

SAMPANO, José Adúcio  
Luita (coord). JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL E DI-  
REITOS FUNDAMENTAIS  
Belo Horizonte: Del Rey,  
2003, p. 385 - 393.

## O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Clémerson Mérlin Cléve\*

Tenho tido alguma preocupação com o destino de nosso país e imaginei que num momento como este, antes de partir uma oração técnica que dissesse respeito basicamente à questão procedimental, tratando da evolução jurídica da matéria, talvez fosse o caso de buscar outra vereda. Seria talvez o caso de discorrer a propósito do papel do Direito Constitucional nestes tempos de crise e, com isso, discutir o controle de constitucionalidade a partir da preocupação com a efetividade da Constituição.

O Direito Constitucional em nosso país, de uns tempos para cá, felizmente tem sido compreendido como saber tecnológico. Está aí, portanto, não apenas para se apresentar como um modelo de fotografia da realidade, mas como um saber instrumental, como ocorre, por exemplo, com o direito civil ou o direito processual civil. É um direito que nasce

\*Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Faculdade do Brasil, Doutor em Direito Constitucional.

como filosofia política ou da filosofia política, que se confunde durante um certo tempo com a ciência política, especialmente de matriz institucional, um saber que muitas vezes confundiu-se, especialmente no Brasil, com uma historiografia com a memória das vicissitudes políticas pelas quais passou o nosso país. Esse direito, especialmente a partir da Constituição de 1988, acaba por se sofisticar, se consolidar definitivamente e se inscrever entre os saberes jurídicos de natureza tecnológica.

Por isso, eu disse no encontro do ano passado e reitero agora: em 1988 ganhamos uma Constituição. Doze anos depois, temos um saber jurídico sofisticado no Brasil, obra das várias escolas de Direito Constitucional que se espalham pelo País inteiro. O que nos preocupa hoje é que, se temos saber constitucional, talvez não tenhamos mais a Constituição, pelo menos tal como ela se apresentava em 1988.

A questão da erosão da normatividade constitucional, o problema da banalização do discurso constitucional, a progressiva mudança das regras constitucionais, o revisionismo reiterado do Direito Constitucional, isso tudo, de alguma maneira, nos preocupa. Mas a verdade é que a Constituição e o Direito Constitucional assumem, nos dias de hoje, uma dimensão absolutamente singular. Talvez, para que nós possamos compreender a importância do Direito Constitucional nesta sociedade pós-moderna, pelo menos em parte, neste país tão diferenciado, nesta sociedade fragmentada, seja necessário que busquemos um olhar diferente. Talvez, nos dias de hoje, não possamos mais descrever o direito como ordem. Talvez o que tenhamos seja exatamente o caos, um desordem, que será transformada pelo operador jurídico. Ou seja, a metáfora kelseniana talvez tenha sentido – e tem sentido – num determinado momento da história jurídica. Mas talvez hoje a metáfora orbital consiga melhor explicar o papel da Constituição e do Direito Constitucional. Isto é, a Constituição não é simplesmente um conjunto normativo residente no vértice da pirâmide jurídica. Na verdade, se a Constituição é isso, é também muito mais. Talvez possamos dizer

que a Constituição hoje seja o centro, o centro em torno do qual giram várias ordens normativas fragmentadas, atraídas por uma gravidade, estraçalhadas, envolvendo inclusive um processo de inflação normativa. É exatamente essa gravidade que consegue fazer com que nós possamos compreender o papel da Constituição. Eu diria, portanto, que a Constituição, por um lado, ocupa o lugar de centro, dando unidade a um direito dilacerado que haverá de ser construído pelo operador jurídico. Assim, a ordem deixa de ser algo natural e passa a ser construída pelo operador jurídico, pelo seu trabalho hermenêutico, pelo seu trabalho de aplicação, trabalhos que haverão de ser desenvolvidos certamente a partir da Constituição. Portanto, a Constituição, de alguma maneira, acaba por se apresentar como uma espécie de fio de ouro capaz de costurar os fragmentos do tecido dilacerado da ordem jurídica ou, se preferirem, da desordem jurídica, que haverá de se fazer ordem jurídica após o trabalho do profissional do direito.

