

A defesa da Constituição nas Cortes Supremas

Luiz Edson Fachin*

Resumo: O texto debate o papel das cortes superiores na defesa dos princípios fundamentais da Constituição. Defende que a proteção implica também na atuação promocional que chama a si a tarefa de realizar direitos e não apenas conservá-los. A partir dessa premissa, expõe o exercício dessa função pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na estrutura jurídica brasileira e por diversas cortes constitucionais européias. Sustenta ainda que o desafio presente é dar fundamento substancial a tais direitos ou princípios, tornando-os aptos a serem sustentados pelas Cortes Constitucionais ou pelos responsáveis pela jurisdição constitucional, fornecendo referenciais materiais legitimadores da concretização da Constituição, independente da mediação do legislador ordinário.

Palavras-chave: Corte Suprema; Constituição; Direitos fundamentais; Princípios.

Abstract: The text shows the role of the high courts in the defense of the basic principles of the Constitution. It sustains that the protection also implies the promotional acting that attracts to itself the task of not only preserve rights, but also perform them. From this premise, it shows the exercise of that function by the High Court in the Brazilian legal system and in many European constitutional courts. It also sustains that the present challenge is to give substantial basis to such rights or principles, making them capable of being supported by the Constitutional Courts or by the responsible for the constitutional jurisdiction, supplying referential materials which legitimate the concretization of the Constitution, independent of the mediation of the ordinary legislator.

Keywords: High Court; Constitution; Basic Rights; Principles.

Para estudantes e estudiosos é oportuno e relevante, especialmente no contexto do Brasil coevo, no qual 24,3 milhões da população ainda vivem abaixo da linha da pobreza, debater acerca do papel das cortes superiores vincadas pela função jurisdicional de defesa dos princípios fundamentais da Constituição. No contexto hodierno, a tarefa pode ser considerada intrincada, tendo em vista a pertinência de tais Cortes com a materialização dos direitos constitucionais respectivos. A

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR e da PUC/PR; Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá; Professor convidado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da PUC/RS, da UNESA, da Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha; membro do IDCC (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania), do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná), da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, e da Academia Brasileira de Direito Constitucional; foi membro da comissão do Ministério da Justiça sobre a Reforma do Poder Judiciário, colaborador do Senado Federal na elaboração do novo Código Civil brasileiro e membro do Instituto de Altos Estudos da UFMG; é membro da Associação Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos; autor de diversas obras e artigos.

Constituição brasileira de 1988 – e os princípios implícitos e explícitos dela derivados – ainda não se efetivaram para grande parte da população.

Relembra-se aqui a lição do grande constitucionalista Ferdinand Lassalle que se antecipando ao seu tempo teria chamado a Constituição de *folha de papel*. Ele prenunciava o risco de as Constituições viverem apenas no papel e não serem implementadas no cotidiano concreto dos sujeitos.

O fosso abissal que existe entre os textos normativos e a *vida concreta de cada sujeito*, que é o quarto paradigma jus-filosófico, segundo Maturana e Varela, pode ser amenizado pela atuação de um judiciário – ressaltada dentro deste a importância das cortes supremas, seja pela hierarquia, seja pela competência – consciente de seu papel.

A taxa de mortalidade infantil de menores de cinco anos no Brasil ultrapassa marcas inaceitáveis;¹ ainda, aproximadamente metade dos domicílios brasileiros não possui condições mínimas de higiene.²

O Direito, bem como o Poder Judiciário capitaneado pela Suprema Corte, não pode, nem deve, fechar os olhos para estas circunstâncias alarmantes que têm merecido atenção dos gestores da *res publica* no Brasil.

Ao lado da concretização teórica dos direitos subjetivos, coroados como fundamentais no texto constitucional de 1988, torna-se imprescindível uma verificação prática como uma forma de reafirmar o ideal de justiça que permeia as searas jurídicas, e daí se infere a performance das cortes superiores. Por essa via se compreende melhor a razão pela qual Norberto Bobbio³ nos colocava que o problema de fundo dos direitos humanos não era mais no que tangia a sua justificação, mas sim a sua proteção.

