

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS*

JORGE MIRANDA

Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa

I. PALESTRA

1. Em resposta ao honroso convite que me foi dirigido, escolhi tratar em conjunto do controle da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, em virtude da sua estreitíssima conexão e de ambos pressuporem por referência a própria ideia de Constituição.

São, obviamente, matérias distintas e que se desenvolveram em tempos e modos diferentes. Mas nunca deixaram, nem deixam de se entrecruzar, de forma latente até há algumas décadas, de forma patente e cada vez mais significativa nos nossos dias.

O constitucionalismo não se reduz, por certo, a controle de constitucionalidade e a direitos fundamentais. Envolve mais do que isso: envolve legitimidade democrática, divisão de poder, legalidade da administração. Mas hoje existe perfeita consciência de que só faz sentido falar em constitucionalismo ou em Estado de Direito quando se verifique, nos textos e na prática, garantia dos direitos fundamentais e esta implica controle de constitucionalidade, seja qual for o sistema que se adote.

Eis, por conseguinte, o percurso que pretendo seguir nesta palestra. Começarei por uma breve evolução histórico-comparativa, mostrando como, apenas na aparência, controle da constitucionalidade e direitos fundamentais surgiram separados, salvo nos Estados Unidos, e explicando que tal se deveu, entre outras causas, a uma certa concepção de Constituição. Aludirei depois à mudança que se operaria muito mais tarde no paradigma constitucional. E, por último, descreverei a solução presente, com uma ou outra menção do caso português.

* Conferência na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 21 de agosto de 2002, sendo debatedor o professor Luis Roberto Barroso.

2. O ponto de partida tem de ser a lembrança da experiência do Ocidente nos últimos dois séculos e meio:

a) Que, ao contrário das “Leis Fundamentais” do Antigo Regime, assentes na tradição e no costume, a Constituição saída das Revoluções norte-americana e francesa é expressão de vontade manifestada num preciso momento histórico;

b) Que essa expressão de vontade radica no poder exercido por quem assume a soberania – o poder constituinte, o poder de constituir (ou reconstituir) o ordenamento jurídico e, através dele, o Estado;

c) Que fazer uma Constituição significa praticar um ato fundacional desse ordenamento;

d) Que o exercício do poder constituinte e esse ato fundacional ancoram-se numa nova legitimidade ou numa nova idéia de Direito contraposta à anteriormente prevalecente, e triunfante ora por ruptura revolucionária, ora por via de transição;

e) Que a Constituição, por isso, se carrega de uma intenção de totalidade – por abranger todo o político – e de uma intenção de racionalidade – por se pretender ordenação sistemática desse político;

f) Que essa dupla intenção se traduz, no entanto, em conteúdos diversos consoante as concepções ideológicas e as circunstâncias – conteúdos liberais individualistas (art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) numa primeira fase; depois conteúdos também sociais, de mais de uma matriz;

g) Que, independentemente deste ou daquele conteúdo, equivalente a um conjunto de princípios específicos (a Constituição material), a Constituição exige sempre uma forma própria com consequências no domínio da modificação dos seus preceitos (Constituição formal);

h) Que esta supremacia da Constituição foi, durante muito tempo aqui encarada mais no plano político do que no jurídico, não se enxergando nas suas normas critérios ou padrões de validade das demais normas do ordenamento estatal;

i) Que, nos Estados Unidos, desde o início, se aceitou a faculdade de os tribunais em geral realizarem esse controle – por o poder constituinte ser superior ao poder legislativo e (como escreveu HAMILTON) uma lei inconstitucional, fruto de um poder constituído, dever considerar-se nula;

j) Que, pelo contrário, na Europa, em nome da separação de poderes (ou de determinada maneira de a encarar) ou de identificação de lei com a vontade geral, esse postulado foi recusado durante mais de 100 anos;

l) Que, com algumas exceções (entre as quais Portugal, por influência da Constituição brasileira de 1891), apenas a seguir à primeira guerra mundial se foi implantando a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade a par do aperfeiçoamento dos institutos do Estado de Direito e em ordenamentos plurilegislativos (Estados federais e regionais) por necessidade de dirimir conflitos entre o poder central e os poderes locais.

3. Um ponto de particularíssimo relevo refere-se às relações entre Constituição e lei. Há uma evolução que se opera em três fases: 1^a) até à primeira guerra mundial e à Constituição de Weimar de 1919; 2^a) entre esta e as novas Constituições surgidas após a segunda guerra mundial, mormente a de Bona, de 1949; 3^a) e depois destas Constituições – no caso de Portugal a Constituição de 1976 e no caso do Brasil a de 1988.

Em síntese, a mudança de paradigma consiste na passagem da centralidade jurídico-positiva da lei na primeira fase para a centralidade jurídico-positiva da Constituição na terceira, com um período intermédio de recondução das normas constitucionais a preceitos programáticos sem aplicação imediata. E ela torna-se patente e decisiva no quadro dos direitos fundamentais.

a) No século XIX, a lei integra-se na visão de uma sociedade de indivíduos atomísticos e que se pretendem livres e iguais, uma sociedade homogênea, bem estruturada frente ao poder político e cujo funcionamento se pauta de acordo com uma ordem natural. Prescrição normativa àqueles dirigida, define-se pela generalidade e pela abstracção. Proveniente do Parlamento, reveste forma unitária.

A lei assenta na majestade da razão e, por isso, a racionalidade vem a ser o seu limite intrínseco, único e necessário. Instrumento incindível de fins permanentes e universais, tem na certeza uma finalidade básica a prosseguir e, por isso, a codificação torna-se o seu maior triunfo (para lá do processo histórico de afastamento do costume e de outras fontes).

Com a separação, característica da época, entre Estado e sociedade, estanques vão ficar também os domínios da Constituição e da lei: a Constituição é tão-somente a Constituição do Estado, do Estado-poder; o resto, ou seja, a vida coletiva cabe à lei. E é nos grandes Códigos Cíveis, Penais, Comerciais, de Processo que se encontra o pulsar de estruturas da sociedade,

o sentido de instituições como a família, o contrato ou a propriedade.

Algo curioso, tanto no Brasil como em Portugal são as próprias Constituições a mandar organizar “quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade” (art. 179º, nº 18, da Constituição de 1824, e, naquele decalcada, art. 145º, § 17º da Carta Constitucional portuguesa de 1826).

b) As vicissitudes do século XX iriam alterar a posição da lei. O legislador – seja o Parlamento, seja o Executivo enquanto investido de competências legiferantes – defronta-se agora com uma sociedade plural, mutável e conflitual, com grupos, interesses e forças políticas, culturais e ideológicas em concorrência; defronta-se, cada vez maior frequência, com crises econômicas, de origem interna ou externa; e tem de utilizar, não raro, a lei para intervenções contingentes nos mais variados setores (levando àquilo a que GARCIA DE ENTERRIA chama as leis *omnibus*).

