

## PODER JUDICIÁRIO E PODER CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE GLOBALIZADA<sup>1</sup>

ANDRÉS OLLERO<sup>2</sup>

Ex-deputado do Parlamento Espanhol

Na Espanha têm ocorrido, de modo tão repetido que beira o endêmico, situações de conflito entre o Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional, as quais resultariam inexplicáveis se dependessem apenas da capacidade de mútuo entendimento entre sucessivos interlocutores. Sua raiz, como tivemos ocasião de expor mais detidamente<sup>3</sup>, apóia-se no peculiar e híbrido sistema espanhol de controle de constitucionalidade, que tenta combinar aspectos estruturalmente contraditórios.

A reação espontânea, não menos endêmica que o conflito mesmo, costuma consistir em reclamar uma reforma do sistema. Atitude tão *prática* parece digna de aplauso, mas põe

em evidência uma falta de reflexão sobre determinadas tensões filosófico-jurídicas subjacentes. Ao desenhar-se, já faz trinta anos, a Constituição espanhola, optou-se por um sistema de controle de constitucionalidade *concentrado*, supostamente limitado a uma função de *legislação negativa*, de acordo com o modelo kelseniano. Não se renunciou, entretanto, a facilitar um *positivo amparo* ao cidadão diante de toda ocasião de vulnerabilidade de um direito fundamental; atentos desta vez à proposta mexicana. Não foi por capricho. Respondia-se a uma dupla e conflitiva exigência sobre a qual vem repousando, de modo rara vez coerente, a teoria jurídica da Europa continental desde o último pós-guerra.

A primeira exigência converte o *respeito aos direitos humanos* no elemento chave de toda a arquitetura jurídica. Passamos, em expressão já muito empregada, de entender os

<sup>1</sup> Tradução: Paula de Castro Moreira (Acadêmica de Direito – UFRGS, Acadêmica Letras – PUCRS).

<sup>2</sup> Professor catedrático de Filosofia de Direito da Universidade Rey Juan Carlos (Coordenador da Pós-Graduação em Direito na mesma Universidade) e membro da Real Academia de Jurisprudencia e Legislação de Granada. Autor, entre outras obras, de *Derecho y Sociedad* e *Derecho a la Verdad – Valores para una sociedad pluralista*.

<sup>3</sup> Em “Igualdad ante la ley, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo”, que serve de introdução ao nosso livro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates nº 163), 2005 (2ª edición aumentada y actualizada), p. 9-13; também 121 e ss.

direitos como meras situações derivadas das leis, a entender as leis como desenvolvimento e proteção de certos direitos que constituiriam uma realidade jurídica prévia. Daí a necessidade de que o recurso de amparo se convertesse em elemento indispensável do controle de constitucionalidade.

Poder-se-ia pensar que a satisfação dessa exigência tornasse aconselhável um sistema de controle *difuso*, mais próximo da experiência norte-americana que do modelo de um autor como Kelsen, cuja teoria jurídica não reconhece aos direitos protagonismo algum. Isso teria levado, como em outros países, à conversão do próprio Tribunal Supremo em Constitucional, evitando uma dualidade conflitiva; ou, talvez, a desenhar um Tribunal Constitucional preocupado apenas com os conflitos de competência ou institucionais.

Com isso, no entanto, ter-se-ia convertido o Judiciário em Poder supremo, já que resultaria caprichoso ignorar que o *sentido vigente* das normas é o estabelecido pelos seus indispensáveis intérpretes e não por seus criadores. Some-se a isso que é nos legisladores, e não nos juízes, onde o sistema depositou a legitimidade da criação de direito; não parece lógico que alguns juízes selecionados com critério meramente *técnico* acabem assumindo um máximo protagonismo *político*. É nesse ponto em que a segunda exigência entra em cena. O modelo espanhol de Tribunal Constitucional, integrado por membros selecionados com *aval político dos diversos Poderes do Estado*, parece mais adequado para cumprir uma função de controle constitucional à margem (por que não dizer, acima) desses mesmos Poderes.

Se para Kelsen isso não lhe apresentava problema algum é porque subscrevia uma abordagem filosófico-jurídica baseada em uma ética *não-cognotivista*. Reduzindo o ético ao mero emotivismo, nega relevância jurídica a qualquer tentativa de fazer *justiça*; em consequência, obriga a negar aos chamados direitos humanos toda dimensão jurídica diversa da que possam receber das normas positivas. Reconhecer, como faz a Constituição espanhola, a existência de direitos (obviamente jurídicos) prévios às leis, uma vez que – inclusive em sua versão menos contundente – “*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes jurídicos*” (art. 53.3 CE) é algo que não caberia em uma cabeça kelseniana.