Aqui iremos problematizar tal assertiva, ainda mais levando em conta que, neste diapasão, corrobora José Joaquim Gomes Canotilho⁴ ao aduzir que os direitos fundamentais não devem responder à justiça em abstrato, mas sim se guiar dentro de uma teoria do direito *praxeologicamente orientada*.

¹ Fonte: IBGE/DPE/Departamento de População e Indicadores Sociais. Divisão de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. Projeto UNFPA/BRASIL (BRA/98/P08) – Sistema Integrado de Projeções e Estimativas Populacionais e Indicadores Sócio-demográficos.

² 48,2% das casas brasileiras possuem sistema de esgoto e fossa séptica. A situação é ainda mais alarmante no nordeste, onde mais de 87% da população vivem sem qualquer sistema de esgoto e/ou tratamento. In: **Pesquisa nacional por amostra de domicílios**. 1999 [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

³ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. São Paulo: Editora Campus, 1992.

⁴ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1386.

Dúvida não há sobre a primazia do debate que reclama tutela efetiva dos direitos, especialmente daqueles consagrados – explícita ou tacitamente – pelo constituinte como fundamentais. Deve ser um imperativo do Estado – e conseqüentemente de suas Cortes Supremas – este comprometimento.

Nada obstante, impende ter presente estarmos vivendo “um mal-estar constitucional”⁵ (ao qual Luís Roberto Barroso denomina de *frustração do sentimento constitucional causada principalmente pela insinceridade normativa*) já que o Estado Democrático de Direito não se efetivou em termos substanciais no plano sócio-econômico.

Esse *mal-estar* deve servir de impulso à transformação da função estatal, incluída aí a atuação do Poder Judiciário capitaneada pela Corte Superior – que tem o “poder/dever” de cuidar da máxima efetividade da Constituição.

É justamente neste influxo que se erige o papel das Cortes Supremas no horizonte brasileiro contemporâneo e, conseqüentemente, o nexo da presente reflexão. A aldeia habitada por tais conceitos pode reduzir a defesa da Constituição ao aparato instrumental que, sem prejuízo de sua relevância, arma o texto constitucional positivado; a nosso ver, a proteção implica também atuação promocional que chama a si a tarefa de realizar direitos e não apenas conservá-los. Essa atuação prestacional deve ser balanceada com o respeito à esfera de atuação do Poder Executivo e assentada no *limite real da reserva do possível*.

No cenário do Estado Democrático de Direito as Cortes Superiores ocupam *locus* de significativo relevo. Isto porque a atividade destas Cortes é geralmente vinculada à discussão e fixação dos pontos controvertidos no que toca à matéria constitucional. Por esta razão são geralmente cognominadas de *cortes constitucionais*, embora possam ser a respectiva designação implementar tal empreendimento.

É o caso do Supremo Tribunal Federal (STF) na estrutura jurídica brasileira, conforme consta no art. 102 da Constituição Federal.

Esse leiaute de tribunais superiores como protetores da Constituição, em que pese as importantes raízes romano-germânicas do direito pátrio, está assentado na experiência do sistema *common law*, mais precisamente no exemplo americano.

Tal função defensiva da Constituição não remete apenas à Corte Suprema. Indireta e genericamente, a cada organismo público e social, inclusive aos cidadãos, incumbe esta tarefa. Todavia, os tribunais sentenciadores, ou os juízes de primeira instância, podem não possuir de modo direto e imediato esta função de guarda constitucional, até mesmo no controle difuso da constitucionalidade; no entanto, a

⁵ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

todos aqueles que estão inexoravelmente ligados à sujeição legal, impõe-se, antes e acima de tudo, um dever prestacional constitucional.

É inegável, porém, que este controle apresenta-se de maneira muito mais direta quando exercido pela Corte Suprema, já que esta possui frente ao Estado, *um poder transcendente*. Transcendência ainda maior entre nós com a recente Emenda Constitucional nº 45 quando se refere à polêmica súmula vinculante.

Destarte, é nos labores de seus afazeres concretos que as Cortes fazem-se defesa. O Tribunal, por mais súpero que seja, ao menos nasce abstrato como defensor da Constituição e, então, se torna concreto com o desvelar histórico-cultural de seus julgados.

