

# Os valores como fundamento da Constituição e Justiça Constitucional material: um excursus alusivo aos 20 anos da Constituição Federal

Kelly Susane Alflen\*

## 1. Justiça constitucional e política legislativa

A posição das Cortes Constitucionais é a mais delicada no âmbito do “paralelogramo das forças políticas”, no sentido de que as relações entre justiça constitucional e poder político representam um ponto delicado, porém comum a todos os ordenamentos contemporâneos que tem introduzido formas de controle de legitimidade constitucional das leis. Deste modo, uma gama tipológica de decisões declaratórias de inconstitucionalidade permite a introdução no ordenamento de novas normas extraíveis da mesma disposição. Não obstante, essa possibilidade de enfrentamentos é co-natural à mesma decisão de introduzir no ordenamento jurídico normas sem um órgão supremo, pois isso garante, de certo modo, a distribuição de competências e a articulação dos poderes estabelecidos pela Constituição. Essa possibilidade é co-natural à opção de opor um “contrapoder” jurídico à atividade política do legislador, de prever uma mediação jurisdicional para resolver conflitos entre os poderes políticos.

Com isso, pode-se afirmar, que, a justiça constitucional, desde o momento que tem quebrantado o dogma da onipotência da lei reconduzindo dentro dos limites do princípio da legalidade também aos atos normativos primários dos supremos órgãos do Estado, não tem pretendido limitar o princípio democrático da soberania popular, porém, sim, o critério absolutista da onipotência da maioria política. Isso, porque nos sistemas jurídicos contemporâneos a lei não pode ser considerada expressão homogênea da vontade popular ou do interesse nacional, já que a lei tende, cada vez mais, a se transformar de ato de escolha a resultado de uma complexa mediação de expressão de uma exigência ge-

ral a momento de tutela de interesses setoriais. Nesse sentido, uma contribuição fundamental ao estabelecimento de sistemas de justiça constitucional e dos valores fundamentais da Constituição tem sido a existência concreta de tribunais constitucionais, na medida em que, longe de alterar a via das instituições desenvolve uma positiva ação de racionalização e de consolidação do ordenamento jurídico.

Particularmente, no entanto, em sede de sistemas jurídico-políticos nos quais há a existência concreta de tribunais constitucionais, estes já não se apresentam mais como questão de debate, pois as reformas têm como objeto muito mais do que a limitação da autonomia nas relações com o poder político, mas propriamente, versam sobre os aspectos jurisdicionais dos procedimentos constitucionais. Logo, os tribunais têm adquirido assaz relevância nos modernos sistemas constitucionais e nos diversos regimes políticos, sem se descurar que as atribuições dos tribunais constitucionais parecem constituir a consagração e o desenvolvimento de alguns postulados fundamentais que caracterizam a forma de Estado contemporâneo, tal como Democrático e de Direito.

A justiça constitucional valora o princípio da legalidade, em virtude do qual todos os atos das autoridades constituídas devem encontrar seu fundamento em uma norma legal prévia que não podem contrapor. Assim, a justiça constitucional estabelece o alcance desse princípio a mesma atividade legislativa, bem como, a amplos setores da área estritamente política, das relações entre os máximos órgãos do Estado, convertendo em judicial, por meio da competência para julgar os conflitos das atribuições entre os poderes do Estado, a repartição do supremo poder estatal entre uma pluralidade de órgãos diversos, entre eles reciprocamente equiparados e independentes, na qual de per si se pode fazer consistir uma garantia à democracia. Além disso, a justiça constitucional realiza, em relação aos direitos humanos fundamentais, uma função de garantia pro-

\*Advogada. Professora do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil. Mestre em Direito Público (Unisinos) Doutoranda em Direito pela Universidade do Porto. Avaliadora do MEC/Inep. Autora de livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior. Autora de *Hermenêutica Jurídica y Concreción Judicial*.

cedimental contra os abusos do próprio legislador, já que os tribunais constitucionais não limitam a autonomia do poder político, mas contribuem a frear o absolutismo das maiorias governamentais.

