

A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.¹

Christine Oliveira Peter da Silva²

Sumário: 1. Introdução. 2. O paradigma Neoconstitucionalista. 3. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional. 4. A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais 5. O Poder Judiciário e sua missão constitucional. 6. Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional dos Direitos Fundamentais. 7. Considerações Finais.

1. Introdução

A compreensão da função jurisdicional no Estado Constitucional instiga reflexão sobre os próprios fundamentos dessa concepção de Direito e Justiça que se sustenta na supremacia e força normativa da Constituição³.

A premissa central do estudo é de que a missão institucional que constitucionalmente está destinada ao Poder Judiciário como um todo, e ao Supremo Tribunal Federal, em particular, é a de uma Justiça comprometida com os direitos fundamentais, não importando como, para que, para quem, ou em que extensão.

A discussão sobre em que medida a jurisdição constitucional brasileira, difusamente compartilhada pelos membros de nosso Poder Judiciário, tem consciência de que cada juiz ou Tribunal é constitucionalmente comprometido com a garantia dos direitos fundamentais, deve ter como norte a premissa de que o Poder Judiciário está sendo diuturnamente convocado à implementação de práticas, públicas ou privadas, que concretizem tais direitos. E mais: convida a todos os estudiosos a uma reflexão sobre a

¹ Trabalho desenvolvido no Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, no primeiro semestre de 2009, para a disciplina Jurisdição Constitucional Brasileira, ministrada pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes.

² Doutoranda e Mestre em Direito e Estado pela UnB, Professora de Direito Constitucional do UniCeub, Professora de Pós-Graduação em Direito Constitucional do IDP, Assessora de Ministro do STF.

³ Não posso aqui deixar de anotar que a escolha do tema deve-se a uma reflexão já em amadurecimento há bastante tempo sobre os novos rumos da jurisdição constitucional brasileira no contexto internacional globalizado e com tendências à comunitarização. A reflexão, adiantada no contexto teórico, sobre o Estado Constitucional Cooperativo, é a inspiração remota para as premissas do presente estudo, o qual, muito embora não tenha qualquer consideração sobre o referido tipo de Estado, propõe debate sobre as suas premissas básicas.

necessária auto-compreensão que os membros do Poder Judiciário devem fazer sobre o papel que desempenham nesse novo contexto.

As novidades do complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, principalmente os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, estão induzindo a um inesperado e substancial reforço do controle de constitucionalidade difuso entre nós. Quando há a rejeição de repercussão geral de um determinado tema, a competência de resolver a questão constitucional passa a ser, em definitivo, de outros órgãos ou tribunais do Judiciário, que não o Supremo Tribunal Federal, e isso gera inevitável repartição de competência constitucional.

Nesse contexto, a preocupação com a garantia e efetividade das normas constitucionais de uma Constituição analítica como a brasileira de 1988 passa a ser compartilhada entre todos os membros do Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal.

E mesmo quando a questão tenha a repercussão geral reconhecida e/ou uma súmula vinculante seja editada, ainda assim remanesce a competência de todos os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro de adequar a premissa constitucional estabelecida aos casos concretos apresentados.

A realidade atual, na verdade, reforça o contexto do Estado Constitucional, que inspira reflexão sobre o neoconstitucionalismo, ou seja, sobre premissa filosófica dessa postura institucional proposta para o Poder Judiciário, enfatizando, seus pressupostos e desdobramentos.

Considerando que os direitos fundamentais não mais se apresentam apenas como direitos subjetivos, mas também como parâmetro objetivo do ordenamento jurídico-constitucional, também serão feitas considerações sobre a faceta objetiva dos direitos fundamentais.

Por fim, pretende-se apresentar como missão do Poder Judiciário, de forma mais geral, e do Supremo Tribunal Federal, de maneira mais específica, um compromisso com os direitos fundamentais. Na verdade, é a premissa teórica e filosófica do trabalho, que está proposta como ponto central para as discussões que aqui serão desenvolvidas.

2. O paradigma Neoconstitucionalista

O pós-positivismo, ou como preferem alguns autores⁴, o neoconstitucionalismo, apresenta-se, na visão do professor Luís Roberto Barroso, como consequência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do juspositivismo⁵.

Na verdade, as consequências históricas da I Guerra Mundial e a confirmação dessas consequências pela II Guerra Mundial possibilitaram a disseminação de um sentimento de desconfiança no paradigma científico apoiado na neutralidade e na formalismo da lei geral e abstrata, colocando em xeque o próprio Estado de Direito Legislativo.⁶

Por pós-positivismo pode-se entender “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.”⁷

Na verdade, como tenho observado⁸, o pós-positivismo não propõe rompimento radical com o positivismo, mas uma releitura de suas propostas fundamentais, principalmente no que diz respeito ao conceito de norma jurídica, que se abre para além das regras jurídicas também para a espécie princípios jurídicos, bem como no reconhecimento de que a Justiça deve ser uma busca intrínseca ao Direito, por meio das pautas constitucionais elencadas sob a forma de normas consagradoras de direitos fundamentais.

⁴ O professor Lênio Streck, com quem tive a honra de dividir o painel do VII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, realizado em 21 e 22 de outubro de 2004, no Auditório Pedro Calmon, em Brasília-DF, afirmou preferir esta segunda expressão: neoconstitucionalismo.

⁵ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004, p. 300.

⁶ DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 16.

⁷ Cfr. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004, p. 300.

⁸ Aqui vale a ponderação de alguns autores, como o Professor Lenio Streck, que afirmam o contrário. Cfr. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso : Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2008, p.7.

