

TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DESAFIOS CONSTITUCIONAIS DE HOJE E PROPOSTAS PARA OS PRÓXIMOS TRINTA ANOS

THIRTY YEARS OF THE FEDERAL CONSTITUTION: TODAY'S CONSTITUTIONAL CHALLENGES AND PROPOSALS FOR THE NEXT THIRTY YEARS

LUIZ EDSON FACHIN

Ministro do Supremo Tribunal Federal.
gabineteedsonfachin@stf.jus.br

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Ainda na década de 1960,¹ o Ilustre Ministro Aliomar Baleeiro publicara o livro *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. O título da obra tencionou sugerir duas características institucionais do órgão à época: (i) a função de garantidor dos direitos e das liberdades individuais; e (ii) a incapacidade do STF de afirmar-se como Poder político em pé de igualdade em relação ao Legislativo e ao Executivo.

Passados quase cinquenta anos da apresentação à comunidade jurídica dessa literatura seminal, o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal em determinadas ocasiões da vida pública brasileira e a plêiade de poderes jurisdicionais derivados diretamente da Constituição Federal deram condições para a colocação do Poder judicante, notadamente o STF, em paridade independente e harmônica aos demais poderes da União e dos Estados.

A exposição dos julgamentos e dos membros da Corte em intensidade inédita no direito comparado, em conjunto com a incorporação do controle de constitucionalidade à gramática dos conflitos políticos, colocou o Supremo Tribunal Federal em uma posição central na esfera pública a partir da

-
1. Palestra proferida pelo Min. Luiz Edson Fachin no evento *Trinta anos da Constituição Federal: desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos*, no dia 6 de novembro de 2018, em Brasília/DF.

promulgação da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, passou-se do desconhecimento perante a população para uma situação de protagonismo em diversas searas sociais.

A meu modo de ver, com esteio em obra doutrinária de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder², observa-se uma expansão global do Poder Judiciário que se traduz em transferência de poder político das instituições representativas e majoritárias ao Estado-Juiz, à luz da centralidade do processo de constitucionalização do Direito e da consagração da supremacia constitucional em ambiente democrático.

Em sentido amplo, trata-se de judicialização da política. Em consonância ao pensamento de Ran Hirschl, há três acepções básicas a respeito desse fenômeno.³ Em primeiro lugar, há uma submissão progressiva de relações sociais à gramática jurídica, por conseguinte os discursos e instrumento legais passam a abarcar cada vez mais conflitos e searas sociais.

No campo do procedimentalismo, a judicialização da política também significa um “Governo com juízes”, e não de juízes, em que a função do exercício jurisdicional é promover direitos fundamentais e limitar os poderes majoritários. Nesse contexto, o desenvolvimento de mercados econômicos globalizados exige uniformização legal e regulação administrativa, de maneira a criar suporte estrutural à mobilização legal.

Por fim, em um sentido mais vertical, a judicialização da política denota processo de superação de conflitos sociais relacionados a desacordos morais razoáveis e de engenharia política do Estado por intermédio do Judiciário. Define-se, ao fim e ao cabo, no curso do processo judicial e por força de hermenêutica jurídica o que é o político. Categoriza-se esse conceito nas hipóteses de zelo do processo eleitoral, transição de regimes políticos, justiça restaurativa em termos coletivos, construção do Estado e prerrogativas do Executivo no tocante à conjuntura macroeconômica e à segurança nacional.

Sendo assim, para efeitos dessa conferência, lidar com a constitucionalização do direito na jurisdição do STF significa haurir da realidade brasileira essas duas situações correlatas, isto é, a judicialização da política e a constitucionalização do direito, sob pena de transladar responsabilidade para o plano atitudinal, reconhecível pelo ativismo judicial, os efeitos de modificações estruturais da

2. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1997.

3. HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. In: *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-753, 2006.

organização política dos Estados Democráticos de Direito hodiernos. Conforme o pensamento de Roberto Gargarella, a efetividade dos direitos fundamentais está umbilicalmente ligada à “Sala de Máquinas da Constituição”⁴.

