

Resenha: «La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales», de César Landa

Leonardo Martins*

I. OBJETO DO ARTIGO, TESES E SÍNTESE DOS ARGUMENTOS DO AUTOR

A força normativa de uma Constituição em face das normas que definem os direitos fundamentais desempenha para o autor o papel de «instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento» (p. 17). Partindo de um conceito jurídico e político aberto de Constituição, sua força normativa haveria de ser engendrada por todos os operadores do direito e até mesmo pela sociedade civil.

Neste sentido, a força normativa enquanto instituto jurídico dinamizaria Estado e sociedade, apesar de inevitáveis tensões democráticas e antidemocráticas em torno de sua validade e vigência em prol da realização dos direitos fundamentais como ordem jurídica objetiva pautada em valores, princípios ou instituições que, como tais, fatalmente se chocam entre si, mas que podem ser harmonizados pela técnica da ponderação que respeite o núcleo ou «conteúdo essencial» do direito.

O instrumento de defesa da ordem constitucional historicamente constituído e chamado força normativa se opõe ou, pelo menos segundo a clara opinião do autor, é distinto do decisionismo normativista positivista ou histórico pautado na tradição. Por trás da ingenuidade de se pensar que a norma se reduziria ao seu

* Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) e doutor (*doctor iuris* - *Dr. iur.*) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha; pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Univ. de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Univ. de Potsdam (*fellow* da Fundação Alexander von Humboldt); Professor da Univ. Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

texto está «una *decisión* subjetiva de las elites tradicionales» (p. 22) e, com isso, o conservadorismo típico de constituições nominalistas ou semânticas.

Nada obstante o reconhecimento de uma ordem objetiva de valores constitucionais, a crise contemporânea de legitimidade do Estado constitucional enseja a busca de «nuevas respuestas a la noción de Constitución» (p. 22). A dignidade da pessoa humana se sobreporia, tanto do ponto de vista ético quanto técnico, a qualquer tese do objetivismo, como o historicismo tão fundamentalmente atacado por Karl Popper. Neste ponto entra em cena a teoria culturalista de Constituição, amplamente defendida por Häberle, com a qual encerra o tópico que foi, com muita precisão, em face da linha teórica a ser seguida, intitulado «institucionalización de la fuerza normativa constitucional».

No segundo capítulo, o autor parte para a identificação e problematização dos elementos constitutivos da força normativa constitucional: supremacia e proteção dos direitos fundamentais, caracterizadas como as duas funções do Estado constitucional por excelência. A supremacia seria atualizada por intermédio de uma *interpretação constante da Constituição aberta*. Para uma correta delimitação da supremacia da Constituição como *norma normarum e/ou lex legis*, o autor analisa o próprio conceito de hierarquia normativa para, logo após, descrever o caráter peculiar da estrutura das normas constitucionais quando comparadas às demais normas.

No primeiro caso da hierarquia constitucional (pp. 23-26), localiza a superioridade hierárquica, vale dizer, a supremacia formal da Constituição, na expressão do poder constituinte originário que, no sistema democrático, representaria a fonte de legitimação do poder político e da ordem jurídica e material no conteúdo das normas constitucionais que expressariam os valores mais importantes, tanto em face da organização do Estado quanto da outorga dos direitos fundamentais. O reconhecimento teórico e prático da hierarquia, hoje óbvio, representou um longo processo, uma vez que «la Constitución no había sido entendida sino como una norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos». Este caráter meramente programático ou mesmo nominalista das normas constitucionais só pôde ser deixado definitivamente para trás após o fim da Segunda Guerra com a atuação do Poder Judiciário, com ênfase na atuação dos tribunais constitucionais nos países que adotaram o controle normativo concentrado. A transição histórica coincide com a crise do Estado liberal que concebia os direitos fundamentais tão somente como liberdades negativas direcionadas contra o Estado (*Abwehrrechte*) e que, na prática, reduzia a tutela dos direitos fundamentais ao princípio da reserva de lei ou à necessária observância pelo Estado

PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

(diga-se Poder Ejecutivo). Em contraposição a esta concepção individualista da liberdade, a força normativa só poderia ser desenvolvida como uma tomada de influência recíproca das normas hierarquicamente distintas, incluindo os tratados internacionais reconhecidos pela ordem interna que comporiam o chamado bloco de constitucionalidade.

