

Data do recebimento: 17/06/2021

Data do Aceite: 6/07/2021

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO¹

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE COOPERATIVE CONSTITUTIONAL STATE

Marcos Augusto Maliska²

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Jurisdição Constitucional; 2 Estado Constitucional Cooperativo; 3 O Papel da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Cooperativo; 4 Conclusão; Referências.

1 - Palestra proferida no Centro de Estudos da ANAFE no dia 26 de abril de 2021.

2 - Procurador Federal. Doutor em Direito Constitucional. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, do UniBrasil – Centro Universitário, em Curitiba-PR. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2555397371714650>.

RESUMO: O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos Direitos Humanos, do reconhecimento da validade dos Direitos Fundamentais aquém e além do Estado Nacional. O papel da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo deve atentar para a produção normativa compartilhada do Estado, que não mais legisla apenas de maneira exclusiva no plano interno, mas também de forma compartilhada, no plano externo. O protagonismo da jurisdição constitucional nas democracias atuais indica um importante processo de deslocamento da compreensão do Direito, deixando a ideia de “direito legislado”, para assumir a de “direito jurisprudencial”. O Estado Constitucional Nacional se torna Estado Constitucional Cooperativo, e a jurisdição constitucional amplia o seu campo de trabalho, passando também a considerar o direito comum de cooperação baseado nos direitos humanos universais, bem como o pluralismo da ordem constitucional nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional Cooperativo. Jurisdição Constitucional. Direitos Humanos. Pluralismo. Direito Jurisprudencial.

ABSTRACT: The Cooperative Constitutional State is the Constitutional State of Human Rights, which recognizes the validity of Fundamental Rights within and beyond the National State. The role of the constitutional jurisdiction in the Cooperative Constitutional State must pay attention to the shared normative production of the State, which no longer legislates exclusively at the internal level, but also in a shared way, at the external level. The protagonism of constitutional jurisdiction in current democracies indicates an important process of shifting the understanding of Law, leaving the idea of “legislative law” to assume that of “jurisprudential law”. The National Constitutional State becomes a Cooperative Constitutional State, and the constitutional jurisdiction expands its field of work, also considering the common right of cooperation based on universal human rights, as well as the pluralism of the national constitutional order.

KEYWORDS: Cooperative Constitutional State. Constitutional Jurisdiction. Human Rights. Pluralism. Jurisprudential Law.



INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional surgiu no contexto do chamado Estado Constitucional Nacional. No entanto, o grande impulso recebido pela ideia de que a Constituição é uma norma jurídica protegida pela jurisdição constitucional, seja ela desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário como um todo, a jurisdição constitucional difusa, ou concentrada apenas em um Tribunal Constitucional, é coincidente com o desenvolvimento do conceito de Estado Constitucional Cooperativo decorrente da ideia dos direitos humanos universais. Portanto, há elementos comuns que unem esses dois conceitos.

O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos Direitos Humanos, do reconhecimento da validade dos Direitos Fundamentais aquém e além do Estado Nacional. Essa definição coloca o desafio de se pensar uma jurisdição constitucional dialógica, que possa interagir com o direito internacional dos direitos humanos, no plano externo, bem como contemple a multidiversidade jurídica que se expressa no âmago das sociedades nacionais, não entendidas mais como sociedades homogêneas, mas cada vez mais como sociedades plurais, nas quais a diversidade e o protagonismo das minorias ganham espaço.

O presente texto explora essa questão, trazendo para reflexão julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. O artigo inicialmente aborda o desenvolvimento da jurisdição constitucional, na sequência descreve o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, com particular ênfase na forma como descrita por Peter Häberle, e, por fim, finaliza fazendo a síntese das duas ideias a partir de casos concretos.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional tem uma história de mais de duzentos anos, iniciando-se no famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (BARROSO, 2006, p. 3-10). Essa decisão, além de ser uma das mais importantes decisões de direito constitucional da história, considerando-se o impacto que teve sobre o papel do Poder judiciário, nos mostra também que o direito constitucional, ao ter como objeto de investigação a política, trabalha no limite entre o “jurídico” e o “político”.³

Não obstante o seu surgimento no início do Século XIX, a jurisdição constitucional não foi protagonista no arranjo institucional estatal ao longo do Século XIX. Sobre o direito, dominou nesse período uma visão que via na função judicial uma função menor, se comparada às funções legislativa e executiva. Tratou-se da hegemonia do Estado legislativo⁴, no qual o papel do juiz era de apenas dar efetividade aquilo que já estava prescrito no texto legal. “Dê-me os fatos, que lhe darei o Direito”. A hegemonia dos códigos tinha a pretensão de dar respostas a todos os problemas jurídicos. Toda a vida civil de uma pessoa encontrava-se no Código Civil, que dava respostas

3 - Sobre as consequências políticas das decisões no âmbito da jurisdição constitucional, merece referência a observação de Barroso acerca do precedente *Marbury v. Madison*: “Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumprí-la” (BARROSO, 2006, p. 5).

