

Nos últimos 20 anos, direitos fundamentais alavancaram no Supremo

19/12/2015

O Supremo Tribunal Federal deve ser o Supremo Tribunal dos Direitos Fundamentais. A troca propõe deslocamento do paradigma de uma Corte essencialmente compromissada com o pacto federativo para o paradigma de uma Corte intrinsecamente comprometida com os direitos fundamentais. É sobre este fenômeno e suas possibilidades, ilustradas em alguns precedentes julgados pela Corte Suprema entre 1980 e 2015, que pretendo refletir nesta prestigiosa coluna do Observatório da Jurisdição Constitucional.

Antes de iniciar a análise que me proponho, afirmo, por honestidade metodológica, que a proposta reflexiva que faço aqui não é descritiva, mas propositiva, ou seja, não é hipótese deste artigo que o Supremo Tribunal de hoje já seja uma Corte informada pela dogmática jusfundamental, mas tenho convicção de que é este um caminho possível, desejável e já iniciado, o qual pode encontrar indícios relevantes na jurisprudência de casos notórios da Corte.

Como venho defendendo, o Estado de Direito é a consequência lógica do reconhecimento da força irradiante, dirigente e horizontal dos direitos fundamentais e da consolidação do constitucionalismo de raiz, ou seja, daquele que surgiu com as revoluções liberais, quando a principal aspiração social era pela liberdade, mas que não se esgotou nela, por também lutar até nossos dias pela igualdade, fraternidade, propriedade, busca da felicidade e outros tantos valores que a própria humanidade tratou de entender próprios para si.

O Supremo Tribunal dos Direitos Fundamentais, por sua vez, seria aquele que decide as questões que lhe são submetidas filtrando-as pela dogmática dos direitos fundamentais, o que implica comprometimento inescusável por parte da Corte com: i) uma postura hermenêutica jusfundamental; ii) os efeitos irradiantes, dirigentes e horizontais dos direitos fundamentais; iii) os diálogos interinstitucionais permanentes com o objetivo de elucidar, de forma colegiada, cooperativa e democrática, os âmbitos de proteção de tais direitos.

A hermenêutica jusfundamental impõe que o intérprete constitucional considere a Constituição como norma de eficácia imediata em todos os seus termos, o que implica que não há normas constitucionais figurativas e também que não se pode distinguir, por quaisquer critérios, as normas constitucionais de primeira e segunda categoria. Esse olhar hermenêutico, que reconhece a todas as normas constitucionais força normativa jusfundamental, significa, na prática, a máxima efetividade da Constituição. Toda concretização normativa, a partir desse modo de interpretar o ordenamento jurídico-constitucional, é também uma filtragem jusfundamental, pois o resultado em concreto da interpretação impõe a verificação da constitucionalidade jusfundamentada da solução proposta.

Prestigiam-se, assim, os efeitos irradiantes, dirigentes e horizontais das normas constitucionais jusfundamentais, reconhecendo-nas tanto como direitos subjetivos de dimensões individual,

coletiva e transindividual, como também Direito Objetivo, na qualidade de institutos, instituições e garantias institucionais. E assim sendo, os efeitos que a doutrina constitucional garante, há bastante tempo, à concretização dos direitos fundamentais típicos também passam a ser extensíveis a todas as demais normas constitucionais, as quais, nessa visão, também espelham, em alguma medida, dimensões jusfundamentais.

Todas as questões jurídicas, a partir do paradigma do Estado de Direitos Fundamentais, passam também a ser questões jusfundamentais, pois decorrem – seja em abstrato, seja em concreto –, da incidência irradiadora da concretização constitucional pelos diversos órgãos de Poder de nossa República Democrática. Todos os agentes políticos são igualmente responsáveis pela concretização diuturna, expansiva e irremediável da Constituição, o que certamente conduz a diálogos sobre direitos fundamentais, muitas vezes tensos e conflitivos, na dinâmica sócio-político e jurisdicional.

No Estado de Direitos Fundamentais, a Corte Suprema é em si mesma uma garantia institucional da Constituição e, conseqüentemente, dos Direitos Fundamentais. Se foi concebido, no século XIX, ainda na incipiente República brasileira, por influência do modelo norte-americano, como um Tribunal da Federação, certamente hoje, no século XXI, é percebido, pela sua importante e intensa atuação em temas jusfundamentais sensíveis, como um Tribunal dos Direitos Fundamentais.

Esse deslocamento não desmerece a importância jurídica e política do pacto federativo entre nós, mas, ao contrário, eleva o princípio federativo à importante categoria de garantia institucional das liberdades fundamentais, ou seja, de verdadeiro direito fundamental que pode ser invocado tanto sob a dimensão subjetiva (individual, coletiva e transindividual) quanto sob a dimensão objetiva (institutos e instituições garantes da opção federativa e seus consectários).