Ora, essa alteração não ocorre sem interferência da Constituição, a qual deixa de se mostrar aparentemente neutra perante a sociedade para se carregar, também ela, de intencionalidades conformadoras e transformadoras. Em vez de se confinar à separação de poderes e à garantia de direitos individuais (na linha do art. 16º da Declaração de 1789 ou do art. 178º da Constituição de 1824), a Constituição alarga dramaticamente as matérias sobre que versa e assume conteúdos diversos e até antagônicos consoante os regimes políticos (desde o Estado social de Direito ao corporativismo, ao fascismo e ao marxismo-leninismo).

À complexificação dos fenômenos legislativos vai corresponder a tendência de afirmação da Constituição, acompanhando o despontar de direitos econômicos, sociais e culturais. Mas as normas constitucionais fora dos domínios políticos são, quando muito, tidas por programáticas – no sentido de meras metas a atingir e não de verdadeiras normas jurídicas. Não se concretiza então, ainda, na sua plenitude, o princípio da constitucionalidade.

c) Para a subsequente evolução iriam concorrer quatro causas:

– A continuada pulverização decisionista da lei, nem sequer esgotada na dicotomia lei-regra (*Rechtsgesetz*) e lei-medida (*Massnahmengesetz*), e a fluidez das fronteiras entre legislação e administração;

– Mais recentemente, a multiplicidade de procedimentos legislativos, em certos casos com participação e contratualização normativa, assim como as tendências de deslegalização e até de desregulação;

– A par da quebra da separação liberal entre Estado e sociedade, a

quebra da separação dualista entre Direito interno e Direito internacional, com a vigência imediata de normas deste na ordem interna;

– Sobretudo, porém, os regimes totalitários e autoritários, tornada patente a necessidade de se lhes contraporem Constituições *normativas* (na acepção de KARL LOEWENSTEIN), repositórios de valores fundamentais da comunidade e dotadas de uma função garantística efetiva.

4. Lê-se no art. 1º, nº 3 da Constituição federal alemã de 1949, a Constituição de Bona: “*Os direitos fundamentais contêm preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial*”.

E no art. 18º, nº 1 da Constituição portuguesa de 1976: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis*”. Assim como no art. 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988: “*As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Ressalta, à vista desarmada, a confluência das três Constituições – confluência não por acaso, pois determinada, justamente, pela vontade de erguer, em cada um dos países, um Estado de Direito bem diverso do regime precedente.

Não é que, observe-se, só as normas relativas a direitos fundamentais tenham essa virtualidade de aplicação imediata; todas as normas constitucionais hoje a possuem, duma maneira ou doutra. E nisto consiste aquilo que eu tenho designado por revolução copernicana do Direito público, por a Constituição poder considerar-se, doravante, o *Sol* em torno do qual giram todas as demais normas do ordenamento jurídico estatal.

Porém, afigura-se muito significativo que seja a propósito dos direitos fundamentais que o princípio venha proclamado. Enquanto que antes se entendia que o exercício dos direitos era “nos termos da lei”, hoje as normas constitucionais vinculam os comportamentos de todos os órgãos e agentes de poder, quer positiva, quer negativamente. Na expressão célebre de HERBERT KRÜGER, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.

Claro está, haverá aqui que distinguir consoante as normas constitucionais sejam exequíveis por si mesmas ou auto-executáveis (como sucede na maior parte das normas sobre liberdades) ou não sejam auto-executáveis (como sucede com a quase totalidade das normas sobre direitos sociais).

Na primeira hipótese, o sentido específico do princípio consiste na possibilidade imediata de invocação dos direitos perante a Administração e os tribunais, mesmo que não haja lei. E a regulamentação legislativa, se se der, nada acrescentará de essencial: apenas poderá ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à sua delimitação frente a outros direitos.

Ao invés, se as normas constitucionais não forem auto-exequíveis ou auto-executáveis, o sentido do princípio consiste na adstrição do legislador a editar as medidas legislativas adequadas ao cumprimento da Constituição (ainda que a própria Constituição possa fixar prazos para tal tarefa). E na falta dessas medidas verificar-se-á inconstitucionalidade por omissão com a consequente sujeição ao controle que as nossas Constituições prevêm (art. 283º em Portugal e arts. 5-LXXI e 103, § 2º no Brasil).

Ambas as Constituições encerram, como se sabe, extensíssimos catálogos de direitos, procurando definir o seu conteúdo e os modos de concretização. Não reside nisso, entretanto, o mais importante. O essencial não se encontra num elenco mais ou menos vasto de direitos, até porque muitas Constituições nominais e semânticas (ou simbólicas, como diz MARCELO NEVES) igualmente o encerram. O essencial está no sistema de garantias que os amparam, a primeira das quais – para lá da cultura de cidadania do povo – é o controle jurisdicional da constitucionalidade.

5. Desde 1983 (e com antecedente na Comissão Constitucional criada em 1976) Portugal dispõe de um Tribunal Constitucional semelhante aos que existem na atualidade em muitos países europeus e em alguns extra-europeus.

Dispõe de um Tribunal Constitucional, embora não tenha desaparecido a fiscalização difusa vinda da Constituição de 1911, distinguindo-se assim da maior parte dos seus homônimos. A fiscalização concreta continua a caber a todos os tribunais e nela o Tribunal Constitucional somente intervém como tribunal de recursos; a *primeira palavra* compete a cada tribunal, a *última* ao Tribunal Constitucional. Apenas o controle abstrato lhe está reservado em exclusivo. É um sistema misto, sob este aspecto afim do sistema brasileiro.

O Tribunal Constitucional é, por certo, um tribunal, mas diferente dos demais tribunais. É tribunal, porque a sua função é declarar o Direito, está sujeito ao princípio do pedido, deve fundamentar juridicamente as suas decisões, está submetido a rigorosas leis de processo e os seus juízes têm o estatuto dos juízes em geral. Mas é tribunal diferente, porque situado fora das demais ordens de tribunais e porque os seus juízes não têm de ser (ou

não têm de ser todos) juízes de carreira e são designados por órgãos políticos (e quanto a este ponto igualmente se verifica alguma aproximação a Supremos Tribunais como o norte-americano e o brasileiro).