Na tradição anglo-saxônica este reflexo é ainda mais forte e é neste contexto que compreendemos a ligação umbilical que há entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, sem prescindir do processo histórico formativo dessa racionalidade.

Além de reflexo salutar, os textos normativos também atuam como limites à força estatal. Neste influxo, os Tribunais Superiores – usualmente alcunhados de Cortes Constitucionais – também possuem esta função *controle* no rol de suas competências, podendo eles integrar o ápice da pirâmide jurisdicional ou ser órgão político fora do tripé conformado pela clássica divisão dos poderes.

A designação usual, como se sabe, é de Corte Suprema. Nas tradicionais lições⁶ observamos que há uma variação nominalista: Corte de Justiça Constitucional, na Áustria; Supremo Tribunal Constitucional, na Alemanha; Corte Constitucional, na Itália; Tribunal Constitucional, na Espanha e em Portugal. Não obstante, a compreensão teleológica destas é, em todos estes cenários, aproximada, logo “são instrumentos através dos quais é possível adequar eficazmente todo o ordenamento jurídico à Constituição e compatibilizar o exercício do poder com as exigências fundamentais da democracia”.⁷

Fixados estes elementos, analisaremos, didaticamente, alguns aspectos dos principais modelos de Cortes Supremas no contexto ocidental atual, cujo nascedouro encontra repouso na democratização do continente europeu após a Segunda Guerra Mundial.

Impende, por brevidade, passar em revista os modelos de algumas Cortes Supremas.

Na Espanha, consoante é de ciência geral, o Tribunal tem encargo de zelar pela jurisdição constitucional; é órgão especial, não inserido estritamente na estrutura do Judiciário, composto por 12 membros nomeados pelo Rei para mandato de nove anos.

⁶ FERREIRA. **A Corte Constitucional**. Anuário do Mestrando em Direito, 1988. p. 169-178.

⁷ DINIZ, M. A. V. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. [s.l.:s.n.], [s.d.] p. 302.

Nos Estados Unidos, mercê de suas importantes decisões e posicionamentos políticos, a Corte Suprema teve e tem assaz influência na sociedade americana, projetando-se na cena internacional como modelo jurisdicional. Considera-se na doutrina que a “Corte – composta por nove juízes vitalícios indicados pelo presidente e sabatinados pelo Senado – não tem se esquivado de cumprir seu papel no cenário jurídico-político e no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, baseando sua atuação sobretudo no primado do devido processo legal”.⁸

Na França, tal mister é cometido ao Conselho Constitucional, ente de feição jurídico-política, composto por dois tipos de integrantes: membros de direito e vitalícios em função do cargo exercido (e.g. ex-presidentes) e membros designados por mandato de nove anos.

Já em Portugal, o Tribunal Constitucional é composto por 13 membros, seis dos quais obrigatoriamente escolhidos entre os juízes dos tribunais representantes e os demais entre juristas.

Na experiência geograficamente mais próxima, a da Argentina, colhe-se que também não há, formalmente, Corte Constitucional, mas sim a Corte Suprema de Justiça; seus membros são escolhidos entre advogados com oito anos de exercício profissional que possuam as qualidades para ser Senador da República.

A seu turno, a Alemanha tem sido evidenciada como paradigma mundial quando se trata de Corte Constitucional; dúvida não há de sua grande influência sobre o modelo brasileiro; a Corte alemã é composta por oito juízes eleitos paritariamente pelo parlamento e conselho federal; a composição decorre da representatividade parlamentar dos partidos; seus membros, com mandato de 12 anos, devem ter no mínimo 40 anos e preencher os requisitos para o exercício da magistratura, e se aposentam de modo compulsório aos 68 anos; atuando como “órgão constitucional em vista de sua atribuição e posição no Estado, necessária à legitimação política e democrática”,⁹ a Corte tem como sua função básica a de desempenhar a jurisdição constitucional, e não opera propriamente como órgão revisor.

Postas estas características, em especial do tribunal alemão, passaremos à análise do modelo jurisdicional constitucional brasileiro, cotejando *quantum satis* suas diferenças e semelhanças com as experiências internacionais.