O segundo aspecto relevante para a supremacia (pp. 26-28) seria a estrutura peculiar das normas constitucionais, que as distinguiria das normas infraconstitucionais. Com lastro em Carl Schmitt, o autor abre esse tópico levantando a necessidade de se identificar uma estrutura normativa que possa caracterizar a norma constitucional como norma jurídica dotada de força vinculante.

Após algumas classificações, a maioria delas com nuances que não serão aqui referidas, o autor distingue entre normas de organização e normas de conteúdo. É o que faz, tendo em vista o objetivo de superar o que chama de constitucionalismo positivista, cuja distinção normativa entre normas jurídicas e normas programáticas (sob as quais se subsumem principalmente os direitos sociais, econômicos e culturais) acarretaria notória desvalorização destas últimas, que perderiam qualquer força normativa. Trata-se aqui da adoção de uma dogmática jurídica compatível com a opção justeórica do autor pela teoria institucionalista dos direitos fundamentais a la Häberle. Com coerência, o autor parece optar também pela diferenciação estrutural-qualitativa de normas enquanto regras e princípios, tal qual propugnada por Alexy a partir da tradição anglo-saxônica sistematizada por Dworkin com a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios ou «mandamentos de otimização relativos às suas possibilidades fáticas e jurídicas».

Assim, a transição para o segundo – e para o autor notoriamente mais central – elemento da força normativa, i.e., a proteção dos direitos fundamentais, – se deu de modo lógico. O desenvolvimento da proteção dos direitos fundamentais sem dúvida é o indício mais eloquente da crescente força normativa da Constituição que o mundo ocidental experimentou nas últimas décadas. A experiência histórica de vários países denotou a necessidade de se proteger os direitos fundamentais «no de manera abstracta e intemporal; sino, como exigencias procesales concretas, tanto frente al propio Estado constitucional como frente a otra persona privada o particular» (p. 29).

Em face do Estado (pp. 29-36), o autor revisita a evolução dos direitos fundamentais como direitos de *status negativus* ou *libertatis* para direitos de *status positivus*, e destes para a configuração de uma ordem jurídica objetiva, repleta de deveres de proteção destinados a todos os órgãos estatais. Ao descrever o caminho desta evolução, o autor vai apresentando as insuficiências da teoria liberal individualista dos direitos fundamentais.

Em face de particulares (pp. 36-41), sob forte influência da doutrina e jurisprudência constitucional alemã, o autor defende a necessidade de se reconhecer o vínculo dos particulares, tendo em vista que a ameaça para a liberdade individual e para os valores jurídico-objetivos parte cada vez mais de grandes corporações cujo poder social seria semelhante ao Estado liberal. O Estado constitucional contemporâneo deve reagir adequadamente a tais ameaças, caso queira que o instituto da força normativa da Constituição continue em permanente desenvolvimento.

Em sede de conclusão (pp. 41-42), o autor apresenta seu prognóstico sobre a força normativa sob a epígrafe das «perspectivas» da força normativa. O desenvolvimento futuro da força normativa só será possível se o Estado democrático e constitucional também se desenvolver. Neste contexto, o papel dos cidadãos e das «forças vivas da sociedade» deve ser precipuamente assumir a defesa dos direitos fundamentais, no que residiria a especial vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). O autor lembra que «la fuerza normativa constitucional material avanza en la línea de controlar los excesos del poder». Papel proeminente teria, segundo o autor, o Judiciário, e no embate entre ativismo judicial e autolimitação judicial, a força normativa «se identifica antes con dicho activismo». Faz, entretanto, a importante ressalva: «pero habría que remarcar, de un activismo judicial ponderado, es decir limitado». O ativismo judicial «ponderado» reivindicado pelo autor teria o condão de identificar movimentos políticos conservadores e hipócritas que poderiam se valer do amplo e difuso discurso em torno dos direitos humanos («banderas») para dissimular a intenção oposta de violar despercebidamente os próprios direitos humanos.

II. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: DE HESSE À «DESPEDIDA DA DOGMÁTICA JURÍDICA» (SCHLINK) NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Partindo do conceito de força normativa da Constituição como viabilidade jurídica de um texto constitucional concretizar-se, tendo em vista a produção de normas de decisão, por si capazes de nortear os fatos políticos impondo rédeas ao processo da vontade de poder (*Wille zur Macht*), típico do sistema político, e, ao mesmo tempo, disciplinando a relação entre o Estado e todos os indivíduos submetidos ao seu poder, apresenta-se, aqui, alternativa aos fundamentos justeóricos institucionalistas e principiológicos que parecem ter inspirado a explanação do autor. Busca-se identificar, na contraposição entre a força normativa da Constituição já definida e

PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

a por Jellinek cunhada «*normative Kraft des Faktischen*» (força normativa dos fatos políticos), os contornos da efetiva vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), apontando seus pressupostos.

Em nenhum outro país a problemática da força normativa de uma Constituição restou tão premente quanto na Alemanha do pós-guerra (e pós-República de Weimar!). A conhecida aula inaugural de Konrad Hesse, publicada em 1959, revela o ponto central da problemática: *Como* impedir que a Constituição não seja puro reflexo das forças sociais (Lassalle) ou fruto de uma vontade política unilateral e decisionista (C. Schmitt) e sim capaz de colocar rédeas ao processo político, em prol de todos os submetidos à ordem política estatal?

A resposta parece ao mesmo tempo simples quanto capciosa, implicando riscos à democracia: O órgão ou os órgãos constitucionais responsáveis pelo controle normativo vinculante devem, ao defender a ordem constitucional vigente, enquanto «guardiões» da Constituição, propiciar o desenvolvimento de sua força normativa no ambicioso sentido exposto. As teorias institucionalistas (sobretudo de Häberle) e principiológicas (de Dworkin no sistema anglo-saxão e de Alexy no sistema germânico continental-europeu) acabam por ocultar – com suas respectivas defesas de um conceito culturalista ou aberto de Constituição e de uma otimização principiológica – que a decisão vinculante cabe, em última instância, a um órgão supremo do Poder Judiciário ou a uma corte constitucional considerada órgão constitucional. As nuances problemáticas das duas correntes serão abaixo sucintamente expostas. Neste momento cabe anotar que o *modus operandi* da solução de conflitos, decorrente das duas teorias, é a ponderação entre valores, interesses, institutos ou princípios jurídicos, tal qual perpetrada pelo competente órgão judicial. Porém, com base em que critério se procede a tal ponderação que pretende desenvolver a força normativa da Constituição? Em que medida a retórica da «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição» se sustenta em face do reconhecimento da competência recursal ou originária de um tribunal que em termos de controle normativo tem a última palavra? Será que basta a submissão das decisões ao crivo e estudo das comunidades jurídicas e políticas em geral, vale dizer, à sociedade civil esclarecida? Precipuamente em face dos dados educacionais formais dos países latino-americanos que revelam, com exceções pontuais, uma «incômoda verdade», será que tal concepção desenvolvida por constitucionalistas alemães e anglo-saxões com colaborações de doutrinadores europeus e latino-americanos pode ser importada sem ressalvas para contribuir com a força normativa das Constituições dos Estados latino- americanos?

O papel preponderante do Judiciário e das cortes constitucionais nos países que adotaram o sistema concentrado de controle normativo não é negado, porém vem sendo relativizado com teorias que preconizam uma abertura hermenêutica do texto constitucional que habilitaria os intérpretes da sociedade aberta a defendê-la (Häberle).

