

DEFESA DA CONSTITUIÇÃO, CORTES SUPREMAS E ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR

É inequivocamente relevante, especialmente no contexto brasileiro, debater acerca do papel das cortes superiores vinculadas pela função jurisdicional de defesa dos princípios fundamentais da Constituição. A tarefa pode ser considerada intrincada, quer tendo em vista a pertinência de tais Cortes com a materialização dos direitos constitucionais respectivos, quer porque a 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, chamou a Constituição de *folha de papel*. Ele prenunciava o risco de as Constituições viverem apenas no papel.

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 do Poder Judiciário – ressaltada dentro deste a importância das cortes supremas, seja pela hierarquia, seja pela competência – que arrote a consciência de seu papel.

Mencionem-se dois aspectos sociais: a taxa de mortalidade infantil de menores de cinco anos no Brasil ultrapassa marcas inaceitáveis; ainda, aproximadamente metade dos domicílios brasileiros não possui condições mínimas de higiene.

O Direito, bem como o Poder Judiciário capitaneado pela Suprema Corte, não pode, nem deve, fechar os olhos para estas circunstâncias alarmantes que têm chamado a 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 Bobbio nos colocava que o problema (então) 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 Canotilho, 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*.

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”, dado que o Estado Democrático de Direito não se efetivou em termos substanciais no plano socioeconômico.

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 proteção implica também atuação promocional, que chama a si 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. Isso porque a atividade destas Cortes é geralmente vinculada à discussão e fixação dos pontos controvertidos em relação à matéria constitucional. Por esta razão, são geralmente cognominadas

de *cortes constitucionais*, embora possam, sem a respectiva designação, levar a cabo tal empreendimento.

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

Esse *layout* 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 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 súmula vinculante.

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

Na tradição anglo-saxônica, este reflexo é ainda mais forte, pois se tem presente que a Suprema Corte faz *emergir a Constituição* do texto constitucional expresso ou positivado, dando-lhe densidade à luz dos casos concretos.

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 estar no 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 lições, 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 esses cenários, aproximada, logo corresponde à função de instrumentos de guia do ordenamento e se propõem a atuar na compatibilização do exercício do poder com os imperativos da democracia.

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.

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”.

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.

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.

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 pretende 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 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 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 a 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 pré-existentes. 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, em uma 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 e não 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 guardiã da Constituição significa que a Corte Constitucional é guardiã 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.

Da parte dos que operam com o Direito, 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.

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.