## 2. Os valores como fundamento da Constituição

Ademais, os sistemas vigentes de justiça constitucional aportam ao Estado Social o encargo de regular a pluralidade dos interesses constitucionalmente tutelados, o que conduz, hodiernamente, a uma concepção da constituição como pacto, como manifestação contratual que expressa o consenso em torno de alguns valores, princípios ou regras fundamentais de comportamento. E, é a própria presença no texto constitucional de um complexo de valores, que enfatiza o encargo do Supremo Tribunal Federal, no caso do sistema jurídico e judicial brasileiro, como garante do pacto constituinte, bem como de sua vigência. Assim sendo, sua atuação assume uma natureza arbitral-discricionária, eis que intenta solucionar os conflitos tendo como base os valores expressados normativamente que têm dado vida ao processo constituinte. Particularmente, o caráter arbitral-discricionário do controle de constitucionalidade se torna assaz solar se considerarmos que, ao menos, o juiz constitucional, ao decidir com base na interpretação conforme a Constituição de uma lei, não somente deve levar em conta uma mera valoração de consonância entre uma norma constitucional e uma disposição de lei, mas também deve realizar uma ponderação entre as diversas disposições constitucionais que contêm valorações tais como as relativas aos valores sociais (direitos fundamentais sociais) e econômicos (direitos econômicos), ou ainda, entre valores individuais da pessoa humana (direitos individuais, tais como o de liberdade) e os valores da coletividade (direitos coletivos). É dizer, com isso, que as Constituições não albergam, unicamente, um conjunto de normas, porém, contêm a afirmação de princípios e valores que, produzem uma unidade jurídico-política e social<sup>1</sup>. E, por tal razão, o atual juiz constitucional tem um dever dinâmico de produzir, na medida do possível, não só uma integração social no Estado, mas também de

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, traducido al português por Luís Afonso Heck. Porto Alegre. Safe, p. 67.

garantir a unidade substancial do ordenamento, indo muito além, em sua atuação, de uma contribuição de sopesamento do absolutismo das maiorias governamentais. Diante disso, deve-se ter em consideração que a justiça constitucional tem representado — e, representa — uma das principais e mais eficientes respostas do Estado Democrático de Direito à exigência de assegurar uma tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Portanto, constitucionalismo e justiça constitucional constituem hoje um binômio indissociável, com razão a fortiori, quando os direitos da pessoa humana se associam à atividade judicante-constitucional, não só porque esses direitos se constituem em limites à própria Administração executiva e judicial, mas também para o próprio legislador.

## 3. Justiça e valores constitucionais

Em muitos ordenamentos jurídicos a atividade dos tribunais se caracteriza por sua jurisprudência em matéria de direitos da pessoa humana, podendo o juiz constitucional, inclusive, ser considerado como juiz da liberdade<sup>2</sup>. O mencionado liame existente entre constitucionalismo e justiça constitucional, e entre o reconhecimento de um direito e a tutela jurisdicional por parte de um Tribunal Constitucional que leva a se situar na tutela judicial constitucional o elemento principal que distingue os direitos da pessoa humana enquanto categoria e a sua efetiva judicialidade como parâmetro que serve para diferenciar os direitos humanos fundamentais daqueles que assim não podem ser considerados como tais. Trata-se de uma tutela orgânica dos direitos reconhecidos e garantidos, eis que necessitam de uma justiça constitucional que se efetiva por uma *interpretação conforme aos tribunais*<sup>3</sup>. Então,

<sup>2</sup> O Supremo Tribunal Federal conta, em sua pletora jurisprudencial em matéria de direitos da pessoa, e, particularmente, em sede de concretização do *princípio da dignidade da pessoa humana*, com julgados que permitem se atribuir, aos magistrados constitucionais, o qualificativo de julgadores da liberdade, tal como se exemplifica, com base nos julgados a seguir mencionados. STF, HC 91662/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04/03/2008, DJ de 04/04/2008, pp. 599; STF, HC 92961/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. em 11/12/2007, DJ de 22/02/2008, pp.925; STF, HC 90074/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 06/02/2007, DJ 08/06/2007, pp. 625.