4 - “O trabalho do Estado é legitimado pela presença de representantes da sociedade civil no corpo legislativo eletivo que se torna o centro normativo do próprio Estado”. (CATANIA, 1996, p. 14)



a todos os questionamentos.⁵ Tratou-se de um arranjo jurídico-científico, com a pretensão de ser infalível.⁶

O fim do longo século XIX, como nos diz Eric Hobsbawm (2009)⁷, que se iniciou com a Revolução Francesa e terminou com a Primeira Guerra Mundial, significou também, sob o ponto de vista do direito, a superação da hegemonia liberal. Os compromissos do constitucionalismo social exigiram um novo arranjo institucional. A liberdade negativa liberal, que confiava ao Estado um papel de abstenção, foi substituída pela ideia de que não há constitucionalismo sem a radicalização das ideias de liberdade e igualdade. O Estado burguês do Século XIX, que na visão de Karl Marx não passava de uma associação de proprietários⁸, não obstante a conquista do sufrágio universal masculino, ainda no Século XIX, era absolutamente insuficiente para atender às imensas demandas que as radicais transformações produzidas pelo capitalismo industrial traziam. O constitucionalismo entra em uma segunda fase, passando a assumir compromissos sociais.

A jurisdição constitucional acompanhou essas transformações. Introduzida no Brasil com a Constituição de 1891, no contexto da influência norte-americana, a ideia de que um juiz poderia não aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, revelava-se algo bastante exótico, como relata Rui Barbosa, ao descrever um encontro fortuito com um Ministro do Supremo Tribunal Federal em um bonde na praia do Flamengo, numa época em que o transporte público gozava de amplo prestígio e altas autoridades públicas o utilizavam. O grande Rui descreve o questionamento feito pelo então Ministro acerca dessa função extraordinária do juiz. Em suma, essa nova função judicial pegou todos de surpresa, pois, para uma formação jurídica legalista, essas ideias eram algo completamente novo.⁹

Se a jurisdição constitucional já tinha tradição nos Estados Unidos, na Europa ela era desconhecida, sendo que apenas com o fim da Primeira Guerra Mundial e suas profundas transformações políticas foi que o velho continente passou a ter um modelo de controle de constitucionalidade. Tratou-se do controle de jurisdição concentrada, que ao contrário do modelo estaduni-

5 - Para Saldanha, passa-se então a exigir que o “direito esteja sempre escrito para o conhecimento de todos; daí o movimento codificador, nutrido de filosofia iluminista e destinado a alterar o panorama das fontes e a própria técnica jurídica do mundo contemporâneo”. (SALDANHA, 1999, p. 120)

6 - Conforme Gusmão, o positivismo jurídico na França operou o “culto dos códigos e da vontade do legislador, considerados os primeiros sem lacunas, dando assim origem à escola da exegese, apegada aos textos defendendo a subordinação do juiz à vontade do legislador”. (GUSMÃO, 1986, p. 473)

7 - Conforme a trilogia do historiador inglês: A Era das Revoluções (1789-1848); A Era do Capital (1848-1875) e A Era dos Impérios (1875-1914).

8 - Para Marx, o Estado é a forma por meio da qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer os seus interesses comuns. (MARX; ENGELS, 1959, p. 62)

9 - “Distinguiu-se, então, no Supremo Tribunal Federal, entre os seus ministros, um magistrado, que passava pelo mais instruído entre os seus pares, – conta em que também o tínhamos, e temos. (...) Um dia, encontrando-nos em um bonde, por sinal que na Praia do Flamengo, onde a esse tempo residíamos, nos interpelou ele com expressão de séria estranheza, perguntando: – «Ouvi dizer que o senhor vai acionar a União, em nome dos militares e paisanos reformados e demitidos pelo Marechal Floriano, para obrigar o governo federal a reintegrá-los, ou indenizá-los. Será possível? – «É exato. – «Mas como? – «Muito simplesmente. É que, no regime de agora, não só os atos administrativos, mas até os legislativos, em sendo contrários à lei constitucional, são nulos, e a justiça é o poder competente, para lhes declarar a nulidade, pronunciando-lhes a inconstitucionalidade». O meu interlocutor não se convenceu, obrigando-me a lhe apontar os textos da nova constituição, onde estribava a minha tese, e assim nos separamos, prometendo-lhe eu, para o familiarizar com a novidade, pô-lo em relações com a grande obra de Carson acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos, obra de que, daí a dias, lhe ofereci um exemplar. Tempos depois esse ministro mergulhava a fundo no direito norte-americano, com as produções do qual sortiu em abundância a sua copiosa livreria: e essas noções, cuja primeira invocação entre nós tão extravagante lhe parecera, nele, como juiz e, mais tarde, como advogado, vieram a ter um aplicador hábil, convencido e frequente”. (BARBOSA, 1975, p. 80-82)