Essa proteção difusa parece, entretanto, ir ao encontro dos adeptos de um maior ativismo judicial em prol da construção de um legítimo Estado constitucional com alcance de todas as ambiciosas metas de constituições contemporâneas, como a promoção do bem de todos – com ênfase nas minorias –, a proteção ambiental, a consideração pelas gerações futuras etc.. A missão da corte constitucional seria catalisar os difusos anseios de todos os intérpretes, sedimentando-os em decisões alcunhadas em geral de progressistas.

Na perspectiva de autores ligados às mais variadas vertentes do que se conveniou chamar de neoconstitucionalismo, as muitas mazelas da democracia representativa seriam corrigidas desta forma. Não obstante as muitas notórias boas pretensões democráticas, há problemas que, nos limites desta resenha, só poderão ser indicados para futura discussão.

1. Problemas da teoria institucionalista dos direitos fundamentais

A teoria institucionalista dos direitos fundamentais, cujo maior representante contemporâneo na esteira de Rudolf Smend¹ ainda é Peter Häberle, não tem – a despeito de sua entusiasmada recepção por autores latino-americanos – o condão de descrever por si o que acontece na práxis judicial; também não tem como ser prospectiva em face de uma dogmática jurídica que contribua para com a força normativa das normas de direito fundamental.

Em primeiro lugar, a objetivação de todos os direitos fundamentais como instituições que, partindo de um núcleo ou conteúdo essencial, se desenvolveriam até interseccionar-se com outras instituições, confere ao operador a tarefa de identificar as limitações intrínsecas às instituições (*grundrechtsimmanente Schranken*).

1 Cf., por exemplo, o historicamente muito relevante *essay* de Rudolf SMEND («Das Recht der freien Meinungsäußerung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 4, 1928, pp. 44/73) sobre a interpretação da lei geral, no sentido do Art. 5 II GG, como limite da liberdade de expressão do pensamento do Art. 5 I 1 GG, não seguida pelo TCF alemão, que, ao institucionalizar totalmente a liberdade de expressão, praticamente ignora o seu conteúdo como liberdade negativa (*status negativus*) contra intervenções estatais.

PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

As dimensões jurídico-subjetivas dos direitos, entre as quais se encontra a função de resistência (ou defesa) às intervenções estatais, restam totalmente ignoradas. A consequência é uma postura de entusiasmo pela ponderação ou sopesamento entre os valores institucionais conflitantes (*Abwägungsenthusiasmus*)² e a negação do princípio de distribuição (Schmitt) segundo o qual o Estado deve justificar suas ações ou omissões e não o exercício da liberdade ser a priori avaliado.

Em segundo lugar, sob o aspecto metodológico, a orientação teórica institucionalista apresenta – como Schlink certa vez bem fundamentou – déficits claros e intransponíveis.³ Ocorre até mesmo um abuso de certos conceitos, como o da mutação constitucional, que é tratada como mutação de parâmetro (desconsideração de decisões do constituinte que seriam incompatíveis com a evolução da hermenêutica constitucional). No Brasil, essa orientação teórica levou, entre outros, Gilmar Mendes⁴ a defender a tese de que o art. 52, X da Constituição Federal Brasileira, que confere ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, é irrelevante por ter sofrido mutação constitucional, uma vez que essa competência deveria pertencer ao STF, segundo o citado autor, em razão do reconhecimento da suposta mutação constitucional ocorrida. Todavia, o risco, para o Estado constitucional, do reconhecimento de tais mutações que impliquem transferência de competência constitucional de um órgão para outro, é óbvio.

2. Problemas das teorias principiológicas

Há uma diversidade conceitual e teórica muito grande em torno dos princípios.⁵ A teoria principiológica contemporânea que mais logrou adeptos, especialmente no Brasil, é sem dúvida a teoria normativa de Alexy, segundo a qual, as normas

2 Essa crítica já ecoa desde a publicação da notável tese de doutorado de Bernhard SCHLINK: *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, pp. 128 e ss.