Pois bem: como pode um tribunal com juízes escolhidos desta forma vir a sindicar os atos daqueles órgãos? Como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Chefe de Estado? Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar atos com a força de lei. É por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insusceptíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga, a compromissos e evita escolhas fora do “arco constitucional”).

Nisto tudo (insisto) reside a singularidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns.

6. Excederia o meu tempo dar conta dos desenvolvimentos que o controle da constitucionalidade assim concebido tem vindo a receber em Portugal nos 25 anos de vigência da Constituição de 1976, em conexão estreita com os direitos fundamentais (que têm sido o campo dominante da sua actividade, muito mais do que questões ligadas à organização económica ou à repartição de competências entre os órgãos do Estado ou entre estes e os das regiões autónomas dos Açores e da Madeira).

Apenas quereria salientar que o Tribunal Constitucional português – tal como outros órgãos de controle da constitucionalidade – não se tem

circunscrito a decisões de inconstitucionalidade, a decisões positivas ou negativas. Tem, necessariamente, sido levada, em face das particularidades de não poucas matérias e questões e a partir de técnicas apuradas de hermenêutica constitucional, a acolher outros tipos de decisões: decisões interpretativas, decisões limitativas, decisões aditivas. E estas últimas apresentam-se com especial relevo por contenderem com aplicações concretas do princípio da igualdade.

Com efeito, nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua. Ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma *na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter* para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v.g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ônus (v.g., uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontram na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio de igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projetam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adotam o segundo termo da alternativa.

Nas decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial há um segmento de norma que cai para ela ser salva. Nas decisões aditivas há um segmento ou uma norma que se acrescenta com idêntico fim. E nisto, por seu turno, se denota algo de comum às decisões limitativas e, dalguma sorte mesmo às decisões interpretativas: todas elas pressupõem um sistema de fiscalização que, longe de se fechar sobre si, aparece inserido no contexto global de Constituição e que, portanto, reconhece aos respectivos órgãos um papel ativo de realização dos princípios constitucionais.

7. Seria interessante ainda observar como problemática análoga ou homóloga à da constitucionalidade e dos direitos fundamentais vai emergindo nos nossos dias para além do âmbito estatal, por força da progressiva (conquanto sempre precária) institucionalização da comunidade internacional.

Refiro-me à Carta das Nações Unidas e ao *jus cogens*, à Declaração Universal de 1948 e aos numerosíssimos tratados celebrados na sua seqüên-

cia, aos Tribunais Europeu e Interamericano de Direitos do Homem, enfim ao Tribunal Penal Internacional criado pelo estatuto de Roma de 1948.

Como conjugar esses meios com os meios internos? Não determinam eles uma diminuição de centralidade que a Constituição e os seus instrumentos de garantia têm obtido? Que novidades trarão os próximos tempos? Mas esse seria tema para outra palestra.

II. DEBATES

Colocação do Dr. Luís Roberto Barroso

Com uma certa dose de arriscado improvisado, irei conversar sobre alguns dos temas suscitados pelo Prof. Jorge Miranda.

O Brasil, a partir de 1988, passou a ter uma nova Constituição: a Constituição Democrática Brasileira. Mas nós ainda não tínhamos uma teoria constitucional elaborada para atender as demandas de uma Constituição normativa em um Estado Democrático. E, naquela ocasião, foram as obras do Professor Jorge Miranda e do Professor Gomes Canotilho, dois eminentes autores portugueses, que serviram como referência e inspiração para o desenvolvimento no Brasil de uma teoria constitucional. Acho que hoje, passados cerca de quinze anos, talvez tenhamos sido capazes de desenvolver uma teoria constitucional brasileira. Mas o ponto de partida, os elementos seminais da moderna teoria constitucional brasileira devem imensa reverência ao Professor Jorge Miranda e a alguns de seus companheiros portugueses. Quero a ele um bem enorme, inclusive pessoal. Uma das vantagens da vida acadêmica é que não precisamos conviver fisicamente para gostar. Encontramo-nos em livros, em artigos, em textos, mesmo quando não nos encontramos fisicamente. De modo que para mim é um prazer e um orgulho poder partilhar desse evento com o Professor Jorge Miranda.

Naturalmente, como não sabia sobre o que exatamente ele falaria, quais fundamentos utilizaria, trouxe duas páginas de bases conceituais sobre as quais eu irei trabalhar. Em seguida procurarei debater e eventualmente formular indagações sobre alguns dos temas trazidos pelo Professor Jorge Miranda.

A Constituição é, classicamente, o instrumento que, ao instituir o Estado, organiza o exercício do poder político, define direitos fundamentais

e indica fins públicos a serem alcançados. A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. O grande papel que desempenha hoje, principalmente em um país como o Brasil, é o de conservar os valores que foram incorporados ao patrimônio político da sociedade e, ao lado disso, avançar o processo social em busca de outros valores socialmente desejados e ainda não totalmente realizados. Portanto, as Constituições modernas – e me refiro especificamente ao fenômeno brasileiro – têm uma dimensão procedimental, que é a de assegurar a participação e a prevalência da vontade das maiorias, mas têm também uma dimensão substantiva, voltada para a preservação e realização desses valores importantes incorporados ao patrimônio de uma sociedade.

É para assegurar a supremacia da Constituição e de suas normas, tanto procedimentais quanto substanciais, que existem os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade, cuja premissa teórica mais destacada é a supremacia da Constituição. Exerce-se o controle porque a Constituição é suprema, tendo como fundamento de legitimidade, hoje, a busca da realização dos direitos fundamentais. Uma outra premissa teórica importante, e que me parece de bom proveito estabelecer, é o fato de que constitucionalismo e democracia, embora eventualmente se superponham e se aproximem, não são conceitos necessariamente coincidentes. Pelo contrário, pode haver tensão entre eles. Democracia significa soberania popular e governo da maioria. Constitucionalismo significa um pouco mais, ou algo um pouco diferente: a limitação do poder, o Estado de direito e a preservação de determinados valores; o que significa dizer que entre constitucionalismo e democracia pode haver uma tensão. Cabe à Constituição conter a vontade das maiorias, afirmar valores e realizar os direitos fundamentais, mesmo quando o processo político caminhe em direção contrária. Vale dizer, a Constituição desempenha um papel pouco observado pelos autores brasileiros, que é o de resguardar as minorias e proteger direitos fundamentais contra eventuais abusos da maioria.