O não-cognotivismo implica, por sua vez, reconhecer que a tarefa dos juízes, como a de qualquer outro criador de normas jurídicas, não seria de modo algum racional, mas volitiva. Os juízes não formulariam, na realidade, *juízo* algum; favoreceriam *atos de vontade* no exercício da competência que para isso os habilita, submetidos somente à vontade revisora da instância que a norma tenha querido fazer competente. Isso é o que permite a Kelsen caracterizar ao ordenamento jurídico como *sistema dinâmico*.

O problema se desencadeia quando se pretende subscrever a teoria jurídica kelseniana sem assumir essa ética não-cognotivista. Alguns pretendem, ao que parece, ser positivistas (porque o politicamente correto converte tudo o que possa “cheirar” a jusnaturalismo em academicamente incorreto) e, ao mesmo tempo, converter os direitos hu-

manos no centro do sistema jurídico positivo. O problema é que, querendo ou não, o reconhecimento de tais direitos exige assumir uma ética cognotivista, que – mais além de todo voluntarismo – alimenta uma dinâmica jurídica vinculada ao exercício da razão prática. Os direitos vincular-se-iam a exigências éticas objetivas cognoscíveis racionalmente.

Fala-se com naturalidade e desenvoltura de uns direitos humanos, cujo “conteúdo especial” a lei “em todo caso deverá respeitar” (art. 53.1 CE). Atribui-se às leis o encargo de desenvolver de modo politicamente legítimo esse conteúdo. Atribui-se aos juízes a obrigação de interpretá-las sempre do modo mais favorável para aqueles direitos. Gira-se continuamente, assim, não – como Kelsen – em torno de meras conexões formais entre normas de conteúdo aleatório, mas em torno de juízos práticos sobre a congruência das normas ou resoluções judiciais a respeito de um referente material: os valores superiores do ordenamento jurídico, expressos em direitos e projetados em princípios, antes inclusive de se verem desenvolvidos normativamente. Fica fora, portanto, de toda dúvida que a *validade* de tais normas dependerá, ao menos de forma indireta ou *negativa*, de seu *conteúdo*. Tudo isso não faz senão configurar o que Kelsen qualificaria como *sistema estático*, inseparável para ele de uma abordagem jusnaturalista.

Sem dúvida, o jusnaturalismo em que Kelsen está pensando é o desdobrado *more geometrico* sobre bases racionalistas. Uma vez positivado legalmente por via codificadora, desembocaria na aplicação silogística da norma através de um ascético processo de subsunção. O jusnaturalismo do pós-guerra europeu já não era esse. Entende, por uma parte, que de uns mesmos fundamentos cabe derivar diversos desenvolvimentos legais, respeitosos todos eles a seu núcleo ou conteúdo essencial. Daí que o controle de constitucionalidade possa continuar aparentando consistir em uma legislação *negativa*, na medida em que renuncia a estabelecer *positivamente* qual seria a melhor lei.

Obviamente, apresentada assim a questão, são os juízes sim que julgam. Emitem juízos racionalmente plausíveis; não se limitam a emitir atos de vontade mais ou menos prognosticáveis. Controlar, como deve fazer o Tribunal Constitucional, se tais juízos não se mostraram capazes de evitar que um direito fundamental fique vulnerável devido a atos emanados dos poderes públicos, exige ao mesmo tempo que se julgue novamente. Isso nos introduz em uma inevitável dinâmica de *juízos sobre juízos*; juízos do Tribunal Constitucional sobre os juízos de um Poder Judiciário, do qual o Tribunal Supremo é instância definitiva. A partir daí, só um esmerado respeito institucional, que leve a uma mútua e prudente inibição, poderia evitar as contínuas discussões.

No fundo, o problema não é quem julga quem, mas quem julga sobre o quê. Por debaixo de possíveis assimetrias estruturais, ou de ocasionais ressentimentos pessoais, pulsa a pouco dissimulada esquizofrenia que vem experimentando nossa teoria jurídica: perde pé se não se confessa positivista; mas não renuncia a exibir-se como guardião de uma teoria da justiça, à qual com singular incoerência nega ao mesmo tempo todo satisfatório acesso racional.

Como consequência de tudo isso, entra em crise a velha tentativa de delimitar, de modo quase *territorial* o âmbito da legalidade e o da constitucionalidade. O *recurso de amparo* se concebe na Espanha, em busca de uma correta articulação procedimental, como subsidiário. Tratava-se de respeitar o papel do Poder Judiciário como primeiro intérprete não apenas da legalidade mas, muito especialmente, da constitucionalidade de qualquer conduta ou atuação. O Tribunal Constitucional deve evitar em consequência abordar qualquer possível vulneração de um direito fundamental que não tenha tido oportunidade de corrigir previamente a jurisdição ordinária.