Entretanto, não há dúvidas de que a Corte Suprema brasileira deve estar ontologicamente informada mais pela dogmática dos direitos fundamentais do que pela dogmática federativa. Partindo da premissa de que o Estado de Direito, naquilo que o sustenta como modelo político desde as suas origens no século XVIII, está intrinsecamente associado aos direitos fundamentais, também é natural que a atuação da Suprema Corte, nesse contexto, seja igualmente vinculada aos direitos fundamentais.

Isso implica que as questões discutidas e decididas pela Suprema Corte sigam metódica jusfundamentadora que implica quatro passos essenciais: i) identificação dos direitos fundamentais presentes no debate, bem como sua classificação de acordo com as diversas posições que ocupam; ii) explicitação dos conflitos entre direitos fundamentais que estão evidenciados no caso; iii) apresentação de soluções para cada um dos conflitos, deixando claros os limites das restrições impostas aos respectivos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais envolvidos; iv) verificação e justificação discursiva, pela métrica da proporcionalidade, fazendo o juízo de adequação, necessidade e razoabilidade das soluções propostas.

Para identificar os direitos fundamentais que estão no caso, é imprescindível conhecer as tipologias classificatórias e construir narrativa que seja compartilhada pela comunidade

institucional a que o discurso se destina. Toda tipologia classificatória é também uma escolha do jurista e precisa ser justificada pelo compartilhar de horizontes entre quem fala e quem ouve, mas já há um avanço significativo na formação básica em direito constitucional no Brasil quanto a este ponto específico.

Já no que diz respeito ao esforço descritivo e argumentativo da explicitação dos conflitos entre direitos fundamentais presentes no caso, as deficiências na formação básica em direito constitucional já são mais sensíveis. O olhar do intérprete, neste particular, deve estar voltado para a dinâmica de restrições recíprocas que os direitos fundamentais naturalmente se impõem, e talvez este olhar não seja natural para aqueles que são formados no paradigma das contradições estáticas (resolvidas sob a doutrina clássica das antinomias jurídicas).

O terceiro passo – apresentação de soluções para cada um dos conflitos – exige esforço decisório mais vertical no que diz respeito à hermenêutica de direitos fundamentais. Aqui é necessário conhecimento sobre as opções teóricas (teoria liberal, teoria socialista, teoria democrática, teoria institucional, teoria social e teoria da ordem de valores) que informam a hermenêutica jurídica clássica para que ela seja adequada também à concretização de princípios jusfundamentais. A partir de um marco teórico definido é possível estabelecer o discurso e os argumentos mais convincentes para esclarecer os limites das restrições impostas em um ou outro direito fundamental.

Por fim, é imprescindível que se faça a verificação da compatibilidade das soluções propostas com o princípio do devido processo legal substantivo, ou seja, a submissão das propostas decisórias ao princípio da proporcionalidade. Neste particular, é necessário o esforço discursivo para demonstrar que as soluções encontradas são adequadas, necessárias e razoáveis para aquela situação concreta.

Assim sendo, já se faz possível afirmar que as controvertidas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais, especialmente neste século XXI, demonstram como esta Corte comprometeu-se, na toada das provocações da sociedade brasileira, com os temas jusfundamentais mais candentes. Diante dos casos notórios disponibilizados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal^[1] é possível traçar uma linha do tempo, bem como proceder à análise do conteúdo e do discurso jusfundamentais dessas decisões selecionadas pela própria equipe de documentação da Suprema Corte Brasileira.

A linha do tempo dos direitos fundamentais no rol de casos notórios julgados pela Suprema Corte brasileira tem início no ano de 1980, com o conhecido Mandado de Segurança 20.257-DF, julgado em 8 de outubro de 1980, o qual consagrou o direito fundamental subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo. Seguiram-se a este precedente diversos outros casos notórios sobre direitos fundamentais, dentre os quais destaco o Habeas Corpus 71.373-RS, julgado em 10 de novembro de 1994, em que foi debatido o direito à identidade genética em colisão com o direito à integridade física; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-DF, julgada em 4 de setembro de 1997, em que se discutiu o importantíssimo direito fundamental à proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa; o Habeas Corpus 82.424-RS, julgado em 17 de setembro de 2003, que conformou o âmbito de proteção ao direito subjetivo fundamental à não-discriminação, especialmente confirmando as ações tipificadas no