Nessa linha, o tratamento jurisprudencial referente à constitucionalização tópica do ordenamento jurídico conferido por parte do Supremo Tribunal Federal em julgamentos paradigmáticos reflete uma resultante necessária de alteração da natureza jurídica do Estado de Direito em “Estado de Direitos”, na feliz expressão de Paulo Bonavides⁵, em que os direitos fundamentais ocupam posição central no sistema jurídico.

Feitas essas clarificações e correlações conceituais entre judicialização da política, ativismo judicial e constitucionalização do direito, verifica-se quanto a essa última categoria que a redemocratização brasileira e a promulgação da Constituição da República em 1988 representaram alteração no estatuto epistemológico da ciência jurídica, papel da jurisdição constitucional e dimensão substancial tanto das condições de validade das normas quanto da própria democracia.

Segundo Riccardo Guastini, no âmbito de estudo sobre o caso italiano, a constitucionalização do direito consiste em um conjunto de transformações gradativas nas quais a ordem jurídica torna-se impregnada pelas normas constitucionais e o altiplano constitucional passa a condicionar a legislação, jurisprudência, doutrina, ação dos atores políticos e até as relações sociais.⁶

Com base na imagem de ubiquidade constitucional, Daniel Sarmento acredita à constitucionalização do direito duas facetas: (i) questões previamente postas sob a alçada do legislador ordinário passam a receber tratamento pelo Poder Constituinte, retirando uma série de decisões fundamentais do alcance das maiorias legislativas ocasionais; e (ii) os princípios e valores da Constituição penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma releitura ou uma filtração do Direito à luz das normas constitucionais.⁷

4. GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 7.

5. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 584 e ss.

6. GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano. Trad. José Maria Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 3. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 75-98.

7. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A Constitucionalização*

Na esteira de Guastini, Josep Aguiló Regla reflexiona sobre a ressignificação das fontes do direito vaticinando às sete condições necessárias ao processo de constitucionalização do direito: (i) a presença de uma constituição rígida que incorpora direitos fundamentais na ordem jurídica; (ii) garantia da jurisdição constitucional; (iii) força normativa da Constituição; (iv) interpretação de matiz substantivo-teleológica da ordem constitucional; (v) aplicabilidade direta das normas constitucionais; (vi) interpretação das leis conforme a Constituição; e (vii) produção de uma forte influência por parte da Constituição nos debates e processos políticos.⁸

Por evidente, o processo de constitucionalização do direito brasileiro tem recebido achegas do Supremo Tribunal Federal no afã de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, como se depreende de uma análise, a partir de ramos jurídicos, a que se passa a desenvolver.

No âmbito do direito administrativo, a tensão entre a eficiência e a legitimidade democrática aflorou na Administração Pública, progressivamente mais preocupada com resultados. A ascensão da Constituição gera a convação da legalidade em juridicidade administrativa, transformando o eixo de fundamentação do Poder Público. Na compreensão iterativa do Supremo, os princípios da Administração Pública possuem aplicabilidade direta e densidade suficiente para regular o agir dos agentes administrativos.

Por isso, no âmbito da ADC 12, de relatoria do Ministro Ayres Britto, e do RE 579.951, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ambos julgados em 20.08.2008, assentou-se a proibição do nepotismo, independentemente de lei formal, pois o comando normativo é extraído da própria moralidade administrativa.

Na seara tributária, compreende-se do Texto Constitucional um rol de direitos fundamentais do contribuinte conjuntamente à imperativa repartição de competências e receitas tributárias, por sua vez salutar ao federalismo fiscal brasileiro. Nas relações entre Fisco e contribuinte, almeja-se construir um sistema tributário nacional cuja legitimidade resida no equilíbrio entre eficiência e justiça fiscal, o que necessariamente perpassa por uma horizontalidade entre Estado e sociedade, haja vista que o tributo como exercício de poder de império,

do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116-122.