Mas a Constituição é um conjunto normativo, sem dúvida, que reside em posição hierárquica superior. Ninguém duvida disso. Ela passa, muitas vezes, a substituir inclusive o papel da teoria geral do direito, porque, hoje, os civilistas, os comercialistas, os penalistas abordarão os seus temas a partir da perspectiva do Direito Constitucional. Não se trata de um panconstitucionalismo. Trata-se da Constituição ocupando exatamente a posição de centro, e nesta circunstância temos de entender que ela é muito mais do que um simples conjunto normativo residente em lugar hierárquico preeminente. A Constituição é tributária da razão iluminista. Não é ordem, mas é razão ordenante, razão esta que impõe que uma ordem seja feita pelo operador jurídico. A Constituição é, certamente, um projeto existencial, que dirá para os brasileiros quais são as regras que dão algum sentido à sua existência e a sua trajetória existencial. Ela é, também, resposta a um passado, um processo, pois está sendo construída e reconstruída todos os dias pelos atores jurídicos, pelos operadores jurídicos e também pelos cidadãos.

Todos são intérpretes da Constituição, já dizia Peter Hall. A Constituição é, então, uma condensação de relações de forças, porque é a partir desse fenômeno que surgem as disposições normativas. A Constituição, por outro lado, é razão utópica, no sentido de que anuncia a possibilidade de um mundo novo. Ela nos diz, afinal de contas, para onde em que direção devemos prosseguir. Portanto, por um lado é um discurso que, pacificamente, absorve o conflito e, por outro lado, ilumina a trilha, para dizer por onde devemos seguir. A Constituição brasileira, nesse particular, é muito simples. Nós, brasileiros, nos organizamos com base em princípios e termos objetivos. A partir destes princípios e buscando estes objetivos, proclamam-se os direitos. A concretização desses princípios, desses objetivos e desses direitos exige uma estrutura, uma ossatura institucional que nós normalmente chamamos de Estado.

Portanto, temos de entender que, no contexto da Constituição Federal de 1988, - e aqui não falo a partir da ciência política, da filosofia política, da história, mas falo do ponto de vista do saber constitucional -, o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isso que o Legislativo legisla. É para isso que o Ministério Público atua, é para isso que o Judiciário julga, é para isso que o Executivo administra. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando - é isso que nós precisamos ter em mente.

Com efeito, o Estado, em nosso país, do ponto de vista do Direito Constitucional, é instrumento que se presta para a concretização dos princípios, objetivos e, especialmente, dos direitos fundamentais. Com isso, eu estou a dizer que a Constituição dá um sentido para a nossa existência e para a nossa

ação histórica. Somos uma comunidade que busca certamente a criação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Esta, portanto, é a vereda que haveremos de seguir. Assim, podemos dizer que a Constituição Federal define alguns aspectos e retira do debate político uma série de outros. Ela, que tem uma dimensão política, tem outra dimensão que é despoliticadora, quer dizer, isto que está definido politicamente a partir de agora é direito e, como questões nucleares, estão e haverão de estar fora do debate político, porque são princípios fundamentais, porque são objetivos fundamentais, por que são cláusulas pétreas ou por que são direitos fundamentais. O papel da política, nesta circunstância, é decidir "o como", porque "o que" já está definido pela Constituição. "O como", de que maneira nós haveremos de concretizar o direito à proteção da saúde, à habitação, o princípio da dignidade humana. De que maneira o Estado produzirá políticas públicas em defesa dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, as questões essenciais fora do debate político, "o que", diz respeito ao papel do Estado, "o como" diz respeito à política que se faz dentro do Estado. Aqui, os socialistas terão uma visão a propósito do papel do Estado, os liberais terão outra. Todavia, o papel do Estado é este que está definido constitucionalmente. O "como" poderá mudar, isso faz parte do livre jogo e do mercado político; mas "o que" está absolutamente definido no texto constitucional. Os nossos governantes, juízes e membros do Ministério Público precisam estar conscientes do seu papel como cidadãos exercentes também de poder.