crime de racismo; o Recurso Extraordinário 201.819-RJ, julgado em 11 de outubro de 2005, no qual ganhou juridicidade a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pelo reconhecimento do direito fundamental à ampla defesa e contraditório nos casos de exclusão de sociedade civil sem fins lucrativos; o Mandado de Injunção 670, julgado em 25 de outubro de 2007, que inaugurou a eficácia positiva das decisões em mandado de injunção, definindo a legislação aplicável para o exercício do direito de greve dos servidores públicos; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-DF, julgada em 30 de abril de 2009, em que se discutiu o direito fundamental à liberdade de expressão e a vedação a qualquer tipo de censura prévia; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101-DF, julgada em 24 de junho de 2009, em que se discutiu o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em contraposição ao direito fundamental ao comércio de pneus reciclados ou remanufaturados; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.096-DF, julgada em 16 de junho de 2010, reafirmando o direito fundamental dos idosos ao transporte coletivo gratuito; o Habeas Corpus 106.212-MS, julgado em 24 de março de 2011, que tratava da proteção penal da violência doméstica contra a mulher, trazendo luzes para o direito fundamental de proteção integral à mulher e a vedação de qualquer forma de violência de gênero; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, julgada em 12 de abril de 2012, que discutiu a liberdade da mulher, sob as perspectivas sexual e reprodutiva, bem como a possibilidade de interrupção de gravidez de feto anencéfalo como uma consequência do direito fundamental à autodeterminação feminina tudo tendo como contraponto a proteção à vida do feto; o Recurso Extraordinário 571.969, julgado em 12 de março de 2014, discutiu a responsabilidade da União quanto aos prejuízos suportados em razão dos planos econômicos existentes no período objeto da ação, destacando o direito fundamental da empresa à segurança jurídica e à proteção de situação jurídica consolidada; e, por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.817-DF, julgado em 28.05.2014, em que foram debatidos os direitos políticos, especialmente o direito fundamental à criação de partidos políticos e os limites do âmbito de proteção do direito fundamental à filiação partidária.

Na sessão de encerramento do ano Judiciário de 2015, o Presidente do Supremo Tribunal Federal indicou os julgamentos que reputou mais relevantes, sob o ponto de vista do mérito. O Recurso Extraordinário com Agravo 652.777-SP, julgado em 23 de abril de 2015, cuidou do direito fundamental à publicidade e transparência, fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943-DF, julgada em 7 de maio de 2015, em que a garantia institucional do acesso à Justiça foi potencializada pelo reconhecimento da legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815-DF, julgada em 10 de junho de 2015, definiu o âmbito de proteção dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e pensamento, criação e produção artística, afirmando desnecessário o consentimento do biografado para a publicação das respectivas biografias; o Recurso Extraordinário 592.581, julgado em 13 de agosto de 2015, em que se discutiram direitos fundamentais como a vida, dignidade da pessoa humana, integridade física e saúde, acabou por fixar a tese de que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar o respeito à sua

integridade física e moral dos detentos, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-DF, julgada em 9 de setembro de 2015, em sede de medida liminar, em que se discutia o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, com especial ênfase para o reconhecimento do direito fundamental às audiências de custódia; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291-DF, julgada em 28 de outubro de 2015, para reconhecer o direito fundamental à igualdade de gênero e à proteção contra toda forma de discriminação pela opção sexual; o Recurso Extraordinário 581.488, julgado em 3 de dezembro de 2015, em que se debateu o direito fundamental à saúde, fixando-se a tese de que "É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes". Por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378, julgada em 17 de dezembro de 2015, em que se discutia sobre direitos políticos e o processo de impedimento do cargo de Presidente da República, a partir da filtragem constitucional da legislação sobre crime de responsabilidade, em relação ao rito de processo e julgamento do impedimento perante o Congresso Nacional, para assegurar todas as garantias constitucionais do devido processo legal também neste julgamento político.

De todos esses julgamentos, o que se conclui é que os casos destacados, pela notoriedade e relevância que possuem, já trazem fortes indícios de que o Supremo Tribunal é um Tribunal dos Direitos Fundamentais, porém, esta não é a realidade que pode ser observada, em termos estatísticos, no conjunto total de decisões do Supremo Tribunal Federal. Não se pode deixar de observar, entretanto, que há um significativo avanço para uma jurisprudência jusfundamental nas duas últimas décadas, o que atesta um incremento quantitativo e qualitativo no tratamento das questões constitucionais sob a ótica jusfundamental, comparativamente às décadas anteriores.

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).

[1] A lista está disponível neste [link](#).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-dez-19/observatorio-constitucional-20-anos-direitos-fundamentais-alavancaram-stf/>