A presença dos Tribunais Superiores na estrutura constitucional é realidade que cintila nas cartas constitucionais dos países ocidentais.

O exemplo brasileiro não foge à regra, tendo sido, por sua vez, influenciado pela anatomia constitucional e jurisdicional alemã.

⁸ LIMA, F. G. M. de **O STF na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC, 2001. p. 73.

⁹ HECK, L. A. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. [s.l.:s.n], [s.d.] p. 111.

Com a Constituição de 1988 e a conseqüente criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal reforçou seu *locus* de jurisdição constitucional sendo responsável pela “guarda da Constituição”.

Em que pesem as possibilidades abertas pelo debate sobre o texto constitucional, a Assembléia Nacional Constituinte entendeu por bem manter a composição e a própria estrutura anterior do tribunal. Assim, a interpretação do novo diploma iniciou por reproduzir a jurisprudência antes vigente, relegando a um segundo plano, naquele momento, uma hermenêutica transformadora de axiologia constitucional.

Concretamente, nos dias correntes, o rol de competência extremamente dilatada correspondente ao Tribunal pode perturbar o exercício prático da função precípua de guarda da Constituição que lhe foi impingida. Para citar a década imediatamente posterior à Constituição, de 1990 a 1999, em termos quantitativos de julgamentos, o STF superou em mais do que o triplo a corte alemã: foram julgados 317.664 processos, tendo 91.451 acórdãos publicados.

Sem embargo, dúvida não há do incomensurável relevo do Supremo no horizonte jurídico-constitucional contemporâneo. A matéria do controle de constitucionalidade encontra tenacidade na fundamentação das diversas linhas jurisprudenciais identificadas.

Está assente, ainda que no entremeio de divergências de outra ordem, que “o STF, como guardião da CF e do esquema hierárquico de validade das normas, possui papel fundamental a desenvolver, na defesa e manutenção do Estado de Direito. O órgão tem função mais relevante do que aquela que vem timidamente desempenhando.”¹⁰

Na seara da defesa dos direitos humanos e fundamentais, a despeito da dissensão quanto à argüição do descumprimento de preceito fundamental, o mandado de injunção, a seu turno, poderia permitir a efetivação prática de diversos direitos e garantias fundamentais.

Instrumentos há; inexistente, entretanto, uma integral efetividade do papel deferido a fim de concretizar os princípios e os direitos fundamentais, uma vez que a defesa da Constituição deve ir além da garantia do texto, bem como deve buscar, sem prejuízo da efetividade, diálogo com a necessária fundamentação material dos direitos que pretender assegurar.

O Estado democrático de direito, fundado na soberania, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, tem no Brasil marco histórico inquestionável com o advento da Constituição da República Federativa em 1988. É fundamental imunizar, em toda sua extensão, a proclamação constitucional, emanada do povo, por meio de

¹⁰ LIMA, F. G. M. de. **O STF**. [s.l.:s.n.], [s.d.]. p. 87.

seus representantes, para que seja possível, no respeito ao pluralismo e ao processo histórico e político, construir uma sociedade justa e solidária.

Nesse âmbito, a Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção. As normas constitucionais (compostas de princípios e regras), centradas nessa perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico.

Operou-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento. Faz-se imprescindível blindar esse texto constitucional. E não se trata de um Direito Constitucional que já teria perecido, pois não há fenecimento do que ainda sequer se atingiu.

Não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.

A Constituição, com os valores ali consagrados, inspirou a edição de leis esparsas que vieram regulamentar seu conteúdo, bem como, adequar aos seus princípios disposições legais preexistentes. Ademais, novo foi o cenário jurídico-político, pois a Constituição veio residir no centro do ordenamento social, e se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. Nela está o centro irradiador, uma vez que a edição de leis posteriores não cria, propriamente, novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional – mas, na verdade, regulamenta e explicita o conteúdo latente no texto constitucional.

Daí a importância em preservar a Constituição, colocando-a a serviço da efetividade dos direitos e garantias individuais, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, da prevalência dos direitos humanos, numa sociedade que busca tornar-se, realmente, fraterna e sem preconceitos.