dense, adotado no Brasil em 1891, não confiava ao juiz ordinário competência para falar sobre a Constituição, restringindo essa tarefa apenas ao chamado Tribunal Constitucional (VILLALÓN, 1987).¹⁰

No entanto, o período entre guerras foi um momento de grande instabilidade política, no qual a tradição da liberal democracia inglesa e francesa tinha que conviver com as experiências autoritárias do fascismo e do comunismo, que com a chegada de Mussolini ao poder na Itália (e depois Hitler na Alemanha nazista), e a Revolução Bolchevique na Rússia, passaram a se constituir em alternativas políticas reais. Como escreve John Lukacs, no livro *“O Duelo. Churchill x Hitler. 80 dias cruciais para a Segunda Guerra Mundial”*, a ascensão do poder da Alemanha Nazista era vista por muitos como uma prova e uma justificação das suas próprias ideias acerca da natureza corrupta e ineficiente, hipócrita e antiquada do governo parlamentar e da democracia burguesa. Assim, escreveu Mahatma Gandhi, no jornal indiano Harijan, em 22 de junho de 1940, dia da rendição francesa: “Os alemães das futuras gerações honrarão Herr Hitler como um gênio, um homem corajoso, um organizador incompatível e muito mais” (LUKACS, 2002, p. 181).

A jurisdição constitucional irá se renovar na segunda metade do Século XX, passando a desempenhar um papel fundamental no novo arranjo institucional. Esse novo papel terá uma relação direta com os conceitos de direitos humanos e com o de Estado Constitucional Cooperativo, objeto do segundo tópico da nossa exposição.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O mundo que vivemos atualmente é fortemente marcado pelo conceito de direitos humanos. Para além de uma visão completamente equivocada de que os direitos humanos existem para “proteger bandidos”, a força normativa transformadora dos direitos humanos foi que impulsionou modificações radicais que ocorreram nos últimos sessenta anos. A aliança estranha entre o capitalismo e o comunismo, na segunda guerra mundial, a aliança entre Roosevelt e Stalin, se deu em razão dos imensos riscos que estavam por trás da ideologia que sustentava a existência de uma raça superior. Os direitos humanos estão intimamente vinculados a essa questão como o seu oposto. Para os direitos humanos, (i) não há raça superior; (ii) não deve haver discriminação; (iii) para os direitos humanos, tolerância é um conceito chave para se viver em sociedade; (iv) para os direitos humanos, todos devem ter os mesmos direitos, deveres e oportunidades.

A vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial significou a vitória dos Direitos Humanos, um conceito que até então não existia no mundo do direito e da política. Sob o conceito de direitos humanos, o mundo do pós-guerra irá presenciar profundas transformações, a começar pelo próprio país que foi o grande patrocinador dessa transformação, os Estados Unidos. Quando no dia 1º de dezembro de 1955, Rosa Parks se negou a ceder a um branco o seu assento em um ônibus, inicia-se essa transformação, que ainda está em curso. Se os americanos foram aos campos de batalha na Europa lutar por um mundo em que não deve haver raça superior, a discriminação da população negra nos Estados Unidos não poderia mais ser justificada.

Se não deve haver discriminação, por qual razão as mulheres não possuem as mesmas oportunidades que os homens, não ganham os mesmos salários? Uma pessoa com deficiência

10 - Sobre o papel de Hans Kelsen na criação do controle de constitucionalidade na Áustria, ver LAGI, 2021.



não tem o direito de se desenvolver plenamente como pessoa, ir atrás de todos os seus sonhos, realizar os seus objetivos, apesar da sua deficiência? Se uma pessoa quer se unir em união marital com outra pessoa do mesmo sexo, ela não deve ter esse direito? Uma criança deve ser tratada como um adulto? Um adolescente deve ser tratado como um adulto? Uma pessoa idosa deve ser tratada como um adulto? Essas questões todas nos levam a ver o mundo não mais a partir de compreensões fixas, que predeterminam o papel de cada um no arranjo social. A tradição não serve mais como meio de estabilização social, pois a transformação da política e do direito pela força normativa dos direitos humanos irá exigir outras formas, aquilo que Jürgen Habermas chama de “Solidariedade entre Diferentes” (HABERMAS, 2001, p. 123-124), o desenvolvimento de uma “teoria do reconhecimento político” como resposta ao dilema da “substância sem substância” de não se vincular a cidadania a determinações e elementos ético-culturais comuns e, ao mesmo tempo, explicar a integração política e a solidariedade social substantivas (FORST, 2010, p. 281).