8. REGLA, Josep Aguiló. *Visión de Josep Aguiló Regla.* In: REGLA, Josep Aguiló; VIGO, Rodolfo. *Fuentes del derecho.* Buenos Aires: Astrea, 2018.

sem maior legitimação democrática, torna-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Por conta disso, erigiu-se ao rol de limitações materiais à reforma constitucional, denominadas cláusulas pétreas, conforme previsto no art. 60, § 4º, da Constituição, referidos direitos fundamentais e garantias institucionais dos entes federativos, notadamente na ADI 939, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, j. 15.12.1993. Convém lembrar excerto da ementa desse julgado, por ser de singular relevância ao controle de constitucionalidade:

“[u]ma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição.”

No âmbito do Estado punitivo, o Supremo Tribunal Federal é convidado diuturnamente a compatibilizar dois grandes desafios, o cristalino garantismo penal direcionado aos cidadãos, após experiência ditatorial, e a incidência do princípio republicano nesse escopo, rompendo com a seletividade de nosso aparato estatal persecutório. Isso porque é inarredável o objetivo de construção de uma sociedade livre e igual, sem marginalização social nem tolerância passiva às desigualdades sociais.

Foi nesse sentido que o STF compreendeu em diversas ações diretas de inconstitucionalidade movidas pela Ordem dos Advogados do Brasil, entre as quais a ADI 4.798, com redação para acórdão do Ministro Luís Roberto Barroso, julgada em 04.05.2017, na qual se fixou a interpretação segundo a qual

“[...] é vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra o Governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo.”

O Direito Processual Civil também não passou incólume à constitucionalização do direito, tendo em conta que se passou da teoria da relação jurídica processual a um modelo constitucionalmente adequado de processo civil, informada por princípios cardiais como o devido processo legal nas dimensões substantiva (razoabilidade das leis) e processual (acesso à ordem jurídica justa). Nesse sentido, veio a lume a Súmula Vinculante 21 segundo a qual “[é] inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. Da mesma maneira, está disposto que

“[...] [v]iola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (Súmula Vinculante 10 do STF).”

Ademais, por compreender que as relações trabalhistas possuem uma matriz constitucional de cunho protetivo ao trabalhador, tenho adotado inflexão crítica aos esforços de flexibilização das garantias fundamentais dos trabalhadores, a despeito de reconhecer o intento de modernização do universo laboral. É o que ocorreu na ADI 5.794, de minha relatoria originária e com redação para acórdão do Ministro Luiz Fux, julgada em junho de 2018, acerca de dispositivo da Reforma Trabalhista a respeito da contribuição sindical compulsória. Considerei na ocasião que o sindicalismo brasileiro está pautado em três pilares fundamentais: a unicidade sindical, a representatividade compulsória e a contribuição sindical. Assim, por infirmar um desses arrimos sem fórmula de transitoriedade, a decisão do legislador arrostou o desenho constitucional originário. A retirada abrupta de condições materiais de funcionamento dos sindicatos fragiliza a confiabilidade social da máxima prevalência do negociado em face do legislado.

Com a mesma racionalidade jurídica, compreendi, no último agosto, no bojo do RE 958.252, de relatoria do Ministro Luiz Fux, e da ADPF 324, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que a terceirização de todas as atividades empresariais, sem discrimen ou amparo legal, não condiz com a dignidade do trabalho positivada na Constituição da República.

Em movimento de desfecho à presente conferência, permitam-me, por minha formação acadêmica, deter-me com mais vagar nas peculiaridades emanadas da emergência do Direito Civil Constitucional. Com o advento da Constituição da República de 1988, operou-se a já referida filtragem constitucional na legislação civil, incluído o vetusto Código Civil de 1916, visto a necessidade inadiável de atualização axiológica de suas categorias jurídicas.

Do mesmo modo, incorporou-se na ordem constitucional uma série de direitos fundamentais corolários do princípio da dignidade humana no que diz respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, posse e propriedade, vínculos familiares, responsabilização civil, complexos contratuais. Conforme bem explanado pela E. Ministra Cármen Lúcia, na condição à época de Presidente do STF em maio passado, a constitucionalização do direito civil veio a garantir a todo ser humano a expansão de seus direitos e manutenção da igualdade, respeitando-se o que cada um é e quer ser, bem como de conviver com o diferente.