<sup>3</sup> ALFLEN SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica Jurídica y Concreción Judicial*, p. 236-237. Ver, ainda, MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fagen der Verfassungsinterpretation. Berlin, Duncker und Humboldt, p. 58.

quando um juiz constitucional decide sobre recurso e, no caso do Brasil, sobre ação constitucional estritamente, e recurso extraordinário, ele efetiva um direito concretizando-o por uma interpretação que introduz, de certo modo, uma regra que pode atuar como orientação de comportamentos futuros tanto do juiz constitucional quanto de juízes ordinários e do legislador. Pode-se afirmar, pois, em certo sentido, que o direito vivo está constituído não tanto pelas disposições abstratas codificadas nos catálogos constitucionais, mas pelas normas concretas derivadas da interpretação conforme aos tribunais, da concretização que juízes constitucionais têm estabelecido das disposições constitucionais e legais<sup>4</sup>. É pela interpretação judicial que se distingue o âmbito semântico e lingüístico de uma disposição do âmbito normativo, sendo este último resultante de uma interpretação *estruturante em modelo dinâmico*<sup>5</sup>. Assim, é das interpretações concretas das disposições constitucionais em matéria de direitos humanos fundamentais, especialmente, que se pode assegurar uma constante síntese entre disposições constitucionais e valores contemporâneos, i.e., entre direito e história, entre direito e tradição.

O processo constitucional de *per se* caracteriza por uma significativa flexibilidade das regras processuais, não tanto porque faltem normas significativas sobre o processo constitucional, porém porque o juiz constitucional possui uma notável margem de interpretação e de aplicação das regras processuais. Em virtude de tal discricionariedade, pode inovar o próprio comportamento a respeito da práxis precedente, bem como derogar a normativa vigente com a finalidade de obter da melhor forma possível o resultado institucional almejado, nisto consiste na plena atuação dos valores constitucionais, ou seja, diversos caracteres da disciplina processual se submetem à aplicação precedente no Tribunal Constitucional. O juiz constitucional — apesar de ser um juiz, no sentido de que aplica a norma constitucional a uma questão específica e con-

creta (representada por uma questão de constitucionalidade — realiza uma função eminentemente interpretativa, devendo individualizar entre os muitos possíveis significados normativos aquele mais adequado e coerente com as disposições de lei. Logo, a atividade do juiz constitucional tem uma vida substancialmente vinculante para os operadores do direito. Semelhante característica do juízo de constitucionalidade atribui às decisões dos Tribunais Constitucionais um alcance particular, bem diverso das sentenças de outros juízes: a de produzir efeitos similares aos das fontes do direito.

#### 4. Corte constitucional e valores constitucionais

Desse modo, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, consoante sua competência constitucional precípua não é só julgador, porém também, criador de normas jurídicas. Esse resultado se tem conseguido conjugando duas características fundamentais e típicas das decisões constitucionais: por uma parte, sua natureza de coisa julgada com eficácia *erga omnes*, e, por outra parte, a adoção de uma gama tipológica de decisões nas quais a declaração de inconstitucionalidade permite a introdução no ordenamento de novas normas extraíveis da mesma disposição.

Nessa atuação interpretativa é relevante que a jurisprudência dos tribunais tenha em consideração fundamentalmente os valores constitucionais<sup>6</sup> — e tais quais são percebidos pelo *corpus* social — acima da lógica interna do processo de decisão política, especialmente, porque a jurisdição constitucional está muito mais próxima aos ideais discursivos do que ao processo político conducente à lei. É dizer, que a jurisprudência dos tribunais [constitucionais] desenvolve uma assaz importância na tutela dos direitos humanos fundamentais, mas também no que diz respeito aos cidadãos e à coletividade, em geral, pois contribui para a promoção, na realidade cotidiana e social, do respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito. Em outros termos, os juízes constitucionais cumprem

<sup>4</sup> Com essa perspectiva, não há que se falar no Brasil de “ativismo judicial”, tal como se fosse “politicagem judicial”, ou mesmo arbitrariedade, mas de exercício da atividade interpretativo-judicial, que é inerente à função judicial, nos limites que a Constituição Federal possibilita à própria Corte Constitucional.

