

Lectio Doctoralis

“Jurisdicción constitucional de la libertad para la libertad”

Prof. Dr. Dr. *h.c.* Gilmar Ferreira Mendes

Senhor Decano da Faculdade, Prof. Dr. Leandro Vergara;

Senhor Prof. Titular Raúl Gustavo Ferreyra;

em nome dos quais cumprimento as Professoras, os Professores e estudantes da mais significativa Faculdade de Direito da América do Sul, aquela que formou 15 (quinze) Presidentes da Nação Argentina;

cumprimento, também, todos os servidores de tão distinta Universidade – o elogio não é gratuito: poucas coisas são tão distintas como ter 5 (cinco) pesquisadores agraciados com o Prêmio Nobel;

Desde que recebi a grata notícia do meu ingresso no Colégio de Doutores Honorários da *Universidad de Buenos Aires*, uma **memória** tem me visitado constantemente.

Essa memória me transporta para 1978. O Brasil completava o 14º ano de ditadura militar; e levaria outros 7 (sete) anos para o retorno da democracia. Naquela “noite profunda e escura da alma” ainda eram “3 horas da madrugada”.

Em julho de 1978, concluí o curso de Direito pela Universidade de Brasília. No Brasil, existe o hábito de se fazer uma cerimônia solene de recebimento de diplomas. Nela, se escolhe uma personalidade notável para ser homenageada (“Paraninfo”) e um dos alunos para ser o “Orador”. A Turma de Direito de 1978 seguiu essa tradição, mas cometeu um ato de **ousadia** e outro de **temeridade**. A propósito, temos aqui, além de mim, outra componente dessa Turma, a Guiomar.

A ousadia da Turma de 1978: homenagear o DR. SOBRAL PINTO. Da última vez que uma turma universitária achou de condecorar o mais firme adversário da tortura e do terrorismo de Estado, 10 (dez) anos antes, em 1968, a história não acabou bem: SOBRAL PINTO, o mais combativo e competente dos advogados brasileiros, foi arrancado de seu quarto de hotel para ser arbitrariamente detido numa unidade do Exército.

Agora, a temeridade da Turma de 1978: elegeu-me orador. Nunca fui muito dado a filtros. Nos meus singelos limites de estudante, lembrei daqueles *“que não se calaram face à onipotência do Leviatã redivivo”* nesses *“longos anos de (...) opressão cada vez maior causada pelo Estado de Exceção”*, e assim concluiu:

“Não há fugir a este dilema: ou entendemos o Direito como instrumento realizador de Justiça Social, ou estaremos todos a corroborar a fina ironia de ANATOLE FRANCE ao afirmar que a lei, na sua majestática igualdade, proíbe igualmente ao rico, como ao pobre,

furtar um pão, dormir sob as pontes e mendigar pelas ruas.”

O fecho do discurso resume bem qual era o **principal dilema que se apresentava para a minha geração**: transformar uma **realidade social desoladora** por meio de normas que, historicamente, sempre foram de baixíssima eficácia, as normas constitucionais.

Foi uma felicidade descobrir que esse problema era também **meu** – sim, há alguma verdade na ironia de STEPHAN ZWEIG: “*não há maior fortuna no destino de uma pessoa do que descobrir a missão de sua vida no meio dela*”.

Meus méritos nessa descoberta, todavia, são pequenos. **Tive bons mestres. Devo tudo a eles.** Tudo. Alguns eram Professores de vida, como o Senador **PAULO BROSSARD**, cuja verve impecável e compromisso com o retorno da democracia produziam discursos memoráveis. Professores de Universidade, como **JOSAPHAT MARINHO**, que combinava como ninguém erudição e senso prático. Ninguém frequentava seus cursos impunemente: o preço pago por seus alunos era adquirir o hábito do pensamento crítico e travar contato com doutrina de ponta.

E dessa doutrina nós tínhamos o relato de que as democracias europeias estavam a experimentar uma nova forma de relacionamento entre Estado e indivíduo desde o fim da Segunda Guerra. Desde então, essa relação tinha como pedra de toque a promoção de padrões de cidadania encartados

em direitos exclusivos dos indivíduos. Direitos que possuíam contraparte em obrigações universais dos órgãos do Estado¹.