Nesse contexto, não há dúvidas em se afirmar que, para o pós-positivismo, o ser humano passa a ser o eixo central de todas as discussões, pois a dignidade da pessoa humana é o princípio fundamentador de toda a reflexão filosófica. No Direito, isso é ainda mais evidenciado pelo próprio tratamento que se deu aos direitos civis, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, numa visão mais global e interdisciplinar, a partir da segunda guerra mundial (segunda metade do Século XX).

A proteção *incontinenti* das liberdades civis, principalmente pela utilização de instrumentos e procedimentos adequados, associada ao reconhecimento de direitos fundamentais nos planos social e difuso (os conhecidos direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensão⁹), são provas de que os valores sociais, identificados nas culturas e nos próprios indivíduos, passaram a ser eixos centrais das formulações jurídicas, no contexto do Estado Constitucional.

Assim sendo, não há como negar que houve uma virada paradigmática no eixo da epistemologia jurídica, mas especificamente, naquilo que se concebe como teoria da norma jurídica: ao lado das regras jurídicas agora também são reconhecidos princípios jurídicos, a merecer atenção e reflexão crítica por parte dos juristas. Esse foi o ponto central da novidade pós-moderna, que nesse estudo está-se chamando de pós-positivista¹⁰.

Mas, duas outras são conseqüências inafastáveis nesse contexto: o cuidado teórico e prático com a temática dos direitos fundamentais (que se constrói sobre edifício da teoria dos princípios), que são reconhecidos para além de sua perspectiva meramente subjetiva, como verdadeiro parâmetro objetivo da ordem jurídico-constitucional; e a reflexão sobre metódica de aplicação e controle de aplicação de tais direitos, sob a perspectiva da compreensão (hermenêutica) e da comunicação/linguagem (argumentação).

⁹ O professor Ingo Sarlet justifica a opção pela terminologia 'perspectiva' – ao invés de 'dimensão' como é utilizado pela maioria dos autores – afirmando que assim o fez para evitar confusão com as gerações dos direitos fundamentais para as quais também é bastante utilizada a expressão 'dimensão'. (Cfr. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, p. 139, nota 308).

¹⁰ A obra de André Rufino do Vale enfrenta esta questão de forma magistral. Cf. VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo : IDP/Saraiva, 2009.

Neoconstitucionalismo é, por sua vez, a combinação sistemática de algumas constatações que, no plano da epistemologia jurídica, pode estar resumida nas seguintes premissas: a) teoria das normas jurídicas como regras e princípios; b) teoria dos direitos fundamentais como eixo de valores fundadores de toda a reflexão filosófica, portanto, a partir de uma visão objetiva; c) teoria da argumentação e hermenêutica jurídicas, como suporte metodológico imprescindível facilitador do processo de concretização dos direitos fundamentais¹¹.

Não se pode, por fim, deixar de registrar, que o contexto no qual toda essa reflexão se propõe é o do Estado Constitucional, que seria o Estado de Direito na sua visão mais total, ou seja, Estado de Direito Administrativo, Estado de Direito Legislativo e Estado de Direito Judiciário.

Dos pilares que sustentavam o Estado de Direito, na sua versão clássica, quais sejam: controle de legalidade; separação de poderes; garantia de direitos subjetivos fundamentais, passou-se para uma concepção de Estado Constitucional em que ganha relevo o controle de constitucionalidade; a idéia de interdependência entre os poderes e a garantia de direitos fundamentais também no plano objetivo. Essa é realmente uma reestruturação essencial que movimenta uma série de outras conseqüências tanto para a reflexão teórica quanto prática do Direito Público e do Direito Constitucional.

De acordo com Antonio-Enrique Pérez Luño, Estado Constitucional constitui uma categoria jurídica já antiga que tem sido compreendida a partir de um novo significado, o qual se refere, em uma das suas perspectivas, à noção de Estado Constitucional como paradigma alternativo ao Estado de Direito, considerado, aqui, como Estado de Direito Legislativo.¹²

Assentado esse referencial teórico de nosso estudo, o exame da temática proposta será conduzido pelas seguintes premissas: a) o papel institucional do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal deve estar fundado na teoria objetiva dos direitos fundamentais, especificamente no sentido das garantias institucionais; b) a

¹¹ Essa referência é clara na obra do Professor Luis Roberto Barroso: O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro, in RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2004, p. 300.

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 57

legitimidade da atuação do Poder Judiciário e da Corte Constitucional só se constrói num ambiente institucional que tenha consciência da missão compartilhada de funções de Poder do Estado garante dos direitos fundamentais; e c) a metódica concretista-aberta (na visão procedimental de Peter Häberle¹³) é uma das vias adequadas para promover o debate hermenêutico e argumentativo (legitimadores), no âmbito do Estado Constitucional contemporâneo.

3. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

Conforme já assentado, o Estado Constitucional assume, hoje, o papel de paradigma viável para a atualização do ideário do Estado de Direito – a justificar a necessidade de se investigar a missão do Poder Judiciário como garante dos Direitos Fundamentais, tanto no plano constitucional, como no plano das irradiações dos Direitos Fundamentais no direito infraconstitucional.

Deve-se ter em mente que não é tarefa fácil interpretar e concretizar as normas jurídicas, especialmente as normas constitucionais cujo âmbito de proteção seja estritamente normativo. O esforço exige, além de conhecimentos jurídicos, domínio de saberes interdisciplinares, tudo para que se logre conferir concretude aos valores constitucionais na vida das relações.

