feição liberal, social, de nacionalidade e política” (SAMPAIO, 2004).

formas de controle de constitucionalidade no Brasil para posteriormente empreender um estudo sobre o ideal de justiça na contemporaneidade.

Esse segundo passo foi trilhado sob a égide do pensamento kantiano, que traça uma argumentação em defesa da liberdade no Estado Democrático de Direito e de sua efetivação no constitucionalismo.

Finalmente, buscamos uma junção desses dois momentos e podemos compreender que o sistema de controle de constitucionalidade, na medida em que garante padrões de uma constituição democrática, produz o equilíbrio da justiça dentro do Estado, pois anula os efeitos da legislação injusta, aquela que agride os direitos fundamentais e a própria liberdade individual.

Portanto, o controle de constitucionalidade das leis se configura como um instrumento de promoção da justiça na contemporaneidade, pois podemos visualizar a ideia de que uma sociedade é mais justa na medida em que efetiva as condições para o exercício dos direitos fundamentais e para que o indivíduo possa exercer sua liberdade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Brasília: UnB, 1997.
- _____. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil, 1998. Brasília: Senado Federal, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DELEUZE, Gilles. *A filosofia crítica de Kant*. São Paulo: Edições 70, 1963.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERNANDEZ SANTILLAN, Jose F. *Locke y Kant: ensayos de filosofia política*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1992.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

- FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova*, n. 32, 1994.
- GALEFFI, Romano. *A filosofia de Immanuel Kant*. Brasília: UnB, 1986.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- _____. *Comunitarismo e liberalismo na fundamentação do estado democrático de direito e o problema da tolerância*. Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/index.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2011.
- _____. *O que são direitos fundamentais?* Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/index.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2011.
- HECK, José. *A liberdade de Kant: dois estudos*. Porto Alegre: Movimento, 1983.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HENRY, John. *A revolução científica e as origens da ciência moderna*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. 4. ed. São Paulo: Publicações Brasil, 1959.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- _____. *Crítica da razão pura*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1980.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O liberalismo político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ática, 2000.
- _____. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.
- _____. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
- _____. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito*

como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Paradoxos do liberalismo: teoria e história*. São Paulo: Vertice, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Abstract: The purpose of this article is to understand the dynamics between the Brazilian system of constitutionality control and the ideal of promoting justice. To what extent this dynamic depends on the comprehension of the evolution of constitutionality control in Brazil and the idea of justice in the contemporary world.

Therefore, the study aims, initially, at explaining the evolution of the mechanisms of constitutional control in the Brazilian legal history, seeking to understand the characteristics of this control system. This premise intends to demonstrate the idea that the system of judicial control in Brazil has unique characteristics, since it allows all levels of the Judiciary to perform an incidental constitutionality control of laws and normative acts, which makes it similar to the American control system, but combining, at the same time, elements of the continental European system, which establishes a superior judicial organ to perform an abstract constitutionality control of laws.

Subsequently, the work aims at emphasizing the idea of justice in modernity, linking it to the classical liberal thought, on account of the fact that the modern idea of justice is grounded on the liberal school. Liberalism is a modern product, a result of several historical factors, a new way of thinking, a set of theoretical propositions derived from historical processes of rupture. Following this line of thought, the work seeks to apprehend the purpose of the modern state, which would be to promote the fundamental rights contained in its constitution, thus ensuring the applicability of justice, which constitutes a corollary of this process. Hence, the study converges all the debate on constitutionality control to the consolidation of a fundamental instrument to accomplish the contemporary concept of justice.

Keywords: Constitution. Constitutionality control. Liberalism. Justice.

Data de recebimento: 10 maio 2012

Data de aceite para a publicação: 26 abr. 2012