O constitucionalismo alemão exerceu papel de destaque nesse marco. Não só pela tônica que a Lei Fundamental de Bonn conferiu aos direitos fundamentais, mas também por transpor a tradicional compreensão filosófico-teológica de *dignidade da pessoa humana* para um texto constitucional juridicamente vinculante².

O diálogo desse novo modelo com **outras** ordens constitucionais ensinava muito para o Brasil.

Na **Itália**, o reconhecimento de direitos fundamentais no texto constitucional gerou um mal-estar: constatou-se que esses direitos solenemente anunciados não habitavam o cotidiano do cidadão comum; apenas tangenciavam a realidade constitucional, porém nela não interferiam.

Um distinto jurista italiano não se conformou com esse estado da arte. Era MAURO CAPPELLETTI. Em seu diagnóstico, a ineficácia dos direitos fundamentais deriva da inadequação de sua tutela. Situações jurídicas protegidas por direitos fundamentais não podem receber o mesmo que a jurisdição ordinária reserva para violações a direitos subjetivos privados, de cunho patrimonial. Portanto, a ausência de uma tutela procedimental

¹ THORNHILL, Chris. “A Constituição de Weimar como uma Constituição militar.” In: BERCOVICI, Gilberto (org.). *Cem Anos da Constituição de Weimar*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 271.

² HÄBERLE, Peter, “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, em SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

diferenciada era a responsável por essa “*situação de irrealidade da Constituição Italiana*”.

Feito o diagnóstico, MAURO CAPPELLETTI sugeriu uma solução: os direitos fundamentais abandonam a condição de meras “normas programáticas” e assumem de vez o caráter de “normas preceptivas” com a institucionalização de uma **jurisdição constitucional das liberdades** (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*)³.

O sucesso que essa expressão conheceu no Ocidente latino deve-se à sua **capacidade de articular produtivamente com a dimensão processual da garantia da Constituição**.

E quando o assunto é normatividade constitucional, **procedimento não pode ser reduzido a formalidade acessória**. Disso já era consciente HANS KELSEN, em 1928, quando alertava que a eficácia normativa da Constituição dependia das formas processuais disciplinadoras desse controle⁴. Disso já era consciente, no Brasil, e até antes, Rui Barbosa, quando desenvolve a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

Na Europa do Pós-Guerra, essa **relação de dependência** entre eficácia normativa e processo foi conscientemente assumida e trabalhada. Esse novo “tipo” chamado “**Estado Constitucional**” investe a jurisdição

³ CAPPELLETTI, Mauro. *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. Trad. Hector Fix-Zamudio. Ciudad de México, Imprenta Universitária, 1961.

⁴ KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1981, p. 194. Aponta, corretamente, Kelsen como fundador da disciplina “direito processual constitucional” (*Verfassungsprozessrecht*): FIX-ZAMUDIO, Hector. “Das Problem der Verfassungskontrolle”. In: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, neue Folge, Band 25, p. 655.

constitucional no papel de garantidora das liberdades democráticas⁵, e tem os procedimentos na conta de lugar adequado para o exercício da cidadania. Uma normatividade constitucional “aberta” requer o estabelecimento de vias procedimentais adequadas para a participação plural. Por essas razões e muitas outras, PETER HÄBERLE, na década de 1970, assumia a premissa de que processo constitucional é direito constitucional materializado (*konkretisiertes Verfassungsprozeßrecht*)⁶.

Não será exagerado afirmar, em léxico hegeliano, que “Jurisdição constitucional das liberdades” capta seu tempo em conceito. Nos lugares em que o tipo do Estado Constitucional germinou, a institucionalização procedimental da tutela de direitos fundamentais foi prontamente assimilada pelas respectivas sociedades civis. Demandas que pleiteavam concretas melhorias de vida passaram a ser rotineiramente expressas na gramática dos direitos fundamentais e veiculadas pelo *medium* dos procedimentos jurisdicionais – claro, observados os limites impostos pelo princípio da forma judicial (*Gerichtsförmlichkeit*)⁷.