É nesse contexto, portanto, que podemos dizer que nos últimos anos, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, três foram as grandes batalhas pelas quais passamos.

A primeira foi a luta pela plena efetividade da normatividade constitucional, especialmente na parte que trata dos direitos fundamentais. Nós sempre tivemos, na tradição republicana brasileira, lamentavelmente, um discurso da eficácia seletiva das normas. No campo do Direito Constitucional, nós tínhamos, portanto, a possibilidade da reprodução dessa

experiência. Com efeito, de acordo com esse discurso, por um lado, os direitos fundamentais de uma geração, aqueles supostamente exigentes de uma abstenção do Estado — e sabemos que isso não existe — porque o Estado deve desenvolver políticas públicas para a defesa dos direitos fundamentais — desafiavam efetividade, são eficazes. Quanto aos demais, por outro lado, esses certamente são meras normas programáticas, não são verdadeiros direitos. Não há, portanto, uma obrigação relacional, não há como possamos dizer quem é o obrigado, nem sequer a Constituição disse o como, de modo que um certo discurso estava pronto para justificar a seletividade eficaz da Constituição de 1988. É evidente que todas as normas constitucionais produzem eficácia e que todas elas produzem diferentes eficácias. Todavia, o que não podemos é, de antemão, descartar a possibilidade da produção de eficácia de determinada parte da Constituição simplesmente porque esta parte toca os interesses das classes que evidentemente não dispõem de poder político importante num jogo republicano.

Portanto, a primeira grande batalha dos operadores jurídicos brasileiros no campo do Direito Constitucional foi a de produzir a defesa intransigente da plena eficácia da Constituição, evidentemente defendendo, inclusive, a eficácia nos limites das possibilidades das disposições contidas na Constituição. Isso significava, portanto, uma nova postura dos operadores jurídicos, uma interpretação com boa vontade, sem malícia; uma interpretação prospectiva e não retrospectiva; uma interpretação com a mentalidade pós-1988 e não com a mentalidade pré-1988. Era um trabalho que dizia respeito a um compromisso de natureza científica, a um compromisso com a cidadania, e também a um compromisso pedagógico, no sentido de mudar mentalidades. Essa batalha, evidentemente, durou algum tempo, avançou de maneira surpreendente e, lamentavelmente, em determinado momento, a luta se arrefeceu porque os ventos do neoliberalismo estavam assolando o nosso país. Tratava-se, a partir daquele instante, não simplesmente de defender a plena efetividade

Constituição, mas de defender a Constituição ela mesma, porque ela mesma corria perigo em suas bases em virtude do crescimento do discurso neoliberal.

O segundo grande momento nos últimos anos coincide com aquilo que chamamos de viragem paradigmática dos direitos fundamentais. O que ocorreu antes em outros países ocorreu no Brasil depois da Constituição de 1988. Podemos dizer com toda a tranquilidade que, em termos de Direito Constitucional, o que outros povos fizeram em cinquenta anos nós fizemos em doze. A viragem paradigmática dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais que haveriam de estar aí, nos termos da lei, os direitos fundamentais que não estavam à disposição desde logo do Poder Judiciário ou mesmo dos cidadãos, que, portanto, não poderiam ter acesso direto a esses direitos fundamentais, pois bem, o Direito Constitucional concede os direitos fundamentais como dotados de eficácia imediata, o que significa dizer que eles podem ser, desde logo, invocados pelos particulares perante o Poder Judiciário; que a lei, nessas circunstâncias, poderá eventualmente “discipliná-los”, “regulamentá-los”, para efeito de melhor otimizar a sua eficácia, tendo em conta a eventual possibilidade de ocorrência de colisão de direitos fundamentais. Nada mais do que isso. A idéia de que os direitos fundamentais serão aplicados nos termos da lei sofre uma *viragem* e, a partir daí, tem-se que as leis é que haverão de ser editadas nos termos dos direitos fundamentais, ou seja, nós, no mundo ocidental, que sempre entendemos que a lei era a absoluta bandeira de segurança e proteção dos direitos, passamos a relativizar esse discurso, porque aprendemos, com o século XX, que a lei pode ser também instrumento de opressão, de introdução de agressões aos direitos fundamentais. Assim, o legislador, que nasceu para tutelar os direitos fundamentais, porque a lei, abstrata, genérica e impessoal seria um veículo ótimo para a proteção da liberdade — e no caso da consciência burguesa, também da propriedade —, pode também oprimir.