Nesse contexto, o Estado Constitucional se desloca, para usar as palavras de Peter Häberle, de um Estado Constitucional Nacional, para um Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2007, p. 71). A força normativa dos direitos humanos se coloca também no plano internacional, naquilo que Häberle chama de “direito comum de cooperação”, um standard de direito que perpassa as diversas ordens constitucionais e cria um elemento comum, um compromisso dos Estados Constitucionais para com os direitos humanos (HÄBERLE, 2007, p. 63 e seg.).¹¹ No entanto, como bem lembra o saudoso Winfried Brugger, esse elemento comum não se encontra mais no universo abstrato do racionalismo iluminista, mas deve ser pensado em termos concretos, como autonomia e significação, ou seja, como a possibilidade da pessoa de se colocar objetivos na vida e desenvolver um plano de vida individual, de segui-lo e defendê-lo. No entanto, essa autonomia deve considerar o fato antropológico fundamental, consistente na cultura (BRUGGER, 2005, p. 255-270). Os direitos humanos não se pretendem universais em termos abstratos, eles se pretendem universais concretamente, inseridos nas diversas culturas que existem aquém e além do Estado Constitucional.

Ainda que Häberle tenha enfatizado a dimensão internacional das relações do Estado Constitucional Cooperativo, ele mesmo ponderou que novas investigações poderiam conduzir a uma compreensão do Estado Constitucional Cooperativo também na sua dimensão interna, ou seja, à abertura da ordem constitucional ao pluralismo (HÄBERLE, 2007, p. 6).¹² Nesse aspecto, o Estado Constitucional, como o lugar onde se normatiza a cidadania, o espaço no qual todos se encontram para celebrar a condição de cidadãos de uma República laica e democrática, que considera todos os seus membros com igual estima e respeito, é ainda um lugar central nesse novo arranjo institucional que promove a pluralização do direito, seja na sua dimensão internacional, seja na sua dimensão interna, como expressão da diversidade e da pluralidade que marcam as sociedades nacionais.

O Estado Constitucional Cooperativo, portanto, é o Estado que se coloca no lugar do Estado Constitucional Nacional. Ele é a resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional, de um direito que apenas regulava a coexistência dos Estados no plano internacio-

11 - Sobre a relação entre Estado Constitucional Cooperativo e Direitos Humanos, ver também PEREIRA, 2009 e ANJOS, 2019.

12 - Sobre Constituição e Pluralismo e sua relação com o Estado Constitucional Cooperativo, ver SILVA, 2005.

nal, para um direito de cooperação na “comunidade” (não mais “sociedade”) de Estados. O egoísta, individualista e, para fora, agressivo Estado Constitucional Nacional, dá lugar ao Estado Constitucional Cooperativo, caracterizado pela abertura às relações internacionais, pela permeabilidade e cooperação para a realização global dos direitos humanos, pela cooperação internacional e solidariedade estatal para além das suas fronteiras, pela ajuda ao desenvolvimento, proteção do meio ambiente (CAMPELLO, 2013) e enfrentamento de desafios comuns à humanidade (HÄBERLE, 2007, p. 7 e 70-71).¹³

3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos direitos humanos, do pluralismo, da diversidade, das minorias, ou seja, de uma sociedade complexa e plural. A Constituição brasileira de 1988 contém os elementos essenciais desse conceito. A começar pelo preâmbulo, passando pelos Princípios Fundamentais, constantes dos art. 1 a 4, pelos títulos dos Direitos Fundamentais e da Ordem Social, é possível identificar que o constituinte procurou delinear o Estado brasileiro como um Estado Constitucional Cooperativo (MALISKA, 2006, p. 182 e seg., 2013, p. 11).¹⁴

Essas características da Constituição de 1988 colocam desafios à jurisdição constitucional, pois a efetividade da Constituição passa também pela delimitação dos contornos desse Estado Constitucional Cooperativo, que, não obstante a sua abertura ao mundo, também exige a manutenção da sua identidade constitucional, aquilo que o próprio Häberle chama de elementos de identidade cultural do Estado Constitucional. O Estado Constitucional aberto necessita de elementos culturais de base, que lhes dê identidade, tanto internamente, como forma de integração do povo e de comunhão de um sentimento de pertencimento, quanto externamente, como forma de reconhecimento (HÄBERLE, 2008). As exigências aqui vão além da mera garantia de direitos subjetivos, para se apoiar em valores éticos comuns e na solidariedade entre os cidadãos, consistente no reconhecimento recíproco como concidadãos com o direito realmente efetivo à pertença plena, isto é, à proteção à exclusão jurídica, política e social (FORST, 2010, p. 281).