Dediquei-me a esse propósito em minha atuação acadêmica e profissional, isto é, a um projeto de parcela dos civilistas de minha geração a converter

dogmáticamente sujeitos de direito em pessoas humanas, funcionalizando os institutos e categorias do direito civil à realização de valores constitucionais. Como bem articulado por Gustavo Tepedino, do próprio conceito de ordenamento jurídico tornou-se imprescindível a aplicação direta das normas constitucionais também nas relações privadas, com a finalidade de preservação da unidade e complexidade do direito.⁹

No Supremo Tribunal Federal, não é viável descurar-se do RE 201.819, com acórdão redigido pelo Ministro Gilmar Mendes, em que a Segunda Turma desta Corte julgou na data de 27.10.2006 a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A controvérsia versava sobre exclusão de sócio dos quadros da União Brasileira de Compositores levada a efeito sem oportunizar réplica às alegações e produção de provas. Decerto, o relacionamento entre os associados é regido por estatutos privados, que pressupõe a simetria entre as partes e autorregulação da associação. No entanto, a maioria do órgão fracionário entendeu que há vinculação imediata dos indivíduos, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados na Constituição.

Essa diretriz serviu para diversos casos processados e julgados no STF. Destaco a ADI 4.815, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada em 10.06.2015, na qual se avaliou a constitucionalidade de autorização prévia do biografado para veiculação de biografia, sob pena de recolhimento das obras e culminação de multa. Por unanimidade, o Tribunal Pleno decidiu conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil. A Ministra Relatora bem afirmou que “a eficácia dos direitos fundamentais é tida como extensiva ao Estado e também aos particulares, que não podem atuar em desrespeito às garantias estabelecidas pelo sistema constitucional”.

Nessa linha de precedentes, na condição de Relator, firmei convicção na ADI-MC-Ref 5.357, julgada em 09.06.2016, no sentido da constitucionalidade da Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência e obrigou escolas particulares a se adaptarem à inclusão dessa significativa parcela da população na atividade educacional regular. Isso porque considerei a assunção por toda sociedade de “compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição”, assim as escolas “particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui”.

9. TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 313-315.

Por tudo isso, compreendo que o Supremo Tribunal Federal avança bem nessa missão de uma vida, traduzível na centralidade jurídica da pessoa humana nas esferas públicas e privadas, com esteio no projeto de comunidade política fundada na Constituição da República.

No entanto, parecem muito oportunas nessa quadra histórica as colocações de Otavio Luiz Rodrigues Jr. a respeito da necessidade de preservar-se o estatuto epistemológico do Direito Civil e rechaçar-se a utilização inadequada de princípios e de valores próprios do universo público como fatores de correção do Direito Civil. Segundo o autor citado,

“[...] [a] posição aqui sustentada diz respeito a problemas de caráter epistemológico, da falta de rigor e de coerência no desempenho do papel (essencial) dos doutrinadores e na renúncia às soluções dos problemas jurídicos com base em respostas que o Direito Privado pode e tem condições de oferecer.”¹⁰

O diálogo entre o ramo civilista e o Direito Constitucional é irrefreável e salutar, contudo não pode ser imperialista de uma parte ou de outra. Quanto a isso, o Supremo Tribunal Federal está e deve remanescer atento em seu comportamento institucional e argumentação jurídica. Em observância ao título do congresso, trata-se de um dos desafios constitucionais de hoje e fonte de propostas para os próximos 30 anos.

Obrigado a todos pela atenção e nosso desejo de inspiração nesse evento único de celebração aos 30 anos da Constituição da República de 1988!

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direitos fundamentais e direito privado – Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro, de Ingo Wolfgang Sarlet – RDCC 12/63-88 (DTR\2017\5685).

10. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na Tradição de *Civil Law* em face do Neoconstitucionalismo e dos Princípios. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, jul.-dez. 2010. p. 46.