Essas premissas – relativamente singelas –, são aquelas sobre as quais eu gostaria de trabalhar, passando agora a discutir e comentar alguns dos pontos ilustrados pela magnífica palestra do Professor Jorge Miranda. Identificou ele os três grandes sistemas de controle praticados hoje no mundo. O mais antigo é o norte-americano, mas o que há de singular no sistema de controle de constitucionalidade americano? É justamente o seu caráter judicial. Os americanos conceberam, desde *Marbury versus Madison*, de 1803,

ou desde um pouco antes, no Federalista, um sistema no qual o controle de constitucionalidade era uma razão direta do exercício da jurisdição. Cabe ao juiz, na resolução do caso concreto, aplicar o direito, do qual a Constituição faz parte em posição de supremacia; se uma norma infraconstitucional estiver em contraposição à Constituição, ele irá prestigiar esta última e deixará de aplicar a norma infraconstitucional incompatível. Simples assim – por sofisticada que possa ter sido a elaboração teórica – é o modelo de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

Ao aplicar o direito e constatar um conflito entre a Constituição e uma norma infraconstitucional, como decorrência da supremacia de que a primeira é dotada, o juiz aplica a Constituição e paralisa a eficácia da norma infraconstitucional, negando-lhe validade. Esse foi o modelo de controle judicial de constitucionalidade que se irradiou pelo mundo.

Na Europa, ao contrário, como bem observou o Professor Jorge Miranda, vigia o modelo francês, no qual não se admitia esse tipo de controle de constitucionalidade, tanto por força da separação rígida dos poderes, como por força de um imenso preconceito que se nutria na França em relação ao Poder Judiciário desde a Revolução Francesa. Na Europa, portanto, não existia o sistema de controle judicial da constitucionalidade. Com o tempo, houve um processo evolutivo do modelo francês. Já no século XX, a Constituição Francesa de 1946 previu um Comitê Constitucional e a Constituição de 1958 previu o Conselho Constitucional. Todavia, o controle exercido por esse conselho é de natureza política e preventiva, de modo que na França não existe, até hoje, a possibilidade de um juiz de direito deixar de aplicar uma norma que considere inconstitucional.

Pois bem: como lembrou o Professor Jorge Miranda, a partir da Primeira Guerra Mundial, na verdade a partir de 1920, tem início na Europa uma forma de controle de constitucionalidade que é assentada sobre premissas doutrinárias diversas daquelas vigorantes nos Estados Unidos. Em 1920, Hans Kelsen concebe um modelo de controle de constitucionalidade através de tribunais constitucionais – órgãos criados especialmente para esta finalidade – fora da estrutura típica do Poder Judiciário. O exercício da jurisdição constitucional seria concentrado nesses tribunais, promovendo, portanto, um processo de separação da discussão judicial para fins de controle de constitucionalidade. Nesse sistema o juiz não pode negar aplicação à norma, o máximo que ele pode fazer é remeter a questão constitucional para o tribunal constitucional. Esta era a matriz do modelo austríaco, fundada na

concepção kelseniana, que aliás não prevaleceu, de que norma inconstitucional seria norma anulável e que, portanto, o tribunal proferiria uma decisão cujos efeitos se produziriam daquele momento em diante.

Veio o fim da Segunda Guerra Mundial; surgem, como observou o Professor Jorge Miranda, diversas Cortes Constitucionais, com um papel extremamente importante na Europa, mas o modelo continua a ser o mesmo: o controle de constitucionalidade não fazia parte do exercício da jurisdição ordinária. Era exercido por tribunais criados para este fim e que tinham uma configuração bem diversa da Suprema Corte americana. As Cortes Constitucionais européias eram compostas por ministros ou por juízes que não eram de carreira, cuja nomeação, ainda quando houvesse participação do chefe do Executivo, dependia, como regra, de indicação ou aprovação parlamentar. Além do mais, estes juízes eram investidos por um mandato a prazo determinado.

Uma discussão muito interessante a propósito desta matéria seria a da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, pela qual não vou enveredar por constituir uma discussão paralela, apenas suscitada pelo Prof. Jorge Miranda. Essa questão, que ainda hoje permeia o debate doutrinário em quase todos os países do mundo, não tem sido muito abordada no Brasil, até por uma razão específica. Nos Estados Unidos há uma grande discussão sobre a legitimidade e o alcance da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, porque a Constituição americana não prevê esse controle, pelo juiz ou mesmo pela Suprema Corte. Esta foi uma criação jurisprudencial que enfrenta, segundo a doutrina americana, duas grandes dificuldades. A primeira, denominada dificuldade contramajoritária, envolve a questão de o Judiciário, composto por agentes públicos não eleitos, sobrepor-se à vontade dos agentes públicos eleitos; a outra advém do fato de o Judiciário não se sujeitar a controles democráticos externos, vale dizer: a palavra do Judiciário é a palavra final. Assim, há um espaço de debate interessante a propósito da legitimidade constitucional.

Gostaria de dar um toque dos problemas brasileiros a algumas das questões básicas que o Professor Jorge Miranda suscitou. O Brasil vive já há 13 anos sob a vigência da Constituição de 1988, que é um marco histórico decisivo, pois representa simbolicamente a restauração do Estado democrático brasileiro. Na verdade, ela representa a superação de uma forma de pensar o poder, extremamente intolerante e, por vezes, violenta. O sucesso institucional da Constituição de 1988 no Brasil é inegável e indisputável:

jamais vivemos tantos anos de estabilidade institucional. O Brasil foi capaz de destituir um Presidente da República que desonrou o cargo e defenestrar três importantes Senadores da República, sem que ninguém cogitasse, em nenhum momento, de uma solução que não fosse a solução prevista no quadro constitucional. A maior bravata que se ouviu naquela ocasião foi: “Vou até o Supremo Tribunal Federal”. Crises institucionais, mas sem que se cogitasse de qualquer solução fora da legalidade constitucional, sem uma ordem do dia de Ministro militar. Só quem não conheceu a sombra não reconhece a luz que é viver sob um Estado constitucional e democrático.