O protagonismo da jurisdição constitucional nas democracias constitucionais atuais indica um importante processo de deslocamento da compreensão do Direito, deixando a ideia de “direito legislado”, para assumir a de “direito jurisprudencial” (MALISKA, 2015, p. 138). A noção própria de direito, que não se confunde com a de “lei” estatal, é indicativa da completa superação do primeiro modelo de Estado de Direito da modernidade, o Estado legislativo. Essa constatação não procura desconsiderar ou minorar o papel legislativo do Estado como expressão própria da democracia. Pelo contrário, ela apenas chama a atenção para o fato de que as democracias atuais exigem soluções que combinem a vontade da maioria com a observância dos princípios da Constituição, medida que confere à jurisdição constitucional um papel contramajoritário fundamental.

13 - Sobre as implicações do conceito de Estado Constitucional Cooperativo para a Teoria do Estado e o Direito Administrativo, ver MALISKA e SCHIER, p. 2016.

14 - No direito comparado, para Jorge Miranda, uma “Constituição jus-universalista, portanto ou, como diria Peter Häberle, um Estado Constitucional Cooperativo assim se apresenta o Portugal de hoje” (MIRANDA, 2017).

O papel da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo deve atentar para a questão da produção normativa compartilhada do Estado, que não mais legisla apenas de maneira exclusiva no plano interno, mas também de forma compartilhada, no plano externo, procedimento que promove o exercício compartilhado de direitos de soberania, usando aqui a expressão do Ministro Ricardo Lewandowski em sua Tese para Professor Titular de Teoria Geral do Estado na Universidade de São Paulo, “Globalização, Regionalização e Soberania” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 291).

Para visualizar essa questão sob o ponto de vista de um exemplo, merece referência o Decreto Legislativo n. 112, que aprovou o texto do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, competente para julgar os chamados crimes de lesa humanidade, incluindo-se o de genocídio e os crimes de guerra. Sob o ponto de vista do marco constitucional de 1988, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 7º, no contexto do conceito de um Estado Constitucional Cooperativo, dispôs que o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. O art. 4, inciso II, ao dispor que as relações internacionais da República Federativa do Brasil regem-se pela prevalência dos direitos humanos, igualmente, sinalizou no sentido da abertura da ordem constitucional brasileira aos direitos humanos. A questão que se coloca, sob o ponto de vista da jurisdição constitucional, é saber da compatibilidade do art. 77 do Estatuto, com a Constituição Federal de 1988, isso em razão de que o art. 77, ao tratar das penas aplicáveis, prevê a pena de prisão perpétua, possibilidade que a Constituição de 1988, de forma expressa, veda, no art. 5, inciso XLVII, alínea “b”. Aqui se tem claramente que o Princípio da Supremacia da Constituição toma outros contornos, quando se trata da abertura do Estado Constitucional Cooperativo aos direitos humanos (MALISKA, 2006, p. 186 e seg.). O compartilhamento de direitos de soberania exige um novo olhar sobre a ordem constitucional, que deverá ser entendida a partir das balizas que a própria ordem constitucional dá para a abertura normativa da Constituição.

Essa nova compreensão do papel da jurisdição constitucional, no contexto do Estado Constitucional Cooperativo, revela tanto um esforço acadêmico, no sentido de dissertar sobre esses novos conceitos, como da própria jurisprudência, que necessita transitar de antigos para novos precedentes. Assim, ainda que críticas possam ser feitas ao Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, que conferiu status supralegal aos tratados de direitos humanos aprovados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, que inseriu o parágrafo 3 ao art. 5º da Constituição, essa decisão pode ser entendida também como uma decisão de transição, a qual acabou por resolver a questão da prisão civil por dívidas, não obstante ter deixado a desejar quanto à fundamentação teórica da inserção da Constituição Nacional na internacionalização dos direitos humanos (MALISKA, 2008).

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal deverá revisitar esse seu entendimento, para melhor ajustá-lo à ideia de um Estado Constitucional Cooperativo, ou seja, conferindo status constitucional, não apenas supralegal, aos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional 45.