3 Bernhard SCHLINK: «Peter Häberle: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 109, 1984, pp. 143/148. Claramente crítico em face dos problemas metodológicos da teoria também: Bodo PIEROTH: «Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen. Zu vier kulturverfassungsrechtlichen Schriften Peter Häberle aus den Jahren 1979 bis 1982», *Der Staat*, vol. 22, 1983, pp. 394 e ss.

4 Até há pouco tempo era o presidente do STF. Cf. Gilmar Ferreira MENDES: «O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, Ano 41, n.º 162 abr./jun. 2004, pp. 149 e ss. Também disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf, último acesso em 01/06/2010.

5 Cf. a respeito a aprofundada análise de Humberto Bergmann ÁVILA: *Teoria dos princípios*, São Paulo, Malheiros, 2003.

de direito fundamental enquanto princípios são aplicadas como «mandamentos de otimização».

Como o próprio Alexy admitiu, tal teoria normativa representa uma tentativa de racionalizar a velha teoria axiológica dos direitos fundamentais, segundo a qual a *Grundgesetz* teria incorporado um sistema hierarquizado de valores.⁶ Tal tese foi veementemente impugnada, entre outros, por Carl Schmitt que chegou a alcunhar os valores de «tiranos», uma vez que não admitem relativização e compromisso com valores contrapostos.⁷ A tentativa de racionalização dos valores, transformados em princípios formais, não poderia, segundo Ralf Poscher, refutar pelo menos quatro incontornáveis objeções.⁸ Dentre elas, destaque-se seu reduzido potencial de efetivo controle de uma decisão de corte suprema ou constitucional. No lugar de uma dogmática geral dos direitos fundamentais, Alexy criou um «altamente complexo procedimento de ponderação entre princípios formais colidentes em cada caso concreto, sobre o qual só pode ser dito que ele exige a consideração de todas as circunstâncias relevantes. Na prática, portanto, ela [a teoria dos princípios] se reduziria à afirmação do positivismo judicial constitucional (*Bundesverfassungsgerichtspositivistische Affirmation*)».⁹

3. A «cruzada» das cortes constitucionais e sua crítica

Não resta dúvida de que uma corte constitucional, ou todo juiz, que tiver essa competência deve exercer seu poder de revisão a fim de realizar o controle normativo vinculante, que pode ter efeito cassatório e contra-majoritário, ou de reconhecimento de omissões legislativas. Alcinhar essa atuação como «ativismo judicial» só seria correto se sob ativismo se compreendesse uma gradação da

6 Cf. Robert ALEXY: «Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen», *Der Staat*, vol. 29, 1990, p. 55. Segundo ele, a teoria principiológica «pode ser vista como uma teoria axiológica que se livrou de hipóteses inconsistentes».

7 Carl SCHMITT: «Die Tyrannei der Werte», in SCHMITT, Carl et al.: *Die Tyrannei der Werte*, Hamburg, Lutherisches Verlagshaus, 1979, pp. 11/43.

8 Cf. Ralf POSCHER: *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 75 e ss.; e mais recentemente, com ainda maior acuidade, Ralf POSCHER: «Einsichte, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie», in Jan-R. SIECKMANN (org.): *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 59 e ss. Em língua portuguesa a crítica foi exarada também por Leonardo MARTINS: «Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos», in George Salomão LEITE (org.): *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo, Método, 2008, pp. 327 e ss.

9 Horst DREIER (org.): *Grundgesetz-Kommentar*, 2ª ed. Tº I (arts. 1/19), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 87.

PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

atividade de um tribunal, verificando-se o exagero, e não uma extrapolação de competências constitucionalmente firmadas. Há um claro risco – comum a todos os países democráticos – de os órgãos judiciais competentes para a realização do controle, na busca de defender a Constituição contra deliberações majoritárias do Legislativo ou omissões inconstitucionais deste Poder, eventualmente desrespeitarem a própria Constituição. É um dilema. Partindo do princípio da unidade da Constituição e ausência de hierarquia entre as normas constitucionais, parece que o único instrumento de um órgão judicial cioso de contribuir para com a força normativa da Constituição, e não para com a formação de uma aristocracia judicial, seja a autocontenção (*self-restraint*).

Um dos principais órgãos judiciais precursores do debate sobre o ativismo, e que alcançou uma espécie de «status de modelo internacional» em face de sua bem sucedida história, é o Tribunal Constitucional Federal alemão. A história de sucesso desse tribunal não tem como ser descrita nos limites da presente explanação. Importa aqui tão-somente lembrar que a preocupação de se pautar no direito constitucional vigente, não substituindo a expressão da vontade soberana implícita na *Grundgesetz*, foi uma constante.¹⁰

Seguramente até meados da década de noventa o TCF alemão criou uma jurisprudência tão consistente e coerente em torno dos direitos fundamentais que levou a doutrina constitucional a ser demasiado reativa em face da jurisprudência e não prospectiva no sentido de buscar seus próprios parâmetros e só então dialogar com a jurisprudência da corte constitucional. A crítica de Schlink, já formulada em 1989, restou bastante clara no título de seu conhecido artigo.¹¹ Teria ocorrido uma tomada de «poder» constitucional-científico pela corte em face da ciência do direito constitucional. O TCF teria, por assim dizer, «destronado» a ciência jurídico-constitucional. Nada obstante esta eloquente crítica, o tribunal alcançou, de fato, proeminência, sendo suas decisões fontes de pesquisa jurídica, tanto para os estudantes de direito alemães desde o primeiro semestre letivo, quanto para todos os operadores nos seus âmbitos de atuação.

10 *Vide*, no entanto, sobre a mais nova jurisprudência, a crítica de Bernhard SCHLINK: «Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel», in *Juristenzeitung (JZ)* 2007, pp. 157 e ss.; e abaixo referida.

11 Cf. Bernhard SCHLINK: «Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat*, vol. 28, 1989, pp. 161 e ss.

Schlink voltou a se manifestar sobre o poder do TCF há relativamente pouco tempo,¹² apontando, de maneira ainda mais eloquente que há duas décadas, a «despedida» da dogmática jurídica na jurisprudência do TCF. Segundo Schlink, o TCF se despediu completamente de sua tradição de construção dogmática para incorrer em ponderações típicas da tradição anglo-saxã, como ocorre na jurisprudência da *US-Supreme Court*. A consequência seria o comprometimento da racionalidade jurídica específica baseada no rígido parâmetro do direito posto, que, no âmbito do direito constitucional, se limita à consideração das consequências de intervenções estatais na liberdade e na abstenção em fixar critérios e avaliações próprios (descolados do parâmetro constitucional).¹³

A conclusão de Schlink, aqui partilhada sem reservas, é que a racionalidade jurídica estaria se aproximando cada vez mais da racionalidade do discurso e da decisão políticos, perdendo, por isso, sua relevante função social até ficar totalmente diluída. O final do processo pode ser o comprometimento da dignidade da ciência jurídica, se esta não aproveitar a oportunidade, dada pelo próprio casuísmo do TCF, de se tornar finalmente independente do «positivismo judicial» até então vigente. Schlink vê, destarte, na mutação da jurisprudência do TCF, ao menos um risco e uma chance para a ciência jurídico-constitucional, que também está sofrendo uma mutação.

III. PROPOSIÇÃO DE DEBATE COM CÉSAR LANDA: DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO DIREITOS DE RESISTÊNCIA (*ABWEHRRECHTE*). UM RETROCESSO?

A força normativa das normas de direitos fundamentais prescinde das teorias legitimadoras de um ativismo judicial exacerbado.