Nesse contexto, portanto, é que afirmamos que a lei é que deve ser editada nos termos dos direitos fundamentais.

O legislador está absolutamente vinculado aos direitos fundamentais, da mesma forma que o Poder Judiciário, que o Ministério Público, que a Administração Pública, e assim passamos a entender - o que é extraordinário na história recente da República brasileira - que os direitos fundamentais não são concessão, que não estão à disposição do Estado, que não são aquilo que o Estado diz. Pelo contrário, este, sim, está à disposição dos direitos fundamentais para buscar a sua plena concretização. Os direitos fundamentais não são instrumento do Estado; este, sim, é instrumento dos direitos fundamentais, e é esta viragem paradigmática que importa uma mudança completa na mentalidade brasileira a propósito da matéria. Essa, portanto, foi a segunda batalha.

A terceira batalha é aquela que diz respeito ao apelo ao juiz contra o legislador. É um reflexo da segunda batalha, e nesse contexto vimos, no mundo ocidental, a emergência dos Tribunais Constitucionais. Isso evidentemente é também o que ocorre no Brasil, com o fortalecimento do Poder Judiciário. O Constituinte de 1988 acredita no Judiciário. Surgem, desta forma, novas técnicas que permitem ao Judiciário fulminar os atos normativos ou não normativos do Poder Público que estejam em desconformidade com os direitos fundamentais.

Aqui se coloca o problema da legitimidade do Judiciário. No entanto, podemos dizer que o juiz, neste caso, é um delegado do poder constituinte, é o juiz não dos interesses da maioria, mas dos interesses permanentes da república; e, então, é também um poder contramajoritário. Ele pensa a longo prazo, não a curto prazo. Ele não pensa na conjuntura nem na contingência, mas no arcabouço constitucional, impondo limites em nome do poder constituinte. É uma questão extremamente delicada, mas eu diria que essas são as respostas provisórias que nós temos.

Passo agora à conclusão da minha apresentação. O que eu tenho a dizer nesse contexto? É que, talvez, o estudo dos procedimentos, das técnicas de controle de constitucionalidade, seja extremamente importante; mas no tempo em que estamos

viver, também importante é a produção de uma mentalidade constitucional capaz de levar a termo as exigências da Constituição brasileira de 1988. E aqui talvez possamos dizer que é fundamental fazer ciência do Direito Constitucional, mas também é importante fazer pedagogia do Direito Constitucional. E aqui entra o grande momento da crítica ao saber jurídico da razão do Estado.

O saber jurídico da razão do Estado é aquele que procura justificar as atuações do Poder Público. O Estado age e o Direito Constitucional justifica a sua atuação. Este é um saber jurídico tradicional que põe em risco os direitos fundamentais. Ao lado do saber jurídico constitucional da razão do Estado, talvez seja o caso de desenvolvermos uma nova dogmática constitucional que nós poderíamos chamar de dogmática constitucional emancipatória. Ela é, ao mesmo tempo, dogmática (porque é a tecnologia do saber jurídico), crítica (porque põe em questão os fundamentos e os pontos de partida), principiológica (porque leva a sério os princípios constitucionais), personalizadora (porque tem como ponto de partida o homem, o cidadão, e não o Estado. O homem não é instrumento do Estado, mas este, sim, é instrumento do homem), pós-positivista (porque questiona os dogmas do positivismo), e, por fim, emancipatória (porque acredita nas potencialidades do ser humano e na realização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana).

Eu diria que este é o grande desafio que nós temos nesse início de século XXI: produzir a ciência, mas também trabalhar com coração e mente. Um direito comprometido como os direitos fundamentais não é feito só de técnica; é feito por homens, homens que precisam ter cultivado o coração e a mente.