Os novos desafios da Jurisdição Constitucional no Século XXI: a perspectiva brasileira

GILMAR MENDES•

I. Introdução.
II. Panorama geral da Jurisdição Constitucional no Brasil.
III. Alguns aspectos inovadores da Jurisdição Constitucional no Brasil.
III.1. Publicidade e organização dos julgamentos.
III.2. A fiscalização da constitucionalidade das emendas constitucionais.
III.3. Federalismo e controle de constitucionalidade.
III.4. Controle de constitucionalidade da omissão legislativa.
V.Reflexões finais

I. Introdução

A jurisdição constitucional brasileira foi construída num ambiente constitucional democrático e republicano, apesar das interrupções causadas pelos regimes autoritários. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional. O desenho e organização da jurisdição constitucional brasileira reúnem, de forma híbrida, características marcantes dos clássicos modelos de controle abstrato e de controle concreto de constitucionalidade.

• Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Presidente do Conselho Nacional de Justiça do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos*; Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1989), com a dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990), com a tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 395 p.). Membro Fundador do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do Conselho Assessor do "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional" – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madri, Espanha. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE.

A Jurisdição Constitucional no Brasil pode ser hoje caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o *mandado de segurança* – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro – o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, a *ação civil pública* e a *ação popular*. Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a *ação direta de inconstitucionalidade*, a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, a *ação declaratória de constitucionalidade* e a *argüição de descumprimento de preceito fundamental.*

A multiplicidade de mecanismos processuais e a robustez do texto constitucional, o qual possui um dos catálogos de direitos fundamentais mais extensos do mundo, têm permitido ao Supremo Tribunal Federal do Brasil desenvolver o controle de constitucionalidade com extrema desenvoltura.

Assim, o início deste Século XXI tem sido marcado, no Brasil, por uma vertiginosa evolução da jurisdição constitucional, o que pode também ser caracterizado pelo ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na proteção da Constituição e dos direitos fundamentais.

Os desafios, não obstante, ainda são variados e complexos. A Constituição de 1988 instituiu uma extensa agenda social, ao incorporar os mais diversos anseios sociais e políticos. São visíveis os déficits na elaboração e implementação das políticas públicas necessárias à efetivação de direitos elementares, o que gera uma enorme carga jurisdicional e política em torno da jurisdição constitucional, que se vê compelida a atuar diante de patentes casos de omissão legislativa e administrativa.

Assim, não é necessário muito esforço para constatar que, no Brasil, neste início de século, os formidáveis avanços quanto à democratização do processo constitucional não escondem outros desafios da jurisdição constitucional, os quais se concentram, em sua maior parte, nas difíceis

questões quanto à omissão legislativa e o papel que deve exercer a Corte Constitucional na solução dos déficits de implementação de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais. Tais desafios suscitam, não há dúvida, vetustos problemas sobre o papel das Cortes nas democracias contemporâneas, a tensão entre democracia e direitos fundamentais, enfim, o embate dialético entre jurisdição constitucional e democracia.

II. Panorama geral da Jurisdição Constitucional no Brasil

A Constituição do Brasil de 1988 foi promulgada após intensa discussão em uma Assembléia constituinte reunida entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988. O documento constitucional conta com 250 artigos na parte permanente e 94 artigos nas disposições transitórias. Cuida-se de um texto extremamente detalhado, que, por isso, tem dado ensejo a sucessivas emendas constitucionais. Além das 6 emendas aprovadas no processo especial de revisão realizado nos anos de 1993 e 1994, a Constituição recebeu, até o ano de 2008, 56 emendas.

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se assegurar a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se também a autonomia funcional dos magistrados[1].

A Constituição de 1988 preservou o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, composto por 11 juízes (Ministros), escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. A nomeação dar-se-á pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

---

[1] Conferir, a propósito dos dilemas do Poder Judiciário, ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro:* uma introdução. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. São Paulo: Fundação Unesp Editora, 2004.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou um mecanismo para aperfeiçoar a extraordinária jurisdição recursal do Supremo Tribunal Federal. A repercussão geral foi estabelecida como um instrumento segundo o qual "*no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros*". O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Também introduzida pela Emenda n. 45/2004, a súmula vinculante estabeleceu a vinculação dos órgãos judiciais e dos órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial.