O paradoxo surge quando esta prioridade da via judicial, emanada do respeito a sua não menos primordial função, converte-se em ocasião obrigada de mal-assimilados encontros: todo pronunciamento do Tribunal Constitucional, se chega a outorgar amparo a um cidadão ante a vulneração de um de seus direitos fundamentais, deixará obrigatoriamente em evidência o órgão judicial que não aproveitou sua primária oportunidade de corrigi-la.

A situação polêmica será suscitada já, sem necessidade sequer de que se veja anulada uma resolução judicial, se se contrapõe – em chave legista – uma visão partidária do “objetivismo próprio dos instrumentos processuais” a outra empenhada em valorar – “em chave finalística” – o exercício dessa via prévia. Recordar-se-á, de passada, que “nenhuma norma, nem constitucional, nem legal, estabelece” no ordenamento espanhol esse caráter subsidiário do *amparo*; convidar-se-á, em seguida, a situar-se “no simples plano da lei, e não em um mais elevado desnecessário plano principialista”<sup>4</sup>, que é o que levaria a se situar “no marco do direito fundamental de tutela judicial efetiva, para decidir a partir dele o que quer que seja, ou não, razoável na exigência de esgotamento da via prévia”.

Tende a esclarecer-se mais o panorama quando o mesmo magistrado constitucional aduz que “esse concreto conteúdo do direito de tutela judicial efetiva é pura criação de nossa jurisprudência, sem base em nenhum preceito constitucional ou legal”. O chamativo é que não chegue a se estabelecer também se isso mesmo não ocorre – inevitavelmente – de modo similar na hora de delimitar todos e cada um dos direitos fundamentais restantes. Legalidade e constitucionalidade, assim entendidas, não parecem desfrutar de pacífica convivência. Ante a recusa constitucional de interpretações formalistas da legalidade processual, ditar-se-á a “marcada incoerência entre a proclamada subsidiariedade do recurso de amparo e a lassidão no controle do esgotamento da via prévia”; isso somente seria explicável por uma “flexibilidade” que permite utilizar os recursos configurando

---

<sup>4</sup> O voto particular do Magistrado Conde Martín de Hijas no STC 4/2000, da qual significativamente o mesmo foi proponente, faz evocar outro não menos memorável da primeira fase de desenvolvimento da doutrina da igualdade na aplicação da lei: o do então Magistrado Díez Picazo (STC 34/1981, de 10 de novembro).

“como uma opção facultativa” o que seria “um inequívoco imperativo legal”; tudo isso acabaria operando “em prejuízo da outra parte do processo”<sup>5</sup>.

Deixando à margem esta circunstância espanhola, devo dar entrada a um epílogo mais globalizado. É manifesto o contraste entre uma realidade social de alcance global, que não deixa de suscitar peculiares exigências jurídicas, e a penúria de normas de similar alcance transnacional capazes de lhes dar respostas.

Seria precisamente a superação de um normativismo rígido o que permitiria operar como princípios interpretativos – através do art. 10.2 CE, por exemplo – os escassos textos normativos disponíveis. Sirvam de referência as dificuldades com que segue tropeçando no âmbito penal o conceito de “justiça universal”, ilustradas pela sentença do Tribunal Supremo espanhol sobre vulnerações de direitos na Guatemala<sup>6</sup>, recorrida mais tarde perante o Tribunal Constitucional.

Também a Carta Europeia de Direitos Fundamentais poderia ter oferecido um interessante “campo de jogo” a tais princípios. Sua situação atual se converteu, entretanto, em paradoxalmente patética. O afã de conferir-lhe realce, incluindo-a no projeto de uma Constituição para a Europa, levou-a a compartilhar uma crise cujos motivos resultam completamente alheios a ela, descartando expectativas mais otimistas<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> A discrepância do Magistrado Conde Martín de Hijas voltará a ter ocasião de expressar-se em voto particular à STC 33/2002, em cuja epígrafe 1 se declara “consciente de que a sentença da qual discrepo segue nesse ponto o critério habitual em nossa jurisprudência; mas esse critério é o que questiono, pois creio que não se acomoda à lógica da subsidiariedade do recurso de amparo”.

<sup>6</sup> De interesse o trabalho de C.CONDE PUMPIDO *La justicia universal em la jurisdicción española*, incluído no número monográfico sobre “Globalização e direito” da revista “Pessoa e Direito”; 2004 (51), p. 49-73.

<sup>7</sup> Cfr. a respeito os frutos do Grupo de trabalho encabeçado pelos professores K. STERN e P. J. TETTINGER (prematuramente falecido antes de poder vê-los madurar): *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, München, Verlag C.H.Beck, 2006.

*Revista da*  
**AJURIS**  
ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

**DOUTRINA  
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA  
PALESTRAS E CONFERÊNCIAS  
PONTO DE VISTA**

**ANO XXXVI - Nº 114  
JUNHO DE 2009**