Superada aquela noite escura e profunda na alma brasileira que foi o regime militar, a **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988** presenteou o Brasil com uma ordem institucional inequivocamente filiada ao tipo do Estado Constitucional. Estão presentes, na Constituição de 1988, todos aqueles

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 2012, p. 63.

⁶ HÄBERLE, Peter. “Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht – Im Spiegel der Judikatur des BVerfG”. In: *JuristenZeitung*. Vol. 31, N. 13. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, pp. 377-84.

⁷ PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozeßrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*. 2ª ed.. Munique: C. H. Beck, 1982, p. 6.

requisitos que PETER HÄBERLE reputa intrínsecos ao modelo: (i) dignidade humana como premissa antropológico-cultural; (ii) soberania popular e separação de poderes, (iii) direitos fundamentais e tolerância; (iv) pluralidade dos partidos e independência dos tribunais⁸.

Goste-se, ou não, a Constituição democrática de 1988 traçou um caminho para resolver aquele dilema que pairava sobre corações e mentes dos constitucionalistas da **minha geração**.

A redemocratização do Estado brasileiro investiu no fortalecimento das instituições de controle, especialmente do Poder Judiciário. Este sempre estará disponível para o cidadão brasileiro quando os Poderes Executivo e Legislativo se omitirem no cumprimento de seus **deveres de proteção**.

Por mais que seja possível apontar algum excesso na solução adotada, **é inquestionável que a ênfase da Constituição de 1988 no Poder Judiciário encontra justificativa naquela realidade de exclusão social que se buscava transformar**.

Isso diz muito sobre o modelo adotado. É também PETER HÄBERLE que recorda que o Estado Constitucional, toca ao mesmo tempo à *ratio* e à *emotio*, e implica o *princípio esperança*. Deve ser concedido ao ser humano espaço para um “quantum de utopia”, na medida em que os textos

⁸ HÄBERLE, Peter Häberle. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro, México D.F: Universidad Autónoma de México, 2001, p. 3.

constitucionais normatizem esperanças que constituem, ao menos, “desejos de utopia” concretos.⁹

A ênfase em uma agenda social está estampada logo no início da Constituição de 1988. Uma vez “constitucionalizados”, esses “desejos de utopia” fomentaram o surgimento de uma comunidade nacional engajada na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional.

Passados 35 anos de vigência da Constituição, os resultados depõem a favor da escolha adotada pela Assembleia Nacional Constituinte. O Brasil possuía **índices sociais que nos faziam passar vergonha** diante da comunidade internacional. Para ficar em apenas um exemplo: passamos de uma taxa de 49,4 óbitos para cada 1000 bebês nascidos com vida (1990) para 12,4 óbitos (2021). Embora ainda haja muito o que fazer, não se pode diminuir o significado desse feito da política – da boa política.

A César o que é de César: **essa é uma vitória das instâncias políticas, não do Poder Judiciário**. Faço, porém, uma pergunta: alguém consegue sustentar, seriamente, que estaríamos melhor se omissões administrativas em matéria de saúde não pudessem ser enfrentadas judicialmente? Será mesmo – indago eu – que uma idealização do princípio da separação dos poderes justificaria transformar a realização do direito fundamental à saúde em simples opção da administração pública, a depender de sua conveniência?

⁹ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro, México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7.

É desafiadora a situação em que se encontra a “**jurisdição constitucional das liberdades**”. Uma época em que as liberdades fundamentais são invocadas para destruir a estrutura político-jurídica que as possibilita, o Estado Constitucional. Raúl Gustavo Ferreyra tem considerações insuperáveis sobre o assunto:

Las formas autoritarias son una pulsión inherente en el tipo de Estado Constitucional y democrático, y la historia y el presente demuestran que la “palabra ‘libertad’ no necesariamente se usa para la defensa del sistema constitucional basado en los derechos humanos, sino, al contrario, puede ser utilizada para la destrucción de la Constitución”¹⁰.

Que feliz que sou por desfrutar do convívio de pessoas como Leandro Vergara e Raúl Gustavo Ferreyra. Eles me fizeram e fazem lembrar da advertência de Michel de Montaigne: “*assim como o nosso espírito se fortalece na convivência com os espíritos rigorosos e sensatos, também se empobrece e degenera pelo comércio com os vulgares e doentios*”.