Esta Constituição Brasileira de 1988 fez no Brasil, de forma tardia, a mesma trajetória que na Alemanha e no restante da Europa as Constituições fizeram após a Segunda Guerra Mundial. Foi passando lentamente para o centro do sistema jurídico, de onde o Código Civil, que antes reinava soberano, já começava a ser afastado pela criação de microssistemas, tais como o do Direito do Consumidor, o da Proteção da Criança e do Adolescente, o do Direito de Família e o da Locação. O Código Civil, na medida em que envelhecia, permitiu que surgissem outros focos irradiadores de direito, mesmo no próprio âmbito do direito privado. Mas a partir de 1988 a Constituição brasileira, tardiamente, é verdade, efetivamente chegou ao centro do sistema jurídico. De modo que o grande debate constitucional que hoje se pratica no Brasil foi o debate constitucional que na Europa – ainda que não em Portugal – se travou posteriormente à Segunda Guerra Mundial. Esse debate culminou com a entronização da Constituição no centro do sistema jurídico e com a afirmação das potencialidades que ela oferece para a interpretação do direito, o que, no Brasil, hoje, alguns autores procuram identificar pela denominação de filtragem constitucional – um modo de olhar o direito através das lentes da Constituição. Assim, quando se fala em constitucionalização do direito civil ou em constitucionalização do direito processual, o que se quer identificar não é apenas o fato de que na Constituição existem normas de natureza civil, ou normas de natureza processual. O que se quer significar, verdadeiramente, é que as normas de direito civil e as normas de direito processual passaram a ser lidas e reinterpretadas à luz da Constituição, e, portanto, embora eventualmente observando o mesmo relato, passaram a ter um novo sentido e um novo alcance. De modo que esse processo, que o Professor Jorge Miranda relatou como tendo ocorrido na Europa, também ocorreu no Brasil, em fase muito recente. Eu até diria que estamos em um processo de absorção de uma ideologia constitucional, de um modo de olhar

o mundo e de olhar o direito em que se impõe interpretar todas as situações infraconstitucionais a partir da Constituição.

Também no Brasil vivemos um outro fenômeno que o Professor Jorge Miranda identificou como sendo igualmente europeu. Também no Brasil a Constituição não tinha reconhecida a sua força normativa direta, também aqui não havia uma cultura de aplicação direta da Constituição. Vivia-se sob a premissa ideológica, também perversamente equivocada, de que a Constituição não tutelava as situações que contemplava e que, portanto, os direitos constitucionais somente seriam realizáveis a partir do momento em que o legislador infraconstitucional se dispusesse a desenvolver aquele quadro normativo estabelecido na Constituição.

E foi essa não aplicabilidade direta da Constituição, foi essa, eu até diria, insinceridade na elaboração de Constituições, que permitiu que a Constituição brasileira de 1824, referida pelo Professor, tivesse uma norma que assegurava a todos igualdade perante a lei. Norma que conviveu, sem que se assinalasse perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Ou, se quisermos dar um salto no tempo, podemos viajar até a Constituição Brasileira de 1969 - outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, três senhores – creiam em mim os que não foram contemporâneos –, absolutamente insuspeitos de exageros progressistas. A Constituição brasileira de 1969 trazia o maior elenco de direitos sociais jamais incluídos em qualquer Constituição do mundo, culminando com uma cláusula que assegurava a todos os trabalhadores colônias de férias e clínicas de repouso, sem medo do ridículo. Esse constitucionalismo brasileiro não era comprometido com a sinceridade, porque a Constituição não tinha força normativa.

Assim, o direito constitucional brasileiro dos últimos anos vive duas grandes mudanças de paradigma. A primeira, que aconteceu primeiro na Europa e aqui no Brasil duas décadas depois: o reconhecimento de força normativa à Constituição e, portanto, a conquista de efetividade pelas normas constitucionais. A segunda grande mudança de paradigma foi o desenvolvimento de uma dogmática específica da interpretação constitucional e a absorção dos conceitos da nova hermenêutica constitucional. Este é um tema que está na ordem do dia, mas, evidentemente, quem faz uma exposição profunda e densa, como fez o Professor Jorge Miranda, tem que fazer escolhas e este não foi um dos caminhos que ele escolheu.

Chegamos ao tópico final da exposição do Professor Jorge Miranda,

que diz respeito aos direitos fundamentais e o modo como este fenômeno tem sido compreendido na Europa e no mundo nos dias de hoje. Antes de discutir a questão específica dos direitos fundamentais, gostaria de fazer um breve comentário sobre uma questão tormentosamente complexa, referida pelo Professor: as decisões aditivas, que têm alguns precedentes na Itália, outros mais modernos na Alemanha, e que vêm sendo, em alguma medida, introduzidas no Brasil, embora não plenamente. A questão das decisões aditivas se coloca, pelo menos na discussão brasileira, dentro de um capítulo mais geral, que é o da inconstitucionalidade por omissão e, portanto, o da situação das omissões normativas. Por vezes a omissão do legislador pode ser absoluta, como no Brasil tem ocorrido em algumas matérias. Por exemplo: não há lei disciplinando greve dos servidores públicos, conforme exigido pela Constituição, e o Supremo Tribunal entende que, como não há lei, não é possível desfrutar desse direito. Ações têm constituído o Congresso em mora, mas o vácuo normativo prossegue. O mesmo vale para a questão dos juros de 12% ao ano. Outras situações há, no entanto, em que a omissão é parcial, vale dizer: o legislador efetivamente atua, mas de modo deficiente ou insuficiente.

O exemplo mais típico é a situação do salário mínimo. Quando o Congresso Nacional aprova um novo salário mínimo e este é evidentemente incompatível com a dicção do artigo 7º, IV da Constituição Federal, ou seja, não é suficiente para garantir ao trabalhador a sua sobrevivência e a de sua família, a arguição de inconstitucionalidade desta lei, se for uma inconstitucionalidade por ação, só gera para o Judiciário, ou para o Supremo Tribunal Federal mais especificamente, a possibilidade de declarar a lei inconstitucional e retirá-la do sistema jurídico. Qual seria a consequência disso? A situação ficaria ainda mais inconstitucional, porque continuaria vigendo a lei anterior, de modo que nem aquele pequeno aumento do salário mínimo prevaleceria. Nessas hipóteses, o Supremo Tribunal tem adotado a técnica de, mantendo a lei em vigor, declarar a sua inconstitucionalidade por omissão parcial, sem redução do texto, já que a sua supressão criaria uma situação ainda pior.