César Landa menciona em seu texto um princípio já caracterizado acima e que representa o ponto de partida de uma teoria dos direitos fundamentais, que, segundo nosso entendimento, mais contribui para a criação de uma dogmática jurídica plenamente compatível com o ideal de dar força normativa às normas definidoras de direitos fundamentais: o «princípio de distribuição» concebido por Schmitt (p. 34).

12 Cf. Bernhard SCHLINK: «Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungswissenschaft im Wandel», cit., pp. 157 e ss.

13 *Ibid.*, pp. 160 e ss. Cf. também as preocupações metodológicas e científico-constitucionais do citado autor já exaradas em Bernhard SCHLINK: «Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungswissenschaft», *Der Staat*, vol. 19, 1980, pp. 73 e ss.

PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Segundo tal princípio, o ônus de justificar ação ou omissão é do Estado e não dos titulares dos direitos fundamentais.

O salutar reconhecimento de um caráter jurídico-objetivo dos direitos fundamentais não se opõe a esse princípio, pois tal caráter se atualiza justamente em face do Poder Judiciário. É este, enquanto órgão estatal, quem está obrigado a aplicar o direito infraconstitucional, decidindo muitas vezes lides entre particulares, obrigatoriamente à luz dos direitos fundamentais. O que isso concretamente significa, pode ser demonstrado junto ao conhecido e paradigmático caso *Lüth*.¹⁴

No caso *Lüth*, apesar de o TCF ter firmado discursivamente o conceito de uma «*objektive Wertrangordnung der Grundrechte*» (ordem hierárquica axiológica objetiva) que se irradiaria por todo o ordenamento jurídico, alcançando lides cíveis por intermédio de cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados do direito privado (as assim chamadas «*Einbruchstellen*»), foi sobre a interpretação do direito privado feita pelos tribunais instanciais e não sobre as condutas dos particulares em si envolvidos na lide que recaiu o controle específico de constitucionalidade. Pode-se mesmo afirmar sem risco de erro que, para a eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) ou eficácia horizontal (perante particulares: *Drittwirkung*), a conduta dos particulares foi totalmente irrelevante.

Neste sentido, Harlan, um célebre diretor de cinema durante o Terceiro Reich e que colaborou com Goebbels, assim como as pessoas jurídicas responsáveis pela produção e distribuição de um novo filme apresentado no primeiro festival de cinema alemão do pós-guerra, não estavam vinculados em sentido técnico-jurídico ao direito fundamental de *Lüth*, mas tiveram que suportar a sucumbência processual em face da necessidade de o Estado-Juiz reconhecer que a conclamação ao boicote até então considerada atentatória contra os bons costumes («*sittenwidrig*» no sentido do § 826 BGB) no caso era abrangida pela área de proteção da liberdade de expressão (Art. 5 I 1 GG). Foram a interpretação e a aplicação judiciais da cláusula geral do § 826 BGB que deveriam levar em conta o *Ausstrahlungswirkung*. Não se

14 *BVerfGE* 7, 198. Excertos da decisão, além de uma síntese do caso e diversas anotações, podem ser vistos em Leonardo MARTINS (organização e introdução, coletânea original de J. Schwabe): *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Montevidéu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 381 e ss. Uma análise mais aprofundada da decisão *Lüth* em face do vínculo do Judiciário ao direito fundamental da liberdade de expressão do pensamento, pode ser encontrada em Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, Ano 5, n.º 2, 2004, pp. 103 e ss., e também em Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS: *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 236 e ss., 248 e ss.

tratava de impor a tutela judicial direta da liberdade de expressão de *Lüth* em face dos interesses econômicos e dos direitos de personalidade de Harlan pelos autores da ação cominatória.

Isso por si derruba dois fundamentos da teoria da eficácia horizontal direta.

Primeiro, que ela seja decorrência necessária da crise do Estado liberal e «advento» dos direitos sociais. Com efeito, no caso *Lüth* não se discutia a validade ou vigência de nenhum direito social ou qualquer outro prestacional. *Lüth* voltava-se contra uma intervenção estatal judicial no exercício de seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento.