As considerações do Professor Ferreyra sobre a dinâmica autoritária levam à segunda parte do título desta *lectio doctoralis*. A mesma jurisdição constitucional da liberdade que se ergueu sobre as ruínas da Segunda Guerra Mundial trouxe o gérmen de uma jurisdição constitucional funcionalmente orientada para a manutenção da ordem democrática. Trata-se de uma

¹⁰ FERREYRA, Raúl Gustavo. “Epílogo”. In: HÄBERLE, Peter. *Libro Constitucional, de Lectura y de la Vida Latinoamericano*. Buenos Aires: Ediar, 2024, p. 436.

jurisdição constitucional para a liberdade, assim o digo por economia de sentido.

A tarefa de manter a supremacia da Constituição não consegue ser inteiramente dissociada da manutenção da ordem democrática. Para tanto, desenvolveu-se, em vários países filiados ao tipo do Estado Constitucional, um consenso de que a independência funcional do Poder Judiciário em muito se beneficia do estabelecimento de **Tribunais Constitucionais** (ou do reforço das competências das Supremas Cortes, onde se adota esse modelo).

Tribunais Constitucionais ocupam uma posição na arquitetura do Estado que lhes permitem ombrear com os órgãos de cúpula dos Poderes (Parlamento ou Congresso; Gabinete Ministerial ou Presidência da República). Esse *status* institucional reforçado foi expresso e desenvolvido pela publicística contemporânea a partir do conceito de “órgão constitucional”¹¹. A dignidade, claro, não decorre do rótulo. Deriva, isso sim, do exercício de uma função que não encontra correspondente perfeito na jurisdição comum.

Mais do que qualquer juiz, **Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes possuem a “responsabilidade política própria de manter o Estado**

¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. “El *status* del Tribunal Constitucional” (1981). In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N. 100. Madrid, janeiro-abril de 2014, p. 16: “La noción de órgano constitucional fue ya implícitamente formulada por Jellinek en 1892 (3) y explícitamente por Santi Romano en 1898 (4), quien se plantea el problema de su distinción frente a los órganos administrativos. Conceptos próximos fueron en la literatura del tiempo los de órganos inmediatos (Gierke) o los de órganos supremos, capitales o fundamentales del Estado. En todo caso, los conceptos de órgano constitucional y sus fines responden a la necesidad inherente a cualquier organización de cierta amplitud y complejidad – y, por tanto, al Estado – de jerarquizar sus unidades y subunidades de decisión y acción, es decir, sus órganos”. SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. Munique: C. H. Beck, 2018, p. 21, que bem aduz que, no direito alemão, entende-se que o *Bundesverfassungsgericht* ostenta natureza jurídica diferenciada em relação aos demais Tribunais justamente por ocupar a posição de um órgão constitucional (*Verfassungsorgan*).

de Direito e a sua capacidade regular de funcionamento¹². Inclusive nos novos inícios da democracia, como testemunham obra e vida de GENARO CARRIÓ, Presidente da Corte Suprema na Nação Argentina no simbólico ano de 1983.

Não é casualidade alguma que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário e Tribunais Constitucionais tenham sido alvo de investidas em países tão diversos como Polônia, Turquia, Hungria e Venezuela. Não se pode falar de casualidade, quando há projeto. Proceder ao aparelhamento da jurisdição por sectários ideologicamente alinhados a um projeto de tomada de poder é traço constitutivo dos novos autoritarismos populistas.

O Brasil participa, em boa medida, dessa mazela. Mas não compartilhou do mesmo destino desses países. O Supremo Tribunal Federal do Brasil teve considerável papel para tanto.

E não é por mera casualidade que as pulsões autoritárias se voltam para o Supremo Tribunal Federal.

Aprendi com JUAN BAUTISTA ALBERDI que os fatos políticos são sintomas: o importante mesmo é compreender quais são as forças que estão

¹² BADURA, Peter. "Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht". In: BLAUROCK, Uwe (Org.) *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und im französischen Recht: Referate des 5. Deutsch-Französischen Juristentreffens in Lübeck vom 13.-16. Juni 1984*. Frankfurt: Metzner, 1985, p. 49 ("aus der Verfassungsorganqualität des Gerichts desseneigene politische Verantwortlichkeit für die Erhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung und ihrer Funktionsfähigkeit").

subjacentes ao fenômeno¹³. Isso vale para 1837, quando do diagnóstico de ALBERDI acerca da ascensão de ROSAS ao poder, mas vale também para hoje.