Esse caminho, porém, não é suficiente. Cabe ir além da dogmática da efetividade. Isso não significa desconhecer ou negar a superação do papel deferido às normas e aos princípios constitucionais. Foi precisamente a idéia de efetividade que levou (e ainda leva) ao caráter normativo e vinculante dos princípios.

O desafio presente, além da efetividade, é dar fundamento substancial a tais direitos ou princípios, tornando-os aptos a serem sustentados pelas Cortes Constitucionais ou pelos responsáveis pela jurisdição constitucional. Não se trata de

abandonar a efetivação da Constituição, mas agregar, diante dos conceitos da dignidade humana, da igualdade substancial, da liberdade real, os pressupostos justificadores da ordem jurídica, fornecendo referenciais materiais legitimadores da concretização da Constituição, independente, se for o caso, da mediação do legislador ordinário.

Daí porque as Cortes não são apenas guardiãs da Constituição (o que se poderia de algum modo fazer, aliás, pelo controle difuso), mas sim são veículo de justificação e fundamentação material dos direitos que devem ser protegidos pelo Judiciário.

A superação do eixo positivista e normativista é relevante para localizar a norma ao caso concreto, dentro de uma racionalidade material mediante argumentação suficiente dar conta da justiça para o caso. É por isso que o Supremo Tribunal Federal não pode nem deve se limitar à apreciação da forma jurídica; cumpre abranger também o conteúdo normativo, pondo à mostra as escolhas subjacentes aos atos que não raro ponderam elementos que transcendem as formas jurídicas.

Ser guardião da Constituição significa que a Corte Constitucional é guardião do Estado Democrático de Direito, assegurando a existência e o desenvolvimento de pessoas e instituições capazes de manter o processo democrático em funcionamento, sem retrocesso. Não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais e a defesa da democracia deve ser papel primordial das Cortes Constitucionais.

Tal como proposto aqui, foi levada a efeito singela reflexão motivada pelo presente debate sobre as Cortes Supremas.

Tão-só foram eleitas algumas questões e dilemas que apontam uma tentativa de contribuição à discussão que interessa a todos os cidadãos, à sociedade e ao Estado contemporâneo.

Principiei constatando o fosso entre o discurso e a prática em relação aos princípios fundamentais da Constituição à luz do papel das Cortes Supremas.

Concluo conclamando o esforço de estudantes e estudiosos no sentido de nos colocarmos à disposição de uma práxis que não seja a reprodução de palavras vazias e sim de um exercício cotidiano de emancipação dos sentidos incorporados no texto constitucional.

Ter uma postura técnica sólida e uma dimensão concomitantemente crítica pode ser uma ponte que autentica o trabalho do estudo legitimado a realçar os méritos da pesquisa, do comportamento ético e das relações à mostra, pondo em cheque essa neurose fundante da ordenação moderna, apta a destacar o desprestígio das instituições jurídicas e a insuficiência delas ao guardar sua função.

Cumpra, por isso, ver *além da vitrine*. O cenário contemporâneo nacional e mundial avoca a atenção: no Brasil, dilemas emergem da exploração de mão-de-obra infantil, da concentração de renda e da desigualdade social, oligopólios transnacionais acampam em setores estratégicos da vida nacional, novos *coronelismos* estão à mostra ao lado de notório farisaísmo; remarque-se o assombro: a cada 10 alunos matriculados no primeiro ano do ensino fundamental somente um conclui a Universidade; e no panorama internacional, em outras searas, se apresenta o drama do controle militar e econômico de potências estrangeiras; eleições em diversos países, como Haiti e Iraque, deixam de ser expressão de soberania; no Oriente médio, o conflito está para além da simbologia religiosa e remonta ao processo europeu de colonização da região nos moldes do século XVIII.

Por isso mesmo, reclamam os paradoxos do presente um olhar feito sobre o tónus do que quer reconstruir, no direito, outro corpo simbólico da sociedade tatuado tão-só pela *reificação* de tudo.

Defender a Constituição é hoje, acima de tudo, acudir as instituições do Estado democrático de Direito para que, no plano da cidadania, haja acesso ao estatuto básico de uma vida digna para todos.