De igual forma, outra questão que está relacionada ao tema da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo se refere às chamadas jurisdições concorrentes. Aqui, pode-se fazer referência às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso

Gomes Lund, que tratou da Guerrilha do Araguaia, e pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF N. 153. O Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADPF, entendeu que a Lei de Anistia, ao ter sido reafirmada pela Emenda Constitucional N. 26, de 27 de novembro de 1985, verdadeiro ato do Poder Constituinte Originário, que instalou, nos termos do seu art. 1, a Assembleia Nacional Constituinte, integrou a Anistia da Lei de 1979 à nova ordem constitucional, não cabendo mais eventual questionamento sobre o recebimento ou não da Lei, pela Constituição de 1988. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, entendeu que as disposições da Lei de Anistia brasileira, que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para as investigações e nem para a identificação e punição dos responsáveis. Igualmente, dispôs que o Estado deve conduzir, eficazmente, perante a jurisdição nacional ordinária, a investigação penal dos fatos, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido na Sentença da Corte (MALISKA, 2015, p. 465 e seg.).

Além dessa clara divergência entre os tribunais, há também outra, referente ao caráter continuado ou não dos crimes. Segundo a Corte Interamericana, inclusive esse argumento é utilizado para afirmar a sua competência para conhecer do caso, os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato persiste, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Por outro lado, o STF entende que a Lei de Anistia é uma lei-medida, pois não possui as características de generalidade e abstração, mas sim de disciplina de determinados interesses, mostrando-se imediata e concreta. Interpreta-se o texto da lei medida na realidade do e no momento histórico no qual ela foi editada, não no momento histórico da realidade atual. Por não ser uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade, há de ser interpretada a partir da realidade do momento em que foi conquistada.

Não obstante a decisão de mérito do STF na ADPF 153, foi interposto Embargos de Declaração, ainda pendente de julgamento, no qual se discute abrangência ou não da Lei de Anistia aos crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979. O assunto também esteve sob a jurisdição do STF, em razão da Reclamação Constitucional 22616, interposta por denunciado pelo crime de sequestro praticado durante o regime de exceção, em junho de 1971. Essa Reclamação Constitucional foi extinta em fevereiro de 2020, sem julgamento do mérito, em razão do falecimento do reclamante.

Como bem lembra Marcelo Neves, na sua obra *Transconstitucionalismo*, nem o “modelo de resistência”, nem o de “convergência” são apropriados para a solução de questões que envolvem jurisdições concorrentes. Assim, não se trata de a priori determinar a prevalência de uma ou outra decisão, mas sim de, diante de um caso concreto, avaliar como compatibilizar as decisões no contexto das competências de cada uma das jurisdições, ou seja, implementar aquilo que Neves chama de “modelo de articulação”, consistente no estabelecimento de “pontes de transição” entre as jurisdições analisadas (NEVES, 2009, p. 259).

A abertura do Estado Constitucional Cooperativo brasileiro aos direitos humanos é possível também de ser vista na Ratificação da Convenção 189 da OIT sobre trabalhadoras e trabalhadores domésticos. O art. 3, item 2, alínea “d” previu que os Estados membros devem

adotar medidas que visem à eliminação da “discriminação em matéria de emprego e ocupação” (LIMA, 2020).

Essa norma internacional, fruto da cooperação normativa internacional, impulsionou uma significativa mudança no art. 7, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, que não estendia aos trabalhadores domésticos todos os direitos dos trabalhadores comuns. A democrática Constituição brasileira de 1988 não teve forças suficientes para eliminar um importante resquício da escravidão, que era o trabalho doméstico nas condições como aprovado em 1988, ou seja, sem FGTS, sem hora extra, sem seguro desemprego, sem adicional noturno etc.

Foi a abertura da ordem constitucional aos direitos humanos que possibilitou a oxigenação da ordem constitucional brasileira, com um importante reparo no que diz respeito à legítima promoção dos direitos dos trabalhadores domésticos.

A jurisdição constitucional também acaba tendo um importante lugar no deslocamento da ideia de um “direito legislado” para um “direito jurisprudencial”. A centralidade da jurisdição constitucional, no sistema político e constitucional atual, contribui para a percepção da importância do papel dos Tribunais na definição do que seja propriamente o direito válido.