A Constituição de 1988 contém uma decisão clara de investir o Supremo Tribunal Federal na função principal de defesa da Constituição (artigo 102). Quem assinalou a missão, disponibilizou os meios. O que é comprovado pela tônica conferida pelo Constituinte ao **controle de constitucionalidade formulado em via principal**. Decisões políticas fundamentais do Constituinte, como a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação direta permitiram que questões de relevo fossem rapidamente levadas ao conhecimento do órgão de cúpula do Poder Judiciário – inclusive **omissões** inconstitucionais.

Entidades sindicais, partidos políticos e entes públicos obrigaram o Supremo a demolir a odiosa Lei de Imprensa do regime militar, a traçar critérios para a pesquisa de células-tronco, a proibir a prática do nepotismo na administração pública, a coibir assédios à autonomia universitária e à liberdade de sufrágio por parte de adeptos do autoritarismo nas eleições presidenciais passadas.

Tudo isso são questões constitucionais, e não questões de poder. Porque *“La política no puede tener miras diferentes de las miras de la Constitución”*, como ensina ALBERDI e BIDART CAMPOS¹⁴.

¹³ ALBERDI, Juan Bautista. *Fragmento preliminar al estudio del derecho*. Buenos Aires: Imprenta de la Libertad, 1837.

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán. “Alberdi y la dinámica constitucional del progreso”. In: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires: La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1959, p. 1.396.

Buenos Aires convidou-me a revisitar o porquê dessa escolha da Constituição de 1988, essa de dar peso especial ao Supremo Tribunal Federal e ao controle abstrato de constitucionalidade. Essa foi a solução tida por adequada para se equacionar **crises constitucionais de modo rápido, global e eficaz**; ela é parte central do equilíbrio de forças estruturado pelo Constituinte de 1988.

Buenos Aires me levou de volta ao meu curso de Mestrado. Minha dissertação foi escrita exatamente durante 1987-1988, os *anni mirabiles* da democracia brasileira. Em suas conclusões, registrei a posição preferencial dada pelo Constituinte ao controle de constitucionalidade realizado em abstrato, por via principal – até como mecanismo corretivo do controle incidental, suscitado em casos concretos.

A Universidade de Buenos Aires me lembrou, ainda, que meu apreço pela institucionalidade deve muito a MOREIRA ALVES, que foi meu orientador de Mestrado; um dos maiores Ministros da história do Supremo Tribunal Federal; me lembrou, igualmente, que tive a sorte de encontrar no Doutorado, em Münster, um orientador com semelhante estado de espírito, o Professor HANS-UWE ERICHSEN.

Uma *lectio doctoralis* é, também, um inventário das afinidades. Sem a gratidão, ela é vanglória. Não cheguei aqui sozinho. Meus pais, meus filhos, meus netos, minha mulher, meus professores, a História, as adversidades... Todos me ensinaram – e me ensinam, todo dia.

Buenos Aires me recordou isso.

Cerimônia de Investidura – *Doutor honoris causa*
30 de agosto de 2024
Local: Faculdade de Derecho/UBA

É com a alma em festa que posso dirigir-me a *usted*, Sr. Decano Leandro Vergara, dono de uma doutrina civilista cuja precisão e clareza honra as melhores tradições dos “*sistemas maestros*” de BULIGYN e ALCHOURRÓN;

É com gratidão e a mão estendida para a amizade, que posso me dirigir a PROFESSOR RAÚL GUSTAVO FERREYRA, portador de diversos títulos, mas nenhum maior do que o de “ABUELO DE AITANA”;

É com alegria que posso dizer para cada um de vocês que, hoje, são minhas as palavras de Jorge Luís Borges:

“As ruas de Buenos Aires já são as entranhas de minha alma”

Las calles de Buenos Aires ya son la entraña de mi alma

(“Fervor em Buenos Aires”)