

A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade

Gilmar Mendes•

I. Introdução

Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado democrático de direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos – e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob este prisma.

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o

• 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.

terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789, a *fraternidade*¹. E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir.

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Vivemos, atualmente, as conseqüências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os *fundamentalismos* de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade.

Nesse contexto, a *tolerância nas sociedades multiculturais* é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade.

Dois diferentes casos ilustram muito bem como a jurisdição constitucional brasileira tem sido chamada a garantir a concretização dos valores constitucionais da liberdade e da igualdade pela consistente afirmação da fraternidade.

II. Limites da tolerância: os discursos do ódio (*Hate Speech*)

O Supremo Tribunal Federal foi recentemente chamado a se pronunciar sobre a polêmica questão dos discursos do ódio (*hate speech*). O tema é, sem dúvida, um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso e a examinar a impossibilidade de se tolerar a intolerância, em vista de seu potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas.

¹ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta; 1998.

No *Habeas Corpus* 82.424 – o denominado “caso Ellwanger” –, julgado em 17 de setembro de 2003, o STF apreciou a condenação de escritor e sócio de editora por delito de discriminação contra os judeus, consubstanciada na publicação, distribuição e venda ao público de obras de conteúdo anti-semita.

Em tal oportunidade, foi trazida à análise do Tribunal questão relativa ao alcance do termo “racismo” empregado pelo constituinte no art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira, o qual prescreve que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível. Assim, a relevância da descoberta do sentido semântico da referida expressão estava justamente no exame da imprescritibilidade da punibilidade da conduta anti-semita atribuída ao paciente, concluindo-se que, do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do anti-semitismo. Lembro aqui que não é por outra razão que diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil deixam claro o compromisso com o combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o anti-semitismo.

Aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, passou-se à pergunta sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional.

Tal indagação assume relevo ímpar, especialmente quando se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e da vontade popular.

Nesse sentido, o cerne da questão está no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos fundamentais de suma importância para qualquer sociedade democrática: a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política, é preciso proibir a

discriminação ou a exclusão de qualquer sorte que negue a alguns o exercício de direitos. Da mesma forma, para atingir a liberdade de expressão, é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa.²

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade.

Nesse contexto, ganha relevância a discussão a respeito da medida de liberdade de expressão permitida constitucionalmente, sem que isso possa levar à intolerância e ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, enfim, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.

Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional brasileiro de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI).

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta no texto constitucional brasileiro. Ela encontra limites também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal do Brasil considerou que, diante dos objetivos da preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana e do ônus imposto à liberdade de expressão, essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, uma vez que inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional restariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta e intangível à liberdade de expressão.

² BOYLE, Kevin. Hate Speech - The United States versus the rest of the world?, *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001, p. 490.

Trata-se de um caso emblemático de nossa jurisprudência constitucional na proteção da liberdade no Estado democrático de direito.

III. Discriminações positivas: as ações afirmativas

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

A jurisdição constitucional no Brasil não está afastada dessa perspectiva.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro está atualmente em meio ao processo de julgamento de caso relativo ao polêmico tema das ações afirmativas de inclusão de minorias no sistema educacional superior. Discute-se, nesse caso, a constitucionalidade de programa governamental voltado à concessão a indivíduos afro-descendentes, indígenas e deficientes de bolsas de estudo em instituições privadas de ensino superior³.

Segundo a lei que institui o referido programa, para receber os recursos destinados pelo governo, as universidades brasileiras deverão reservar parte das bolsas de estudo para alunos que tenham cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral, devendo, ainda, parte das bolsas serem concedidas a negros, indígenas e pessoas portadoras de necessidades especiais.

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de

³ STF-ADI 3.330, Rel. Min. Carlos Britto.

inflexão do próprio valor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação de tais desigualdades.

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro lado o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

Não se deve esquecer, neste ponto, o que Alexy trata como o *paradoxo da igualdade*, no sentido de que toda igualdade de direito tem por conseqüência uma desigualdade de fato e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito⁴. Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, assim, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais.

Cortes constitucionais de diversos Estados têm sido chamadas a se pronunciar sobre a constitucionalidade de programas de ações afirmativas nas últimas décadas. No entanto, é importante salientar que esse tema – que até certo ponto pode ser tido como universal – tem contornos específicos conforme as particularidades históricas e culturais de cada sociedade.

De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia nos idos da década de 40 do século passado Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, “a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos”⁵.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

⁵ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense; 2006, p. 109.

Isso não quer dizer que não haja problemas raciais no Brasil. O preconceito está em toda parte. Como diz Bobbio, “não existe preconceito pior do que o acreditar não ter preconceitos”⁶. No entanto, é importante ter em mente que a solução para tais problemas não está na importação acrítica de modelos construídos em momentos históricos específicos tendo em vista realidades culturais, sociais e políticas totalmente diversas das quais vivenciamos atualmente no Brasil, mas na interpretação do texto constitucional tendo em vista as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira.

É certo, assim, que o Brasil caminha para a adoção de um modelo próprio de ações afirmativas de inclusão social, tendo em vista as peculiaridades culturais e sociais da sociedade brasileira, que impedem o acesso do indivíduo a bens fundamentais, como a educação e o emprego. O modelo de ações afirmativas não deve levar em conta apenas a raça ou a cor do indivíduo, mas a sua situação cultural, econômica e social. Segundo esse modelo, as políticas públicas e privadas destinadas à integração dos grupos minoritários devem ser adequadas, necessárias e razoáveis para os fins a que se propõem.

IV. Algumas reflexões finais

Ambos os temas aqui tratados ilustram a maneira como a efetiva concretização da igualdade e da liberdade dependem de uma atuação constante e sempre atenta da jurisdição constitucional.

É por meio das efetivas decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais que esses valores supremos ganham uma real dimensão diante das particularidades históricas e culturais das diferentes sociedades.

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.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp; 2002, p. 122.

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.

Nos Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da Jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais Poderes democraticamente constituídos. No cumprimento desse mister, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição é tarefa cometida a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade. Como ensinou-nos o Professor Peter Häberle, todo aquele que vive a Constituição é também seu legítimo intérprete.

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.

Devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional ao aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. Para o Mestre de Viena, *o sistema democrático não se legitima pela verdade, mas, sim, pelo consenso*⁷.

Numa verdadeira democracia, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. As constituições contemporâneas pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser

⁷ KELSSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2ª ed. 1929, p. 101.

objeto de crítica e controle⁸. Trata-se, em verdade, de um modelo de *fiscalização democrática* dos atos do Poder Público.

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.

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.

⁸ GRIMM, Dieter. *Verfassungsgerichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*. In: *Jus-Didaktik*, Heft 4, Munique, 1977, p. 83 (95).