A terceira e última categoria a tratar diz respeito às chamadas omissões relativas, que são as omissões violadoras do princípio da isonomia. Estas ocorrem quando o legislador, ao legislar, beneficia uma categoria indevidamente, excluindo outras que também deveriam ser beneficiadas. Nesse plano é que se pode colocar a idéia de uma sentença aditiva ou integrativa. Darei exemplos concretos: a posição corrente do Supremo Tribunal Federal é a

de que, diante de uma lei que concede um benefício remuneratório a uma determinada categoria, com exclusão ilegítima de outra, abrem-se duas possibilidades. A primeira é declarar inconstitucional a lei que criou o benefício para a primeira categoria, por ter discriminado de forma ilegítima; nesse caso, em lugar de se melhorar a vida de todos, é mantida a homogeneidade por baixo. Esta é uma solução constitucionalmente legítima, mas evidentemente indesejável. O Supremo Tribunal Federal também pode – mas, como regra, nega – decidir pela inclusão da categoria excluída no grupo dos beneficiados. Esta solução costuma enfrentar a objeção de que constituiria uma quebra da harmonia entre os poderes, uma violação ao princípio da legalidade e à reserva orçamentária. De um modo geral, o Supremo Tribunal Federal tem negado essa possibilidade de concessão de benefício remuneratório a título de isonomia. Só não o fez em uma decisão - nunca bem compreendida, porque creio que nunca bem explicada - em que efetivamente o Supremo Tribunal Federal estendeu aos servidores públicos civis um benefício que havia sido concedido aos servidores públicos militares, sob o fundamento de quebra da isonomia. Isso porque a Constituição impede que se dê reajuste aos servidores militares sem que se dê também aos civis. Nessa decisão o Supremo Tribunal Federal rompeu com a sua tradição de não estender benefícios com base no princípio da isonomia.

Portanto, Professor, temos um precedente de decisão aditiva, que é a inclusão, no âmbito de alcance da norma, de categoria que não estava prevista, por haver violação do princípio da isonomia nessa omissão. Esse é um tema que por si só justificaria um amplo debate.

Gostaria de terminar com um último capítulo dentro do tema dos direitos fundamentais, na linha deduzida pelo Professor Jorge Miranda, enfocando a questão sob o ponto de vista deste específico momento que vivemos no Brasil, e que na Europa foi vivido alguns anos atrás. Nossas circunstâncias são essas e, portanto, seria um mimetismo equivocado transformarmos o direito supranacional ou supracomunitário no grande debate constitucional brasileiro de hoje. Essa não é a discussão brasileira, não é o problema pelo qual passamos, ainda que seja um capítulo importante e interessante da discussão constitucional. A grande questão jurídica brasileira não é a convivência entre a Constituição e uma ordem supranacional, que é o grande tema na Europa hoje, como já foi nos Estados Unidos há algum tempo, a propósito de demarcar os limites do federalismo.

Hoje, no Brasil, as grandes indagações referem-se a como realizar

os direitos fundamentais, sobretudo em um país que não consegue nem tirar suas crianças das ruas e dos sinais. A dogmática jurídica brasileira tem desenvolvido um conjunto de técnicas com aporte doutrinário muitas vezes mais europeu do que americano, numa quadra histórica que tem sido identificada por diversos autores brasileiros como um momento de pós-positivismo, com o que se quer identificar esta normatividade dos princípios, a ascensão do papel que desempenham no ordenamento e a conseqüente superação da legalidade estrita pela sua utilização. É esse o conjunto de idéias finais, que gostaria de expor e compartilhar com o Professor Jorge Miranda, para depois ouvi-lo a respeito.

A questão do pós-positivismo situa-se historicamente, como observou o Professor Jorge Miranda, no final da Segunda Guerra Mundial. Desde o final do século XIX o direito havia sido conquistado pelo positivismo jurídico, que empurrou o jusnaturalismo para a margem da história, por não conseguir mais conviver com aquelas categorias subjetivas e metafísicas que lhe eram próprias. Essa voracidade cientificista, que varreu o mundo e chegou ao direito, passou a equipará-lo à norma. Assim, a idéia de objetividade transplantada das ciências naturais para o direito passou a dizer: direito é norma. Os principais autores do positivismo jurídico afirmavam que não fazia parte do papel do jurista questionar a justiça ou a legitimidade da norma. O seu papel seria aplicar a norma existente, e nada mais. E esta foi a filosofia do direito até o final da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo descobriu assombrado que o direito nem sempre é um instrumento da razão. Que o direito, muitas vezes, pode ser o instrumento da perversidade, da barbárie; que o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha haviam se implantado em nome e sob a proteção da lei; que todos os principais acusados de Nuremberg invocavam em sua defesa o estrito cumprimento do dever legal, em obediência às ordens emanadas das autoridades competentes.

Portanto, se a norma podia ser instrumento do mal e da barbárie, evidentemente ela não podia equiparar-se ao direito. Só que a ciência jurídica, que descobriu que o positivismo jurídico não era suficiente, não queria mais voltar às categorias abstratas do direito natural. E surge então essa idéia, esse momento em que vivemos, que é do reconhecimento de que a norma é muito importante, é uma conquista da história da humanidade, mas também o do reconhecimento de que o direito não se esgota na norma. Há na vida jurídica um conjunto de valores, um conjunto de princípios que integram o ordenamento jurídico por fazerem parte do patrimônio da civilização, ainda

quando não estejam expressos em letra de forma, em um texto legislativo. Esses valores até podem ser veiculados por normas, mas vivem fora e acima delas. São exemplos os princípios da dignidade da pessoa humana, da reserva de justiça, da solidariedade, entre outros; é com base nesses valores, materializados em princípios, que a interpretação constitucional pode aumentar o seu compromisso com a justiça e, em certos casos, até mesmo superar a legalidade estrita, quando, de outra forma, a aplicação da norma frustraria um princípio constitucional. Três exemplos que pincei e penso ser de proveito enunciar. O primeiro é uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro José Augusto Delgado: uma mãe pede o levantamento do seu fundo de garantia do tempo de serviço para acudir seu filho, portador do vírus HIV. A Caixa Econômica indefere o pedido porque a lei do FGTS, na época, não previa a possibilidade de que o fundo fosse levantado para socorrer parentes em caso de doença; a Caixa Econômica, portanto, cumpriu a lei ao negar o pedido. Mas o Poder Judiciário, especificamente o Superior Tribunal de Justiça, mandou levantar o fundo de garantia, sob o fundamento de que viola o princípio da dignidade da pessoa humana impedir que uma mãe resgate a sua poupança compulsória para acudir seu filho em uma doença terminal. Observe-se a singularidade da hipótese – a lei do fundo de garantia não é inconstitucional, mas aquela específica incidência dela produziria um resultado inaceitável, por ir de encontro a um valor constitucional mais elevado.