No caso brasileiro, no qual a jurisdição constitucional é difusa, esse papel não se resume apenas ao Supremo Tribunal Federal, mas acaba também contemplando o Poder Judiciário como um todo. Por certo, essa nova compreensão necessita daquilo que o Código de Processo Civil trata no art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

A segurança jurídica ocorre muito mais pela previsibilidade das decisões judiciais, do que pelo conteúdo propriamente do texto legal. Isso se dá, pois os tribunais, trabalhando com a jurisdição constitucional, a qual tem um código de validade mais amplo (o código constitucional/inconstitucional é muito mais abrangente que o código legal/ilegal), muitas vezes invalidam a aplicação da lei, buscam uma interpretação conforme à constituição, ou mesmo, decidem com fundamento em outras normas, sejam elas decorrentes de normas extra-estatais propriamente (normas associativas, locais, de minorias étnicas e religiosas – exemplo: aplicação do direito islâmico pelos tribunais europeus, direito indígena etc.), de normas internacionais, supranacionais, transnacionais etc. Nesse último aspecto, tem-se o conceito de pluralismo jurídico, o qual desempenha um papel central para se compreender a ideia atual de democracia inclusiva. Nesse ponto, é interessante observar que Hans Kelsen, um defensor da democracia pluralista liberal, via no monismo jurídico estatal o singular para regular essa pluralidade. Agora, o pluralismo jurídico se vincula à Constituição como referência normativa, ou seja, há um direito fora da lei, mas não fora da Constituição. O código de validade jurídica é mais abrangente, passa a ser constitucional/inconstitucional.

A pluralização das fontes do direito, um fenômeno que decorre do transbordamento da sociedade civil nacional com vistas à cooperação e solidariedade sociais internacional e/ou supranacional, coloca o Estado Constitucional Cooperativo na condição de uma instituição que ainda é singular no contexto do mundo atual, pois ele é ainda a única organização política que detém o chamado monopólio da violência legítima, com o qual ele pode constranger pessoas e instituições a seguirem as suas normas. No entanto, esse monopólio do poder é exercido no contexto de uma pluralidade de fontes jurídicas, em que o fundamento jurídico da decisão política estatal é mais abrangente.

A jurisdição constitucional tem um papel fundamental nesse processo, pois ela serve como filtro da ação desse Estado. O Estado Constitucional Cooperativo interage para além e aquém de suas fronteiras, promove, sob muitos aspectos, a democracia plural e inclusiva. Nesse sentido, uma decisão do STF que está em sintonia com essas ideias se encontra na ADI 4277 e na ADPF 132, na qual a mais alta instância do poder judiciário brasileiro deu interpretação, conforme a Constituição, ao art. 1723 do Código Civil para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Segundo o Tribunal, não se pode discriminar as pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher, seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. O pluralismo, como valor sócio-político-cultural, alicerça a liberdade para que se possa dispor da própria sexualidade, categoria essa inserida nos direitos fundamentais do indivíduo como expressão da autonomia de vontade. Os direitos à intimidade e à vida privada igualmente integram o rol de direitos fundamentais protegidos pela cláusula pétrea.

Conforme ainda decidiu o STF, a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Família se constitui como “categoria sócio-cultural e princípio espiritual”. Em síntese: “A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (...) [Trata-se da] Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. [Tem-se aqui o] avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes, [uma] caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural” (STF – ADI 4277; ADPF 132).

O Tribunal, ao afastar a norma estatal que definia união estável apenas como a união entre o homem e a mulher, foi sensível à ideia ehrlichiana do direito como “uma ordem de comportamentos habituais” e igualmente reconheceu a legitimidade da norma jurídica que de fato pautava a ação dessas pessoas, uma norma jurídica empírica, seguida por um grande conjunto de pessoas que viviam em união marital à margem da lei estatal (MALISKA, 2015, p. 143).

Essa questão geralmente tende a ser enfrentada sob o ponto de vista do fundamento jurídico constitucional, qual seja, as normas da constituição, que conferem fundamento à decisão tomada pelo STF. Mas há outro aspecto decorrente de um direito vivo, empírico, que acabou sendo reconhecido pelo STF. Esse direito empírico, que existe e regula a vida das pessoas, independente da norma estatal, acaba tendo também vez e espaço nessa nova compreensão do direito dito jurisprudencial.

A jurisdição constitucional do Estado Constitucional Cooperativo contribui significativamente para a realização dos objetivos constitucionais de 1988, de construir uma sociedade mais inclusiva, mais justa e mais solidária.

4. CONCLUSÃO

O papel da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Cooperativo parte da compreensão de que o Estado Constitucional Cooperativo é o Estado Constitucional dos Direitos humanos, do pluralismo, da diversidade e das minorias, ou seja, de uma sociedade complexa e plural.

A Constituição Federal de 1988 delinea o Estado brasileiro como um Estado Cooperativo, tanto nos seus princípios fundamentais, como nos títulos dos direitos fundamentais e da ordem social.