Segundo Canotilho, interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada¹⁴. Este autor afirma existirem três dimensões importantes da interpretação da Constituição: uma em que interpretar é buscar o direito contido na lei constitucional escrita; outra em que interpretar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade; e outra, ainda, em que o produto do ato de interpretar é o próprio significado atribuído na interpretação.¹⁵

¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Editora Almedina, 1991, p. 208

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Editora Almedina, 1991, p. 208

Existe grande indagação doutrinária e discussão filosófica intensa acerca do tema quando se coloca a antítese entre interpretação judiciária e criatividade do juiz. O reconhecimento de que na interpretação judiciária do Direito existe certo grau de criatividade tem gerado muitas opiniões na doutrina. O ponto central para este debate repousa na usurpação das competências políticas historicamente reconhecidas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

Parece certo, e nisso revela-se adequada e pertinente as lições de Mauro Capelletti¹⁶, que mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. Segundo Capelletti “a interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar”¹⁷.

É uma realidade que o intérprete da norma jurídica seja levado a resolver questões de imprecisão e incertezas das normas, pois que ele deve preencher as lacunas, precisar as nuances e esclarecer as ambigüidades.¹⁸ E quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa ganha dimensão de construção de sentidos constitucionais, o que, no caso dos direitos fundamentais, é a própria definição do âmbito de proteção desses direitos.

Não se pode deixar de ressaltar que tal incumbência do Judiciário, ou seja, seu papel mais criativo no que diz respeito à sua função de intérprete da norma legal, constitui típico fenômeno do nosso século, e segundo Mauro Capelletti, isso devido a uma revolta contra o formalismo que tentava acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional¹⁹.

O que não se pode negar é que o papel do juiz é muito mais difícil e complexo do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. À função jurisdicional deve estar

¹⁶ Cf. CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.20

¹⁷ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.21

¹⁸ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.22-23

¹⁹ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.32 e ss.

envolvida a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do intérprete. E isso tudo nos leva à conclusão do fenômeno que se chama politização do Direito e, conseqüentemente, formação política do juiz, quem, na condição de membro de Poder, deve exercer o seu papel institucional nos limites de sua competência constitucional.

A inevitável realidade da politização do Direito é tratada de diversas formas pela doutrina jurídica e filosófica contemporânea. Propõe-se para o presente estudo contextualizar a reflexão no paradigma do Estado Constitucional. De acordo com Antonio-Enrique Pérez Luño, Estado Constitucional constitui uma categoria jurídica já antiga que tem sido compreendida a partir de um novo significado, o qual se refere, em uma das suas perspectivas, à noção de Estado Constitucional como paradigma alternativo ao Estado de Direito.²⁰

Para demonstrar a transformação do “Estado de direito” em “Estado constitucional”, Pérez Luño reporta-se à teoria do “labeling approach”. Nesse passo, explica que a juridicidade não é intrínseca a determinados fatos ou atos, mas, sim, o resultado de um processo de atribuição de qualidade a estes. Segundo a citada teoria, a juridicidade equipara-se a um rótulo instituído por aqueles que detêm o controle social ou poderes jurídicos.²¹ Nessa perspectiva, Pérez Luño ressalta a contribuição dessa teoria, na medida em que evidencia que a mudança da linguagem e da aplicação do direito não é são oriunda de atos arbitrários dos juízes e governantes, mas, sim, reflexo da adequação de suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas.²²

O maior dogma do “Estado de direito” é o da supremacia da lei, segundo o qual todas as demais fontes normativas têm como limite de validade a adequação àquela, visto que a lei é considerada a vontade máxima do Estado soberano, que deteria o monopólio do sistema de fontes jurídicas.²³

²⁰PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 57

²¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

²² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

²³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

Porém, nas últimas décadas, a supremacia do Estado e, conseqüentemente, da lei, estão comprometidas, por conta de fenômenos denominados “supra e infra estatalidad normativa”, ou seja, normas infra ou supra-estatais.²⁴

No tocante às normas supra-estatais, Pérez Luño assevera que vivenciamos um contexto paradigmático em que se reconhece normatividade às regras acordadas pelas pessoas de direito internacional público, tais como tratados e a atribuição de competências a organismos internacionais. Ademais, essas regras estabelecidas no campo supra-estatal (*ius commune*) prevalecem sobre o interno, dentre as quais se destacam a proteção aos direitos humanos, o estabelecimento dos tribunais penais internacionais, bem como a existência de diretrizes para as transações econômicas.²⁵

Nessa perspectiva, constata-se que o monopólio da instituição das fontes jurídicas não pertence mais ao Estado, que divide o cenário da produção de regras com os demais atores internacionais. Não bastasse a inserção das normas supra-estatais como fonte de direito, o Estado contemporâneo se depara com o fenômeno da produção normativa infra-estatal. Esta, por sua vez, manifesta-se mediante a instituição de regras oriundas de entidades intermediárias entre o Estado e o cidadão.

Tal fator desenvolve-se sob diversos aspectos, dentre os quais a (i) *ratione loci*, que confere maior autonomia normativa aos entes políticos – municípios, estados-membros -, (ii) *ratione personae*, que permite a autodeterminação de grupos e coletividades organizadas, (iii) *ratione materiae*, segundo o qual, em razão do avanço tecnológico e científico, é necessário reconhecer a possibilidade de que comunidades especializadas se auto-regulem para fins de resolução de controvérsias, a exemplo do que ocorre com as agências reguladoras e outros.²⁶

Da mesma forma, a insuficiência do dogma em comento pode ser detectada na preocupação com o “pluralismo”, o qual permite aos grupos sociais livre atuação e

²⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

²⁵ “en las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha llegado a abolir el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, en la creación del sistema de fuentes del derecho”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62-63.

²⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 63-64.

autoregulação, mediante progressivo processo de ‘descodificação’ do direito e a inserção do conceito das “soft-laws”.²⁷

Para corroborar, Pérez Luño aponta que o fenômeno da subversão da hierarquia das fontes pode ser, ainda, detectado mediante a atribuição de normatividade às diretrizes da comunidade europeia pelos cidadãos, assim como pelo fato de reconhecer força maior à interpretação do Tribunal Constitucional do que à lei.²⁸ A propagação do “pluralismo jurídico” sobrepõe-se à idéia de hierarquia das leis, em razão dos sistemas de intergalidade²⁹, segundo os quais as diversas áreas e níveis jurídicos coexistem e se inter-relacionam, simétrica e sistematicamente.

Assim, para evitar a incerteza advinda do choque entre as fontes de direito, a alternativa proposta à supremacia da lei é a supremacia da Constituição e, por conseguinte, a superação do “Estado de direito” para o “Estado constitucional”.³⁰

Pérez Luño adverte que no “Estado constitucional”, dito Estado das sociedades pluralistas, unidade, coerência e hierarquia das leis não podem ser os requisitos estatais, mas meta. Nesse modelo, como a produção jurídica é resultado da conjunção do mais diversos fatores sociais, é inconcebível, portanto, a concepção da unidade e hierarquia das leis como ponto de partida de onde derivam todas as demais fontes. No “Estado constitucional”, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes pelo pluralismo metódico.³¹

Pérez Luño assinala que o “Estado de direito” possui como premissa o princípio da reserva de lei, conforme teoria defendida por Montesquieu, de acordo com o qual cabia tão-só ao Parlamento o estabelecimento de normas abstratas e genéricas que

²⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 64.

²⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 64-65.

²⁹ “La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica de actual pluralismo jurídico propio de la posmodernidad, que há supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, substituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, em donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados em pactos y transacciones”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 66.

³⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67.

³¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67.

seriam aplicadas aos casos concretos do cidadão. Para o autor, este princípio implica na incumbência de legislar apenas sobre temas de alta relevância ao Poder Legislativo, assim como na própria limitação da de seu poder em regulamentar as normas pré-existentes.³²

No entanto, com o traspasse do Estado liberal ao Estado social, a sociedade viu-se diante do aumento abrupto de atos e intervenções normativas, mitigando a tradicional divisão das funções precípua dos Poderes Legislativo e Executivo, fator este denominado por Pérez Luño como “hipertrofia legislativa”³³, ou “legal pollution” para os anglo-saxões, momento em que se depara com crescente desequilíbrio entre a produção normativa e a possibilidade de sua aplicação.

Essa inflação normativa tem sido acompanhada do grave menosprezo pela própria estrutura formal das normas legais. Além da dificuldade causada pela grande quantidade de normas legais, o grau de prolixidade e complexidade também são circunstâncias que dificultam o entendimento não só do cidadão, mas também do próprio legislador e juristas.³⁴

Nesse contexto de inchaço do número de normas, acompanhado do elevado grau de sua complexidade e prolixidade, o que se constata é a impossibilidade dos cidadãos, ou sequer os aplicadores do direito, em compreenderem o complexo normativo e, por conseguinte, seus direitos.³⁵

Assim, Pérez Luño entende que é oportuna a transposição do Estado que prima pela “reserva da lei” para o da “reserva da Constituição”. Nesse ponto, frisa que a “reserva da Constituição” não significa que o legislador irá fazer as vezes do constituinte, mas que concentrará esforços para a eficácia dos direitos fundamentais.³⁶ E nesse particular a parceria com o Poder Judiciário é inevitável.

³² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 69.

³³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 69-70.

³⁴ LUÑO, Henrique Perez. La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional. Pág. 70.

³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 70.

³⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 71.

4. A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é tema muito pertinente no estágio atual da reflexão constitucional. A idéia básica é a de que os direitos fundamentais não devam se limitar a uma perspectiva subjetiva, mas também tenha reflexos no plano dos institutos e instituições, como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional.

O professor Ingo Sarlet ensina que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”³⁷

De acordo com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tais direitos passaram a apresentar-se como um conjunto de valores objetivos fundamentais e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos e, não, apenas como garantias negativas de interesses individuais.

Na verdade, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não constitui um mero ‘reverso da medalha’ da perspectiva subjetiva, nem com ela precisa estar sempre em contato. A faceta objetiva significa que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada uma função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva.³⁸

A perspectiva objetiva expressa, por um lado, uma ordem de valores fundamentais objetiva e, por outro, o reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos para além da perspectiva subjetiva.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.³⁹

³⁷ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 140.

³⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 141.

³⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 141-142.

Ora, aquilo que os direitos fundamentais concedem aos indivíduos em termos de autonomia decisória e de ação, eles retiram objetivamente do Estado. Trata-se, portanto, de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, a qual, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída aí a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.

Um desdobramento importante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é destacado por Hesse e diz respeito à eficácia dirigente que tais direitos desencadeiam em relação aos órgãos estatais, incumbindo-lhes da permanente função de concretização e realização de seu conteúdo essencial.⁴⁰

Os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. É o reconhecimento e destaque da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como um reforço e complementação da eficácia normativa de tais direitos.⁴¹

Todos esses desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais foram considerados partindo de sua aceção valorativa, a partir da idéia de que a teoria constitucional deve, necessariamente, apresentar-se como uma integração do texto e programa normativo com o âmbito normativo, ou seja, com a realidade constitucional normatizada⁴².

No entanto, conforme bem lembra Ingo Sarlet, a multiplicidade de significados inerentes aos direitos fundamentais, na condição de elementos da ordem objetiva, corre o risco de ser subestimada caso seja reduzida à dimensão meramente valorativa.⁴³

⁴⁰ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 144.

⁴¹ Nesse sentido cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987, p. 161; cf. também SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 144, nota 330.

⁴² Nesse sentido cfr. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

⁴³ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 145.

Para além da concepção dos direitos fundamentais como uma ordem de valores objetiva, deve-se destacar a sua força jurídica autônoma. Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.⁴⁴

Associada a essa eficácia irradiante encontra-se a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia de tais direitos na esfera privada. Trata-se da idéia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis somente aos poderes públicos. Esta, sem dúvida, é a faceta mais relevante de toda a problemática dos direitos fundamentais.⁴⁵

Nesse contexto, há que se considerar também as garantias institucionais. Constitui criação de Wolff e Schmitt no sentido de que existem determinadas instituições (direito público) e institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador.⁴⁶

As garantias institucionais foram objeto de criterioso estudo de Márcio Iório Aranha. Márcio, apresenta definição de Horst Tilch, tentando ilustrar a afirmação de que as garantias institucionais pressupõem uma interação subjetivo-objetiva dos direitos fundamentais, faces subjetivas e objetivas, que se relacionam mutuamente: “O objetivo maior da compreensão institucional dos direitos fundamentais é de tornar claro que tais direitos possuem não somente um lado jurídico-individual-subjetivo, como também um lado jurídico-objetivo, que se relacionam mutuamente.”⁴⁷

Márcio Aranha anota que a conceituação das garantias institucionais foi uma tentativa de dotar de maior coerência a conformação objetiva dos direitos fundamentais,

⁴⁴ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 145.

⁴⁵ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 145.

⁴⁶ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 145.

⁴⁷ ARANHA, Márcio I. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, São Paulo : Editora Atlas, 1999, p. 168, nota 2.

conferindo aos direitos fundamentais uma garantia de ordenação, tendo em vista que deu racionalidade às mudanças de conteúdo impostas pelo contexto social. São palavras do autor: “Elas garantem os direitos fundamentais pela ordenação e dotação das esferas individuais como elementos de organização objetiva do ente estatal”.⁴⁸

O professor Ingo Sarlet defende que as garantias institucionais, no âmbito da proposta classificatória por ele implementada, estão postas ao lado dos direitos-garantias, enquadrando-se no contexto dos direitos de defesa, e não entre os direitos a prestações. Para Ingo Sarlet, a função principal das garantias institucionais é de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a erosão que possa vir do legislador ordinário, o que ressalta sua dimensão preponderantemente defensiva.⁴⁹

Uma outra faceta autônoma da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais são os chamados deveres de proteção do Estado. Nesse sentido, tem-se que ao Estado incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Trata-se, portanto, da incumbência de o Estado adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.⁵⁰

Por fim, um último e importante desdobramento da faceta objetiva dos direitos fundamentais revela a função de tais direitos como parâmetros para a criação e estruturação de organizações ou instituições estatais e para o procedimento. Nesse âmbito, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, bem como para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção a tais direitos. Assim, os direitos fundamentais atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.⁵¹

Deve-se registrar que a descoberta da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que tais direitos para além de sua condição de

⁴⁸ ARANHA, Márcio I. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 169.

⁴⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 185.

⁵⁰ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 146-147.

⁵¹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 147-148.

direitos subjetivos permitem o desenvolvimento de novos conteúdos que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua própria efetivação.⁵²

O professor Ingo Sarlet anota:

“Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.”⁵³

A descoberta e o desenvolvimento de novas funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, pois encontra-se vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, serem incorporados novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, está-se, a partir de tal problemática, reacendendo o eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade para a qual se projeta.⁵⁴

Ganha, pois, relevância fundamental a investigação acerca do papel do Supremo Tribunal Federal nesse contexto. Na reflexão que se segue, vai-se buscar refletir sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos fundamentais.

5. O Poder Judiciário e sua missão constitucional

O papel de relevo do Poder Judiciário é indiscutível no contexto do Estado Constitucional de Direito brasileiro. Partindo das premissas, evidenciadas na obra de

⁵² SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 148.

⁵³ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 148.

⁵⁴ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 149.

Pérez Luño, de que o Estado Constitucional é um paradigma alternativo⁵⁵ para o Estado de Direito Legislativo e de que o Estado Constitucional deve ser concebido pela sua íntima relação com a teoria geral dos direitos humanos⁵⁶, direitos fundamentais, portanto, revela-se imprescindível refletir sobre o papel do Judiciário, na ordem constitucional vigente, principalmente evidenciado a missão de “Poder” garantidor dos direitos fundamentais.

Saber se tal politização constitui uma evolução ou uma involução e se esse desenvolvimento transforma ou não o juiz em legislador, minando a idéia fundamental da separação de poderes, trazendo ameaças à própria democracia, é a reflexão proposta para o presente estudo.

Firme na constatação de que a realidade fática impõe tal reflexão, a qual, agradando ou não, deve ser enfrentada, tendo em vista que se trata de fenômeno que grava profundamente a nossa época,⁵⁷ justificam-se as preocupações do presente estudo, pois a jurisdição constitucional, tanto no que diz respeito à sua teorização, quanto no que diz respeito à sua prática, está prenhe de questões problemáticas correlatas.

É de notar-se que o uso judiciário da Constituição, ou o reconhecimento de sua força normativa, para utilizar a expressão cunhada por Konrad Hesse⁵⁸, depende do caráter de sua interpretação, feita pelas instâncias judiciárias responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional. A compreensão dos aspectos fundamentais da interpretação constitucional pressupõe a investigação de importantes aspectos da interpretação jurídica em geral.⁵⁹

Assim, Savigny propôs os métodos: filológico, histórico, sistemático e, com base nos estudos de Ihering, o teleológico. Häberle propõe o acréscimo do método comparativo, em face da perspectiva do Estado Constitucional Cooperativo. Em 1988,

⁵⁵ Aquí é importante ressaltar que a colocação é de uma alternativa ao Estado de Direito Legislativo, mas não à própria concepção filosófica do Estado de Direito em si.