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A amplitude do direito de propositura fez com que até mesmo pleitos tipicamente individuais fossem submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas.

III. Alguns aspectos inovadores da jurisdição constitucional no Brasil

III.1. Publicidade e organização dos julgamentos

Aspecto interessante da jurisdição constitucional brasileira diz respeito à ampla publicidade e à organização dos julgamentos e dos atos processuais.

O art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988 prescreve que *"todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos"*. Ao contrário do que ocorre em diversos sistemas de justiça constitucional, nos quais as ações de inconstitucionalidade são julgadas em audiências privadas, as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, são amplamente públicas.

Os debates são transmitidos ao vivo por um canal aberto de televisão ("TV Justiça") e por uma estação de rádio ("Rádio Justiça"), ambos com alcance em todo o território nacional.

As sessões de julgamento são conduzidas pelo Presidente do Tribunal. Os casos são distribuídos aleatoriamente a um dos Ministros da Suprema Corte, que relata a controvérsia constitucional aos seus colegas. Após o relatório abre-se a oportunidade para que cada Ministro profira seu voto. Nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, é exigido um quorum mínimo de 8 ministros. A questão constitucionalidade será decidida se houver pelo menos 6 votos no sentido da procedência ou da improcedência da ação.

Os votos são revelados apenas na sessão de julgamento, em caráter público. Assim, é comum que os votos produzam intensos debates entre os Ministros da Corte, tudo transmitido ao vivo pela televisão. Ao sentir a necessidade de refletir melhor sobre o tema debatido, ante os argumentos levantados na ocasião do debate, é facultado aos Ministros fazerem pedido de vista do processo.

A ampla publicidade e a peculiar organização dos julgamentos fazem do Supremo Tribunal Federal um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.

III.2. A fiscalização da constitucionalidade das emendas constitucionais

No Brasil, ao contrário do que se observa na experiência do direito comparado, a impugnação de emendas constitucionais, pela via da ação direta, tem se tornado algo corrente.

É indubitável o fascínio que o controle de constitucionalidade de normas constitucionais gera sobre doutrinadores e juízes, em qualquer país que adote uma Constituição rígida e mantenha uma efetiva Jurisdição Constitucional.

Na realidade do direito comparado, esse encantamento sobre o tema sempre levou a uma atuação extremamente cautelosa dos Tribunais na fiscalização da constitucionalidade do processo de reforma constitucional.

No Brasil, por outro lado, as premissas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n° 815 – na qual se discutiu sobre a polêmica questão quanto à existência de normas constitucionais inconstitucionais –, a pletora de emendas constitucionais do período pós-88, assim como a abertura normativa das denominadas *cláusulas pétreas*, tornaram o exercício do controle de constitucionalidade das reformas constitucionais uma atividade recorrente. O Tribunal tem exercido essa atividade em um quadro de absoluta normalidade.

Isso não quer dizer – deixe-se ressaltado – que a Corte venha se impondo ao legislador democrático na definição dos limites constitucionais ao poder de revisão da Constituição. A Corte tem deixado bem claro que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não impedem toda e qualquer modificação do texto constitucional, mas apenas aquelas que implicam efetiva violação a seu núcleo essencial.

III.3. Federalismo e controle de constitucionalidade

As características do Estado brasileiro sempre foram favoráveis à adoção do modelo federativo. O território é vasto, o que torna totalmente impraticável qualquer governo totalmente centralizado. O povo está marcado pelo pluralismo cultural, pela diversidade de crenças, religiões, costumes, organizações e práticas políticas, econômicas e sociais, tradições etc.