O protagonismo da jurisdição constitucional nas democracias constitucionais atuais indica um importante processo de deslocamento da compreensão do Direito, deixando a ideia de “direito legislado”, para assumir a de “direito jurisprudencial”. Essa constatação não procura desconsiderar ou minorar o papel legislativo do Estado como expressão própria da democracia. Pelo contrário, ela apenas chama a atenção para o fato de que as democracias atuais exigem soluções que combinem a vontade da maioria com a observância dos princípios da Constituição, medida que confere à jurisdição constitucional um papel contramajoritário fundamental. Os tribunais, trabalhando com a jurisdição constitucional, a qual tem um código de validade mais amplo (o código constitucional/inconstitucional é muito mais abrangente que o código legal/ilegal), muitas vezes invalidam a aplicação da lei, buscam uma interpretação conforme à constituição, ou mesmo, decidem com fundamento em outras normas, sejam elas decorrentes de normas extra-estatais propriamente (normas associativas, locais, de minorias étnicas e religiosas – exemplo: aplicação do direito islâmico pelos tribunais europeus, direito indígena etc.), de normas internacionais, supranacionais, transnacionais etc. Nesse último aspecto, tem-se o conceito de pluralismo jurídico, o qual desempenha um papel central para se compreender a ideia atual de democracia inclusiva.

A pluralização das fontes do direito, um fenômeno que também decorre do transbordamento da sociedade civil nacional, com vistas à cooperação e solidariedade social internacional e/ou supranacional, coloca o Estado Constitucional Cooperativo na condição de uma instituição que ainda é singular no contexto do mundo atual, pois ele é ainda a única organização política que detém o chamado monopólio da violência legítima, com o qual ele pode coagir pessoas e instituições a seguirem as suas normas. A jurisdição constitucional tem um papel fundamental nesse processo, pois ela serve como filtro da ação desse Estado, que necessita interagir para além e aquém de suas fronteiras, promovendo a democracia plural e inclusiva.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Priscila Caneparo dos. Uma nova leitura dos Estados a partir dos direitos humanos: o Estado constitucional cooperativo. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 8, n. 78, 2019.

BARBOSA, Rui. Art. 6º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia. In: **Obras Completas**. v. XLVII 1920. Tomo III. Rio de Janeiro: MEC – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1975.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUGGER, Winfried. A pessoa humana dos direitos humanos. Tradução de Elisete Antoniuk. Revisão de tradução: Marcos Augusto Maliska. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais do UniBrasil**, v. 5, 2005.

CAMPELLO, Livia Gaigher. Meio Ambiente e Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Thesis Juris**, v. 2, n.2, jul./dez. 2013.

CATANIA, Alfonso. **Lo Stato Moderno. Sovranità e Giuridicità.** Turin: G. Giappichelli Editore, 1996.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça.** Tradução de Denilson Luis Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Constituição e Cultura. O Direito ao Feriado como Elemento de Identidade Cultural do Estado Constitucional.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Zeit der Übergänge.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções.** Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **A Era do Capital.** Tradução de Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **A Era dos Impérios.** Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca (1918-1929). Tradução de Jorge Rafael Matos. Revisão de tradução: Marcos Augusto Maliska. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 26, n. 1., p. 258-277, jan/abr. 2021.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, Thierry Gihachi Izuta de. **Flexibilização das Relações de Trabalho e de Garantia de Trabalho Decente; Desafios aos Sistemas de Proteção Internacional do Trabalhador e ao Estado Constitucional Cooperativo.** Curitiba: Dissertação de Mestrado do PPGD UniBrasil, 2020.

LUKACS, John. **O Duelo. Churchill x Hitler. 80 dias cruciais para a Segunda Guerra Mundial.** Tradução de Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI. A Integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



_____. Constituição e Cooperação normativa no Plano Internacional. Reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 466.343-1. **Espaço Jurídico**, v. 9, 2, jul./dez. 2008.

_____. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. A proteção dos direitos humanos no âmbito de jurisdições concorrentes: o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi. (Org.) **Direito da Integração Regional. Diálogo entre jurisdições na América Latina**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o Pesado Estado Autárquico e o Indiferente Estado Mínimo. Reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 20, p. 159-173, 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Die Deutsche Ideologie. In: **Werke**, v. 3, Berlin: Dietz Verlag, 1959.

MIRANDA, Jorge. O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 63, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Larissa Alcântara. Âmbitos de atuação estatal em prol da efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais: Estado Constitucional Cooperativo e Federalismo Cooperativo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 5, 2009.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Häberle. **Revista Jurídica. Presidência da República**, v. 7, n. 72, 2005.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La Formacion del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