⁵⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 57.

⁵⁷ Aquí se parte de pressupostos os quais foram apresentados por CAPPELLETI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1993, p.34.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Fabris, 1991.

⁵⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania* (A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais) São Paulo : Saraiva, 1995, p.49.

em um Congresso em Madrid, Häberle propôs o reconhecimento do método comparativo como quinto elemento de interpretação das normas jurídicas, acrescentando-o aos já clássicos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático propostos por Savigny, a partir dos conceitos herdados dos grandes juristas romanos.⁶⁰

Segundo Häberle, numa teoria fundada no Estado Constitucional, revela-se irrefutavelmente importante a comparação constitucional como marco metodológico, tendo em vista que esta se apresenta como a via mediante a qual as diversas Constituições podem se comunicar entre si, possibilitando que se adquira para cada uma e todas elas uma maior eficácia, em virtude na conformação do tipo único de Estado Constitucional (Estado Constitucional cooperativo).⁶¹

Deve-se dizer ainda que a atividade interpretativa, que tem por objeto norma constitucional, deve ser vista à luz de uma metodologia própria, sem que se esqueçam as regras gerais de interpretação, pertinentes à Ciência Jurídica como um todo. A atividade interpretativa parte da norma constitucional geral, para compreender sua natureza, conteúdo e modalidade. O método interpretativo, a tática interpretativa, as dificuldades de interpretação constitucional e os limites de interpretação têm sido matéria de muitas discussões.

A preocupação com a efetiva garantia dos direitos fundamentais é uma realidade que se impõe para a própria efetivação da cidadania e consagração do Estado Constitucional e Democrático. Estado cada vez mais entendido como ordenamento democrático que se funda no reconhecimento da dignidade da pessoa, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade.

E aqui se deve acentuar que a relação entre interpretação e aplicação visa a esclarecer e concretizar a função normativa. E ainda que a aplicação da lei a determinada situação de fato pressupõe um confronto desta com a definição legal prevista na norma.

⁶⁰ SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid : Editorial Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

⁶¹ Apud SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid : Editorial Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

A democracia implica a participação do cidadão, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos dos direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global. Mas para que isso não se torne apenas um chavão sem qualquer sentido prático, é necessário que se tenha uma visão procedimentalista do próprio fenômeno hermenêutico-constitucional, buscando garantir meios para a efetiva participação da sociedade civil organizada nos processos perante a Corte.

Gilmar Ferreira Mendes ressalta que há um grande desafio e uma inafastável responsabilidade política na tarefa de concretizar a Constituição de 1988, mas, reconhece: “(...) para um observador independente, acredito, os resultados obtidos são razoáveis. Temos trilhado as linhas do Estado de Direito. As questões ligadas aos direitos fundamentais têm sido respeitadas em um contexto de ampla possibilidade de judicialização das questões. Daí termos essa massa enorme de processos.”⁶²

José de Oliveira Baracho diz que o direito constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas e que também se concretizam pro intermédio de ações processos e procedimentos os quais tornam possível a participação da cidadania em seus diversos aspectos e conseqüências.⁶³

Assim sendo, as constituições modernas, além da enunciação dos princípios fundamentais, que precedem os direitos e deveres do cidadão, procuram promovê-los, através de certas garantias que não se restringem apenas às iniciativas judiciais dos titulares de situações jurídicas subjetivas, mas também supõem o compromisso de todos os órgãos dos poderes públicos para que todos se tornem funcionalmente efetivos.

Os conflitos políticos e jurídicos são resolvidos pela correta interpretação dos direitos fundamentais, tornando possível concretizar os enunciados contidos na Constituição, compatibilizando todos eles, para que possam efetuar as garantias que os tornam aplicáveis. Mas isso não basta.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988*, in HOLLENSTEINER, Stephan (Org.) *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004, p. 125.

⁶³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania* (A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais) São Paulo : Saraiva, 1995, p. 63.

A prática das garantias constitucionais para a efetivação dos direitos inscritos de maneira positivada, está vinculada à interpretação da Constituição e dos valores superiores deferidos pelo texto básico.⁶⁴ O próprio Poder Judiciário deve reconhecer-se como garantes dos direitos fundamentais e para além de protegê-los deve sentir-se como verdadeira garantia institucional decorrente desses direitos.

Dessa forma, pode-se concluir que a consolidação das garantias essenciais e a plena e efetiva aplicação das mesmas completam-se pela tutela oferecida pela jurisdição constitucional. As normas constitucionais que disciplinam os direitos fundamentais apenas promovem o reconhecimento de direitos fundamentais em abstrato e do interesse legítimo para pleiteá-los, cabendo às instituições públicas e privadas e a cada cidadão movimentar a tutela desses direitos no plano concreto.

Não há, pois, como pensar na concretização dos direitos fundamentais sem a atuação consciente e consistente do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, que, no contexto do Estado Constitucional apresentam-se não somente como garantes de tais direitos, mas como verdadeiras garantias institucionais dos direitos fundamentais.

Assim, a proposta de reflexão acerca do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal como uma Corte Constitucional garantidora de Direitos Fundamentais é consequência natural das idéias já apresentadas.

6. Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional dos Direitos Fundamentais

Como já exposto, a expressão Estado Constitucional é consequência de uma decantação terminológica que já vem ocorrendo há uns vinte anos. Já na década de

⁶⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania* (A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais) São Paulo: Saraiva, 1995, p.61.