<sup>5</sup> MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fagen der Verfassungsinterpretation. Berlin, Duncker und Humboldt, p. 121, 122, 138, 168-172, 175.

<sup>6</sup> SCHAPP, Jan. *Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen*. Juristen Zeitsung. N. 58. Marz. 2003, p. 221-222. No mesmo sentido, CHUECA SANCHO, Angel G. *Los Derechos Fundamentales em Unión Europea*, p. 33.

uma função cívica, de educação para o exercício da cidadania democrática por intermédio de sua capacidade consistente em instaurar a *cultura*<sup>7</sup> dos direitos humanos fundamentais, por tornar perceptível diante da opinião pública o significado e o valor contido nas disposições constitucionais em matéria de direitos humanos fundamentais. Muito além de seu papel educativo, ainda cumprem um destacado papel informativo, considerando-se que a jurisprudência em matéria de direitos humanos fundamentais constitui um espelho emblemático da realidade social, de suas contradições e suas mutações. Os juízes constitucionais, portanto, exercem um papel determinante na modernização e democratização do ordenamento jurídico.

## 5. Considerações conclusivas

É, particularmente, numa jurisdição constitucional tal qual a jurisdição brasileira, que tem raízes judiciais formadas nos contextos anglo-americano e europeu-continentar, que, levar os valores constitucionais em consideração como fundamento da Constituição via judicial, antes de configurar qualquer “ativismo judicial” num sentido prejuístico, consagra o exercício da interpretação constitucional conforme os tribunais, o que é próprio de um sistema constitucional que tem raízes anglo-americana e europeu-continentar<sup>8</sup>. Mais ainda, é no âmbito de uma jurisdição constitucional, que o juiz constitucional tem possibilitado não só o desenvolvimento dos valores que fundamentam a Constituição, os quais são detidamente de ordem humanitária-fundamental, mas também, o desenvolvimento do próprio direito constitucional jurisprudencial, haja vista, neste aspecto, para o instituto da repercussão geral<sup>9</sup> e o instituto da súmula vinculante, ambos introduzidos pela EC 45/2004 na Constituição Federal Democrática

de 1988. E, se há ponto de convergência entre o sistema anglo-americano e o europeu-continentar, encontra-se nisto: no desenvolvimento jurídico-jurisprudencial pela interpretação dos valores constitucionais pelos juízes constitucionais, consagrando-se uma cultura dos direitos humanos fundamentais e uma garantia à própria Constituição democrática, na medida em que leva a efeito, dentre os valores constitucionais, o valor e princípio da dignidade da pessoa humana, que não só é vetor interpretativo, mas uma filosofia a ser seguida na Ciência Jurídica.

## 6. Referências bibliográficas

ALFLEN SILVA, Kelly Susane. *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*. Colômbia: Bogotá. Editorial Temis, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Rectos actuales del Estado Constitucional*. Oñati. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. trad. do título *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20, neubearbeitete Auflage. C. F. Muller Verlag. Heidelberg, 1995. tradução do Dr. Luís Afonso Heck.

MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fagen der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker und Humboldt, 1993.

SCHAPP, Jan. *Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen*. In: *Juristen Zeitung*. N. 58. Marz. 2003, p. 221-222.

<sup>7</sup> HÄBERLE, Peter. *Rectos actuales del Estado Constitucional*. Oñati. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 17-46.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Del Control Político al Control Jurisdiccional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development. Libreria Bonmo, 2005, p. 39.

<sup>9</sup> O instituto da repercussão geral é aquele no qual no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Destarte, o recurso extraordinário passou, assim, por uma mudança significativa.