Segundo caso, ainda envolvendo a dignidade da pessoa humana: decisão do Ministro Ruy Rosado de Aguiar sobre hipótese de prisão civil por dívida. Uma mulher tem a sua prisão civil decretada em um caso constitucionalmente legítimo. O Ministro Ruy Rosado faz as contas e descobre que ela foi presa porque não conseguiu pagar os juros de sua dívida e que esses juros, para serem pagos, tomariam o que ela ganharia de proventos por toda a sua sobrevida, sendo que ainda assim ela não conseguiria amortizar sequer um centavo da dívida principal. Ele afirma que prender uma pessoa pela incapacidade de pagar juros extorsivos viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Não interferiu com a hipótese de prisão por dívida, mas disse que, nesse caso concreto, a consequência da incidência da norma seria a produção de um resultado aberrante face ao texto constitucional.

Por fim: uma decisão de um desembargador do Rio Grande do Sul. Como todos sabem, a legislação infraconstitucional impede o juiz de conceder antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Pode-se discutir a conveniência ou não dessa norma, mas ela tem a chancela do Supremo

Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade. A hipótese era a de uma mulher portadora do mal de Alzheimer, em que o não fornecimento do medicamento em tempo hábil importaria sua morte. Ao julgar esse caso, o desembargador Araken de Assis entendeu que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade em abstrato da norma – pelo que todos os juízes estão vinculados a essa decisão – mas se ela não for capaz de produzir a justiça específica do caso concreto, violando um valor jurídico tão importante como é a proteção à vida, será preciso ponderar a segurança jurídica estabelecida em favor do Poder Público com o direito à vida. Como o perecimento do direito, nesse caso, iria ocorrer, porque a mulher morreria, ele concedeu a antecipação de tutela, apesar de a lei proibir e de o Supremo considerar a lei constitucional.

Isso não é uma bravata, não é um desprezo à lei. Repito: a lei é uma conquista da humanidade e a sua não aplicação deve ser uma exceção. Mas há mecanismos dentro deste quadro jurídico pós-positivista que permitem interpretar o direito não apenas pela literalidade dos textos normativos, mas também pelos valores e princípios que são apreendidos e compartilhados pela comunidade. Na verdade, o que se ganha em potencial de realização de justiça, perde-se, é certo, em segurança jurídica, porque se está aumentando a discricionariedade do intérprete, do aplicador da lei. Por isso a dogmática jurídica hoje está discutindo como limitar a discricionariedade judicial nesses casos e como ter parâmetros objetivos de ponderação de valores. Esta é a discussão do momento. Por enquanto, todos temos que nos contentar com o que se chama teoria do discurso ou teoria da argumentação, que é, em última análise, a garantia do jurisdicionado. O juiz sério, comprometido com a sua comunidade – como é a grande maioria dos juízes –, sente-se na obrigação de fundamentar racionalmente a sua decisão, de forma apta a demonstrar, para um público esclarecido, que aquela era a melhor opção no caso concreto. Se não conseguir convencer a coletividade, terá a decisão reformada e o desprestígio de quem não é capaz de fazer a escolha adequada.

É uma garantia um pouco fluida, mas é o preço que se tem de pagar hoje, aqui e agora, para realizar a Justiça, à custa de um eventual sacrifício da segurança jurídica.

Resposta do Prof. Jorge Miranda ao Prof. Roberto Barroso

O Prof. Luís Roberto Barroso fez uma segunda palestra, extremamente

rica e suscitadora de temas e problemas importantes dos quais gostaria de mencionar alguns.

Primeiro ponto. Assim como a Constituição de 1988 representou para o Brasil a abertura ou a reabertura do processo democrático e a instauração de um constitucionalismo moderno assente na centralidade da lei, também em Portugal se deu um fenômeno idêntico, 12 anos antes, com a Constituição de 1976. Há um paralelismo muito nítido nesse aspecto entre a experiência constitucional brasileira e a portuguesa.

A grande diferença está em que no Brasil a interrupção constitucional foi “apenas” de 21 anos – entre 1964 e 1985 – enquanto que em Portugal ela havia sido de 48 anos – entre 1926 e 1974. Portanto, podem avaliar as muito maiores dificuldades que tivemos em Portugal para retomar a normalidade da vida constitucional democrática. Tinham passado duas ou três gerações; e foi, de certo jeito, necessário começar tudo de novo. Havia-se perdido a idéia, por exemplo, de um Parlamento; o sufrágio universal era algo extremamente remoto; e quanto aos direitos, eles apareciam na Constituição do regime salazarista, na Constituição de 1933, havia um parágrafo dizendo que eles estavam sujeitos a fortes restrições e que a lei poderia até, por exemplo, estabelecer censura à imprensa; tão pouco o controle de constitucionalidade, apesar de formalmente mantido, pôde funcionar senão meia dúzia de vezes.

Diferentemente, agora a Constituição não só afirma que a validade das leis e de todos os atos de poder depende da conformidade com as suas normas como estabelece os já referidos mecanismos de garantia dos direitos fundamentais e de controle de constitucionalidade – controle concreto e abstrato, preventivo e sucessivo, por ação e por omissão.

Segundo ponto. Um paralelo também muito nítido entre a Constituição brasileira e a portuguesa tem a ver com a consideração de princípios constitucionais. Porque o texto constitucional português está todo estruturado a partir dos princípios. Não existe somente uma anteparte intitulada “Dos Princípios Fundamentais”, como aparece na Constituição brasileira. As grandes partes da Constituição – direitos fundamentais, organização econômica, organização do plano político – são estruturadas a partir de princípios. Vai-se avançando a partir dos princípios para as disposições.

A doutrina portuguesa tem salientado, na linha do que disse o Professor Luís Roberto Barroso, que o Direito não se esgota em norma, não se esgota no preceito, no artigo, no parágrafo da lei, nem se esgota no preceito e no parágrafo da Constituição. O Direito, e antes de mais o Direito cons-

titucional, começa por ser um conjunto de princípios, sejam princípios que a própria Constituição declara, sejam princípios que possam deduzir-se de outros princípios tendo em conta a consciência jurídica da comunidade.

Os tribunais, diz o nosso art. 204º, não podem aplicar normas contrárias a princípios da Constituição e, mais do que isso, o Tribunal Constitucional tem recorrido a princípios para julgar inconstitucionais numerosas leis. Não só aos princípios da igualdade e da isonomia, mas também a certos princípios do Estado de Direito como, por exemplo, o princípio da confiança. Tudo reforçado pelo apelo à Declaração Universal dos Direitos do Homem, critério de interpretação e integração dos preceitos respeitantes a direitos fundamentais (art. 16º).

Terceiro ponto. Sim, o Estado baseia-se na idéia de dignidade da pessoa humana, como se lê no art. 1º da Constituição portuguesa, o que implica que o sistema de direitos fundamentais tenha que repousar nesse valor e dele retirar a sua unidade e coerência.