80 autores como Peter Häberle⁶⁵, Martin Kriele, Klaus Stern utilizavam tal expressão inaugurando uma tendência que veio a consagrar-se nas décadas seguintes.⁶⁶

Muito embora no Brasil tal expressão ainda seja um tanto quanto desconhecida, em seu sentido literal ou mesmo no seu sentido material, revela-se importante tomá-la como premissa, ainda que de empréstimo, da doutrina estrangeira, para propor uma análise diferenciada de fenômenos brasileiros que também se reproduzem em outros contextos culturais.

A comparação jurídica deve ser praticada como comparação entre culturas. Segundo ensina o professor Peter Häberle: “*Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación.*”⁶⁷

O professor Francisco Segado observa que Häberle acredita que o comparatismo constitucional pode produzir frutos imensuráveis tanto no plano da exegese, das modificações pela interpretação, quanto na própria realidade circundante da Constituição. Anota que, dessa forma, o Direito Comparado de cunho científico-cultural revela-se especialmente adequado na seara das políticas legislativa e constitucional, apresentando-se também como de grande utilidade no âmbito da simples exegese do direito constitucional vigente (direito positivo). Anota: “*(...) las reflexiones científico-culturales procedentes del Derecho constitucional comparado pueden servir, en parte, para aclarar y justificar las diferencias y, en parte también, para encontrar elementos comunes.*”⁶⁸

No método comparativo que propõe, Häberle tem apresentado os *standards* como critério de identificação de modelos comuns entre os diversos Estados

⁶⁵ Cfr: HABERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*. Athenäum, Königstein, 1980; HABERLE, Peter. *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*. Informações extraídas da obra: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 60.

⁶⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 60.

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 162.

⁶⁸ *Apud* SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid : Editorial Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.

Nacionais, afirmando que cada vez mais tem surgido um conjunto maior de princípios constitucionais particulares que se apresentam comuns a diferentes Estados Constitucionais da Europa. Anota Francisco Segado, comentando as lições de Häberle: *“Estos standards se encuentran en el substrato común dela cultura jurídica e integran ideas jurídicas paralelas, análogas o similares, y en última instancia, abocan en determinadas concepciones de la justicia.”*⁶⁹

O professor Häberle acredita que o reconhecimento das Cartas de Direitos Humanos das comunidades pelos ordenamentos internos apresenta-se como um sinal da integração entre o Estado Constitucional e os direitos humanos, devendo ser ressaltado que a interpretação constitucional foi a grande responsável por isso. A partir dessa constatação, o professor Häberle afirma que o intérprete dos direitos fundamentais tem que tomar em consideração sempre os textos universais e regionais sobre os direitos humanos, sendo a própria abertura dos conteúdos e dimensões dos direitos fundamentais uma consequência da própria evolução do Estado Constitucional cooperativo.⁷⁰

Assim, não se pode perder de vista que a consagração da comparação jurídica como quinto método de interpretação, no contexto do Estado Constitucional, revela-se como uma consequência da história da própria doutrina da interpretação jurídica. Isso porque, se no sistema elocubrado por Savigny (fundador da Escola Histórica do Direito) era natural que tivesse lugar de destaque o método histórico de interpretação, da mesma forma se apresenta lógico que, no paradigma de uma teoria do Estado Constitucional e Cooperativo, o método comparativo se revele proeminente, considerando que constitui a via pela qual as diversas constituições nacionais podem se comunicar entre si, a fim de conferir mais força à idéia de conformação de um tipo único de Estado Constitucional.⁷¹

⁶⁹ SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid : Editorial Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIV.

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 163.

⁷¹ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 164.

Por fim, é importante registrar que o método comparativo, aliado a uma cultura de estudo de casos, pode ser o caminho mais eficaz para desdobrar a idéia de que o Supremo Tribunal Federal também deve encontrar a sua identidade constitucional na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, consagrando-se ele mesmo como uma garantia institucional e Tribunal dos direitos fundamentais.

Não se pode negar que a necessária participação da Corte Suprema nos debates jurídico-políticos relevantes do Estado Constitucional brasileiro deva sempre estar pautada na própria missão constitucional destinada a esta Corte. O Supremo Tribunal Federal está legitimamente envolvido no diálogo político que se estabelece no âmbito dos demais poderes, mas não pode perder de vista que ele tem por balizas intransigentes os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, sendo, por isso, um Tribunal institucionalmente a serviço dos direitos fundamentais.

Também Gilmar Ferreira Mendes já anotou o significado do papel do Supremo Tribunal Federal nesse contexto:

“O destaque dado aos direitos fundamentais foi inspirado na Constituição alemã, como também a afirmação de que esses direitos estão protegidos por cláusulas pétreas. Sabemos também que o texto foi extremamente generoso na fixação dos chamados direitos sociais. Temos um texto constitucional – talvez inimaginável para os alemães – que pretende garantir salário mínimo suficiente para manter o trabalhador e sua família, inclusive com lazer, tal como o disposto no art. 7º, inciso IV, de nossa Carta Magna.

É neste contexto que o STF tem que exercer o seu novo papel. E este é o grande desafio. O STF foi muito criticado nesse período todo por não ter sido suficientemente enfático, especialmente nas questões ligadas à chamada omissão inconstitucional. Parte da doutrina recomendava que ele assumisse provisoriamente as funções legislativas, editando as leis que o Congresso “esquecera” de fazer. Previu o texto constitucional, em seu artigo 192, §3º, que os juros bancários não poderiam ultrapassar a taxa de 12% ao ano. Imaginemos o que teria ocorrido no País – é difícil prever – se o STF tivesse fixado a taxa

de juro nesse nível, quando chegamos a um quadro de inflação, em março de 1990, que já avizinhava os 100% ao mês.”⁷²

Já Oscar Dias Correa, cuidando das funções do Supremo Tribunal Federal, afirmava que elas poderiam ser divididas em: a) função constitucional e política; b) função acauteladora; c) função para a uniformização da jurisprudência; d) função revisora⁷³.