Segundo, o destinatário direto das normas de direito fundamental somente podem ser os órgãos estatais; a eficácia direta relativizaria tanto o papel da Constituição como parâmetro para o direito privado quanto a autonomia deste, que é pautada na discricionariedade política e legitimada pelo princípio democrático da vinculação de todos às decisões majoritárias do parlamento, salvo as que ultrapassarem os limites formais e materiais impostos pela Constituição.

Trata-se, então, de buscar a concretização do vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais.¹⁵ Este não pode ser limitado ao mandamento de negar aplicabilidade a normas inconstitucionais. Ao contrário, alcança também a específica função estatal jurisdicional: a interpretação de todo o direito, incluindo o civil, que desde *Lüth* deve ocorrer à luz dos direitos fundamentais. Essa interpretação «orientada pelos direitos fundamentais» é um subcaso da «interpretação conforme a Constituição».¹⁶ Aquela pauta o exercício da função judicial, enquanto que esta, o exercício da função legislativa. A jurisprudência subsequente em torno da eficácia horizontal foi pautada neste padrão teórico e argumentativo, apresentando uma dogmática consistente do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais.¹⁷

15 Vide a respeito, com aprofundamento, Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», cit., pp. 101 e ss.

16 Assim, originalmente Bodo PIEROTH e Bernhard SCHLINK: *Grundrechte. Staatsrecht II*, 24ª ed., Heidelberg, Müller, 2008, p. 23. Cf. também Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», cit., pp. 102 e s.

17 Cf., exemplificativamente, por muitas: *BVerfGE* 90, 27 (*Parabolantenne*), tradução na íntegra, introdução e análises em Leonardo MARTINS: *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., pp. 427 e ss.; antes, porém, já analisada no contexto da presente exposição em Martins, 2004: 105-109; *BVerfGE* 89, 214 (*Bürgschaft*), analisada em Leonardo MARTINS: «Do vínculo do poder judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas», cit., pp. 109/113; e, finalmente, *BVerfGE* 93, 266 (excertos, introdução e análises em Leonardo MARTINS: *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., pp. 414 e ss.).

PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

A partir da década de setenta, o TCF criou mais uma figura amplamente debatida na doutrina: o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais em face de agressões provenientes de particulares (*grundrechtliche Schutzpflichten*). Porém, em ambos os casos as respectivas dimensões objetivas dos direitos fundamentais só encerram força normativa quando resubjetivados,¹⁸ i.e., quando viabilizarem a tutela de comportamentos dos titulares dos direitos e situações jurídicas a eles pertinentes; caso contrário, pode significar até mesmo usurpação do poder constituinte por cortes constitucionais.

Por fim, cabe, então, perguntar: o raciocínio pelas categorias da intervenção estatal e seus limites (*Eingriffs- Schrankendenken*) representa um retrocesso político-científico no sentido de representar um mero porta-voz justeórico e jurídico-dogmático do chamado neoliberalismo com sua pregação insistente de um Estado mínimo?

A resposta é negativa. *Eingriffs- und Schrankendenken*, ao contrário, implica respeito ao princípio constitucional organizacional da clara separação entre as funções legislativa e jurisdicional, além de fazer jus ao princípio democrático, freando o advento do *Jurisdiktionsstaat* que, no vernáculo, pode muito bem ser traduzido por Estado (Aristocrático) Judicial. Pelo menos enquanto o poder constituinte não confiar os destinos de uma comunidade política ao chamado Terceiro Poder, o Estado Judicial mais enfraquecerá do que contribuirá para a força normativa da Constituição.

18 Cf. neste sentido Bodo PIEROTH e Bernhard SCHLINK: *Grundrechte. Staatsrecht II*, cit., p. 26; e, também, adotando procedimento metodológico similar, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS: *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, cit., pp. 118 e s.