E poderia aludir a várias decisões do Tribunal Constitucional, que aí radicam, como aquelas em que ele tem dado preferência ao direito à habitação sobre o direito à propriedade ou que tem procurado salvaguardar o mínimo de existência economicamente necessária a trabalhadores e a pensionistas.

Quarto ponto. Quanto às decisões aditivas, apesar de parte da doutrina portuguesa as contestar por pôr em causa a separação de poderes, o Tribunal Constitucional e já antes a Comissão Constitucional têm-nas pronunciado sem grandes dúvidas.

Entre outros exemplos, citarei um acórdão daquela Comissão julgando inconstitucional a fixação de idade nubil para os indivíduos do sexo feminino inferior à fixada para os indivíduos do sexo masculino; um acórdão do Tribunal sobre atividade docente e advocacia; e vários sobre pensões por morte em caso de acidentes de trabalho.

Último ponto. As questões de hermenêutica constitucional alcançaram um tratamento científico de extrema qualidade no Brasil que a doutrina portuguesa ainda não pôde acompanhar. No entanto, elas não são desconhecidas entre nós, tal como não é desconhecida a problemática dos limites do julgador em face da Constituição.

Pergunta do Dr. Paulo Mendonça

O Professor Jorge Miranda em sua palestra disse que uma lei in-

constitucional era uma lei nula, portanto não produz efeitos – o que é uma tradição desde Kelsen. Como conciliar essa nulidade da lei com a declaração de inconstitucionalidade *ex nunc* e não *ex tunc*? Essa é a questão que hoje tem sido bastante debatida em nossos Tribunais, principalmente no Órgão Especial do Tribunal do Rio de Janeiro.

Resposta do Professor Jorge Miranda

Referi-me a este ponto de passagem a propósito dos Estados Unidos, citando Hamilton, um dos grandes nomes dos *Federalist Papers*.

Mas, em Direito positivo, saber se a lei inconstitucional é nula ou anulável (se a declaração de inconstitucionalidade, portanto, produz efeitos desde a emissão da norma infraconstitucional contrária à Constituição, ou se a declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos *ex nunc*, para o futuro) isso depende de cada sistema jurídico, de cada Constituição e do modo como em cada Constituição aparece organizado o controle de constitucionalidade.

Por exemplo, em Portugal não há a menor dúvida de que a lei inconstitucional é nula e a inconstitucionalidade produz efeitos desde que a norma inconstitucional é produzida. Se for inconstitucionalidade originária – desde o momento em que o legislador faz a lei contrária à Constituição; se se tratar de inconstitucionalidade superveniente (quer dizer, de inconstitucionalidade resultante de uma modificação constitucional) – desde o momento em que surge a nova norma constitucional, contra a qual, a partir de agora, dispõe a norma legal preexistente.

A inconstitucionalidade em Portugal equivale à nulidade. O que não impede que a própria Constituição tenha uma espécie de cláusula de segurança, admitindo que, em determinados casos, por exigência de equidade ou de segurança jurídica, ou até de interesse público de excepcional relevo, o próprio Tribunal Constitucional possa conformar os efeitos da inconstitucionalidade em termos um pouco diferentes. E há alguns casos em que, considerando os direitos adquiridos, por exemplo, à face de uma lei inconstitucional, ou interesses de ordem financeira do Estado, o Tribunal Constitucional tem feito aplicar a declaração de inconstitucionalidade só para o futuro, e não desde o momento em que se produziu a inconstitucionalidade.

Pergunta do Presidente da AMAERJ, Juiz Luis Felipe Salomão

Diante do novo quadro constitucional, qual o papel do juiz e da magistratura para a garantia dos direitos fundamentais? Há necessidade de uma nova mentalidade do juiz? O que pensa o senhor do ativismo judicial?

Resposta do Professor Jorge Miranda

Evidentemente, num Estado de direito, a posição da magistratura, e antes de mais nada, a posição do juiz – servidor da lei, declarador (permitam-me o neologismo) do Direito e, portanto, antes de mais nada, da Constituição – é fundamental. É uma responsabilidade, é um encargo, é um fardo imenso que recai sobre os ombros do juiz.

Todavia, não podemos supor que o juiz, que o magistrado, seja um corpo isolado dentro da sociedade; que o juiz viva numa torre de marfim, à margem da sociedade. Ele tem que estar em diálogo com a sociedade, recebendo o juiz o reconhecimento da sua missão por parte da sociedade e sabendo, por seu turno, perscrutar e enxergar os valores de consciência jurídica que à sociedade dão sentido.

Quanto ao ativismo judicial, é expressão que me parece poder comportar mais de um sentido. Pode haver um ativismo judiciário ligado a um anti-legalismo ou a um anti-racionalismo jurídico. E pode haver um ativismo judiciário mais equilibrado, mais moderado, correspondente à noção do juiz como servidor da justiça e que, sempre, em qualquer caso, deve optar pelos valores fundamentais do direito contra o arbítrio do poder.

Pergunta do Dr. Daniel Sarmento

Em relação ao problema do *deficit* de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, delinearam-se na doutrina europeia e norte-americana duas tendências: uma procedimentalista, que vê no controle um meio para garantia dos pressupostos de democracia; e uma substancialista, que vê os tribunais constitucionais como instâncias naturalmente legitimadas para a defesa de valores que devem ser postos ao abrigo dos desígnios da maioria política. Como o Professor Jorge Miranda se posiciona nesse debate?

Resposta do Professor Jorge Miranda

A minha resposta é relativamente simples, afirmando que os Tribunais Constitucionais e em geral os órgãos de controle da constitucionalidade devem desempenhar uma dupla função. Devem defender a ordem jurídica objetiva e devem defender os direitos fundamentais.

Devem defender a divisão de poderes estabelecida pela Constituição. Divisão de poderes a nível do poder central; divisão de poderes entre o poder federal e o poder estadual; entre o poder central e o poder regional; entre o poder do Estado e o poder dos municípios, ou entre o poder do Estado e a autonomia universitária, por exemplo. Portanto há aí uma função que eu diria objetiva. E devem defender os direitos das pessoas, individual ou coletivamente considerados.

Porque a democracia, tal como a entendemos, tal como consta da Constituição portuguesa e da Constituição brasileira, não é só um procedimento, não tem que ver apenas com a afirmação da maioria; é também o respeito das minorias e o respeito em geral dos direitos dos membros da comunidade. E porque só assim ela se torna o cerne do Estado democrático de Direito. ◆