Como este autor publicou sua obra anteriormente à Constituição de 1988, deve-se dizer que as funções por ele citadas sofreram algumas modificações: a função acautelatória não mais existe, pois não há mais o instituto da advocatória e a função de uniformização da jurisprudência ficou restrita aos casos de constitucionalidade. Entretanto, permaneceram incólumes as funções político-constitucional e a revisora, inclusive com algumas ampliações.

Dessa forma, pode-se dizer que a função primeira e mais importante do Supremo Tribunal Federal, desde o seu surgimento, é a de sentinela da Constituição e das liberdades (direitos fundamentais na sua primeira dimensão). Assim, não há como deixar de reconhecer a este Tribunal a missão precípua de intérprete da Constituição, e, num plano mais específico, de intérprete-concretizador de direitos fundamentais.

O exercício jurisdicional dessa Corte, já nos seus primeiros anos de vida, marcou-lhe os rumos de atuação os quais vieram a ser firmados sem constraste. Castro Nunes ensina: “Nos primeiros tempos da República o Tribunal não tinha a consciência do seu papel no regime. Este representava para muitos dos juízes que o compunham, um sistema pouco conhecido e que recebeu, por isso, uma aplicação perturbada pelos preconceitos jurídicos de regimes já obsoletos.”⁷⁴

Mais tarde veio a confirmação, por Francisco Campos, da tarefa que cabia ao Supremo Tribunal Federal:

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. *Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988*, in HOLLENSTEINER, Stephan (Org.) *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004, p. 120.

⁷³ CORREA, Oscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p.55.

⁷⁴ Este autor é citado por CORREA, Oscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p.56-57.

“Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do Governo. Sois o juiz dos limites do poder do Governo, e, decidindo sobre os seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. (...). O domínio de vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos.” E acrescenta: “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la, é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte norte americana.”⁷⁵

E não há como negar o caráter político do Supremo Tribunal Federal. Seabra Fagundes, muito bem lembrado por Oscar Dias Corrêa, afirma categoricamente:

“Com relação ao Supremo Tribunal Federal o exercício de função política não se dá na rotina de suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade de leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares, como os que dizem com a configuração do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e a proteção de direitos individuais (ou em expressão mais abrangedora, dos direitos subjetivos públicos do indivíduo), etc. Ao manifestar-se em qualquer dessas matérias, como árbitro do que é Constituição, o seu desempenho é político. Isso porque a Lei Maior será aquilo que no conteúdo e e na extensão os seus arestos declararem que é.”⁷⁶

Do exposto fica claro que, ao interpretar as normas de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal está a exercitar uma função eminentemente política, a qual se torna extremamente relevante, tendo em vista que o Tribunal pode amoldar as leis aos seus desígnios maiores, observando as circunstâncias pelas quais atravessa o Estado

⁷⁵ Cf. ensinamentos desse autor *apud* CORREA, Oscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 57-58.

⁷⁶ Ver o que diz este autor em *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 68.

Constitucional, a fim de que os comandos legais possam ser adaptados às necessidades da sociedade em que se vive.

7. Considerações Finais

Assim sendo, a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, em geral, e pelo Supremo Tribunal Federal exige um compromisso com o paradigma do Estado Constitucional, que se apresenta como aquele que desloca a supremacia da lei para a supremacia da Constituição, aquele que protege direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos, mas, e principalmente na sua perspectiva objetiva, e, por fim, como aquele que reconhece a interdependência entre as funções de poder, reafirmando a missão do STF como um Tribunal que atua no cenário político nacional intransigentemente guiado pelos direitos fundamentais.

Trata-se de reflexão que não se esgota nos problemas apresentados no presente estudo, mas que ilumina toda uma miríade de dificuldades que o Direito Constitucional contemporâneo tem enfrentado ao tentar separar o sistema constitucional político do sistema constitucional político; ao tentar trabalhar o conceito de legitimidade no âmbito jurídico sem dialogar com a sua versão política; ao buscar explicações unívocas e estáticas em uma complexa sociedade pluralista e dinâmica.

Acredito efetivamente que o Poder Judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular⁷⁷, na realidade brasileira deste final da primeira década do século XXI, está sendo convocado a exercer a exigente missão de garante dos direitos fundamentais em competência que deve ser compartilhada internamente (no âmbito do controle difuso, fortalecido com o regime da repercussão geral) e externamente (com os demais “Poderes” da República) e sem qualquer restrição advinda das naturais dificuldades a serem encontradas nas relações sócio-políticas exigidas pela sociedade brasileira, histórica e culturalmente, complexa, plural e dinâmica.

⁷⁷ Aqui merece referência o fato de que estou pressupondo que não apenas o Supremo Tribunal Federal, mas todo o Poder Judiciário brasileiro é responsável pela jurisdição constitucional de nosso país.

8. Bibliografia

- ARANHA, Márcio I. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo : Editora Atlas, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania (A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais)* São Paulo: Saraiva, 1995.
- CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 1991.
- CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.
- CORREA, Oscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- DUARTE, Ecio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- _____. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HOLLENSTEINER, Stephan (Org.) *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, 1959. *A legitimidade do direito positivo: direito natural, democracia e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002.
- RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.
- SEGADO, Francisco Fernández, in HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid : Editorial Dykinson, 2003, estudio preliminar, p. XLIII.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso : Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2008.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.