Com a clara intenção de reorganizar a federação brasileira, adequando-a aos princípios republicanos definidores do equilíbrio federativo, a Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas. Seguindo a tradição que vem desde a Constituição de 1891 (art. 90, § 4º), incluiu a forma federativa de Estado no denominado núcleo intangível da ordem constitucional, proibindo qualquer proposta de revisão tendente a aboli-la. O Município passou a figurar entre os entes que compõem a união indissolúvel da República, o que por si só já é um avanço considerável, se levarmos em conta que os principais Estados federais – como Estados Unidos, México, Argentina, Alemanha, Canadá – não incluem os núcleos municipais na organização federativa. Modernizou a repartição de competências, estabelecendo um rol de competências privativas, comuns e concorrentes entre os entes federativos, abrindo, dessa forma, o caminho de evolução de um federalismo dual, marca de nossa história republicana, para um *federalismo de cooperação*.

Sob o manto da Constituição de 1988, o controle abstrato de constitucionalidade por meio de ações diretas tem-se firmado como peça principal na manutenção do equilíbrio federativo brasileiro.

A ampliação dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade imprimiu significativas modificações em nosso sistema de controle de constitucionalidade, permitindo que os Governadores e as Assembléias Legislativas Estaduais defendam os interesses locais em face da União.

É bem verdade, por outro lado, que a maioria das ações propostas pelos Governadores visam assegurar não a autonomia estadual

frente à União, mas a autonomia do Poder Executivo em face do Poder Legislativo estadual.

De toda forma, a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, desde a Constituição de 1988, tem representado significativo avanço na conformação do regime federativo, tendo em vista que, por meio dele, o Supremo Tribunal Federal tem a oportunidade de estabelecer os parâmetros de nossa federação, bem como de manter a uniformidade da interpretação jurídica em todo o território nacional.

III.4. O controle da constitucionalidade da omissão legislativa

No Brasil, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIo) não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica.

Nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias.

Destinatário principal da ordem a ser emanada pelo órgão judiciário é o Poder Legislativo. O sistema de iniciativa reservada, estabelecido na Constituição Federal, faz com que a omissão de outros órgãos, que têm competência para desencadear o processo legislativo, seja também objeto dessa ação direta de inconstitucionalidade.

Ao lado da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição prevê o mandado de injunção, ação constitucional especificamente destinada à superação da omissão legislativa que seja obstáculo ao efetivo exercício de um direito fundamental.

O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O tema do direito de greve do servidor público tem lugar de destaque na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção.

Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção ns. 670 e 708[2] e, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

IV. Reflexões finais

Nos últimos seis anos, em que tive a honra de integrar o Supremo Tribunal Federal, percebi uma Corte profundamente comprometida com a realização dos direitos fundamentais.

Tivemos casos históricos, onde discutimos questões relacionadas ao racismo e ao anti-semitismo, progressão de regime prisional, fidelidade partidária, pesquisas científicas com embriões humanos, entre outros. Já iniciamos o julgamento de temas relevantes sobre aborto e prisão civil do depositário infiel.

Os direitos fundamentais de caráter processual (*Justizgrundrechte*) têm recebido proteção singular por parte da Corte.

[2] MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Gilmar Mendes e MI 712, Rel. Eros Grau.

Além de serem garantias processuais de direitos fundamentais, ações constitucionais são constantemente utilizadas como um único instrumento processual para a defesa da jurisdição e autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Todos esses instrumentos postos à disposição do cidadão, para a proteção de seus direitos e interesses fundamentais perante a Corte, revelam um dos sistemas constitucionais mais pródigos do mundo em termos de garantias processuais de direitos.

Esse é o mais relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Não há Estado de Direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais.

O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há "judicialização da política" quando as "questões políticas" estão configuradas como verdadeiras "questões de direitos". Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República.

A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático, é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseado em princípios e valores fundamentais.

Não devemos, porém, cair na tentação da onipotência e da onipresença desta Corte em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo o Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, como obstáculos intransponíveis à deliberação política.

Esse é um grande desafio para a jurisdição constitucional: conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia.