

Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparéncia e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas

Gilmar Ferreira Mendes¹

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos exemplos mais claros de sistema misto, no qual se conjugam o tradicional modelo concreto e difuso com as ações abstratas de controle concentrado da constitucionalidade.

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

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*.

Um importante mecanismo do controle difuso da constitucionalidade é o recurso extraordinário, por meio do qual as questões constitucionais

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha.

suscitadas nos diversos tribunais do país chegam ao crivo da Suprema Corte. O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância judicial (CF, art. 102, III, *a* a *d*).

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988, era o recurso extraordinário — também quanto ao critério de quantidade — o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal². Sob a Constituição anterior, o recurso extraordinário destinava-se não só a proteger a ordem constitucional, mas a ordem do direito federal, de modo que a impugnação poderia alegar afronta direta tanto à Constituição como ao direito federal.

Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* norte-americano³ e introduzido na ordem constitucional brasileira por meio da Constituição de 1891, nos termos de seu art. 59, § 1º, *a*, pode ser interposto pela parte vencida⁴, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (CF, art. 102, III, *a*, *b* e *c*). A EC 45/2004 passou a admitir o recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição (CF, art. 102, III, *d*).

² Apenas em 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários (cf., a propósito, CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, cit. p. 38-9).

³ O *writ of error* foi substituído no Direito americano pelo *appeal* (cf., a propósito, HALLER, Walter. *Supreme Court und Politik in den USA*. Berna, 1972, p. 105).

⁴ O recurso extraordinário, assim como outros recursos, pode ser proposto também pelo terceiro prejudicado (CPC, art. 499).

Impõe-se observar que, sob a Constituição de 1988, agravou-se a crise numérica que, já sob o modelo anterior, incidia sobre o recurso extraordinário. Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto de controle de constitucionalidade passa a ter precedência ou primazia após a Constituição de 1988, é verdade também que é exatamente após 1988 que se acentua o problema quantitativo do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no *sistema difuso*, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários.

No âmbito da Reforma do Judiciário implementada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, o art. 102, § 3º, da Constituição, foi alterado para fazer constar o novo instituto da *repercussão geral*, criado com conhecido objetivo de tentar solucionar o problema da crise numérica do recurso extraordinário. O referido dispositivo constitucional agora prescreve que “*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*”.

A regulamentação desse dispositivo constitucional foi realizada pela Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que alterou o art. 543 do Código de Processo Civil, o qual agora dispõe que “*o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral*”.

Trata-se de uma mudança significativa no recurso extraordinário, cuja admissão deverá passar pelo crivo da Corte referente à repercussão geral da questão constitucional nele versada.

De acordo com a inovação legal, para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que *ultrapassem os interesses subjetivos da causa*. Haverá também repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º). Não há dúvida, portanto, de que a adoção desse novo instituto deverá *maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário*.

A diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é 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 *arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

O legislador constituinte brasileiro introduziu, em 1965, ao lado do controle incidental de normas, o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, para aferição da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. O direito de propositura da ação foi outorgado exclusivamente ao Procurador-Geral da República.

Sob a égide da Constituição de 1988, grande mudança verificou-se no âmbito do *controle abstrato de normas*, com a criação da ação direta de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, “a” c/c art. 103).

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um entre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com *ampla legitimação* – particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade –, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da *ação declaratória de constitucionalidade*, introduzido no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no bojo de reforma tributária de emergência. A Emenda Constitucional n. 3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá *eficácia*

contra todos (erga omnes) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental veio prevista no texto constitucional de forma bastante singela: “*a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma lei.*” (art. 102, § 1º). A ausência de qualquer antecedente histórico significativo dificultava enormemente a disciplina infraconstitucional do instituto. A Lei n.º 9.882, de 1999, regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual poderá ser utilizada para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

O constituinte brasileiro de 1988 conferiu significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão, com a instituição dos processos de mandado de injunção e de ação direta da constitucionalidade da omissão. 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. O objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se

teve em vista não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que possa, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem o importante papel de interpretar a Constituição e de assegurar que os direitos e garantias declarados no texto constitucional tornem-se uma realidade efetiva para toda a população. À demanda cada vez maior da sociedade a Corte tem respondido demonstrando profundo compromisso com a realização dos direitos fundamentais.

Nas últimas décadas, desde o advento da Constituição de 1988, o STF vem se afirmado como verdadeira Corte Constitucional. O Tribunal, recentemente, julgou casos importantes, em que foram discutidas questões relacionadas ao racismo e ao anti-semitismo⁵, à progressão de regime prisional⁶, à proibição de nepotismo na administração pública⁷, ao fornecimento de medicamentos pelo Estado⁸, à pesquisa científica com células-tronco⁹, ao direito dos índios às suas terras¹⁰, à liberdade de imprensa¹¹ e ao livre exercício do jornalismo¹², assim como ao reconhecimento da união homossexual¹³, esta última julgada na semana passada.

⁵ STF-HC 82424/RS, Pleno, Relator Moreira Alves, redator para Acórdão Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004.

⁶ STF-HC n.º 82.959/SP, Relator Marco Aurélio, DJ 1º.9.2006.

⁷ STF-ADC 12/DF, Relator Min. Ayres Britto, julg. 20.8.2008.

⁸ STA 175/CE. Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 28.9.2009.

⁹ ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto.

¹⁰ Pet 3888, Rel. Min. Carlos Britto.

¹¹ ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto.

¹² RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹³ ADPF 132; ADI 4277, Relator Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2010.

Ressalto que, nesse contexto, a Corte tem aperfeiçoado os mecanismos de abertura do processo constitucional a uma – cada vez maior – pluralidade de sujeitos. A legislação¹⁴ permite que o Tribunal admita a intervenção no processo de órgãos ou entidades, denominados *amici curiae*, para que estes possam se manifestar sobre a questão constitucional em debate.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, pode requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão em julgamento, ou realizar audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Tribunal tem utilizado amplamente esses mecanismos de abertura procedural, com destaque para as audiências públicas realizadas para se discutir o polêmico tema da pesquisa científica com células-tronco embrionárias¹⁵, o tema do aborto de fetos anencéfalos¹⁶, os problemas do sistema único de saúde pública e as ações afirmativas para afrodescendentes¹⁷.

Esse caráter pluralista e aberto das Cortes Constitucionais, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito, implica também o reconhecimento, pela sociedade, do papel da Corte e de sua força institucional. Ao decidir casos

¹⁴ Lei n.º 9.868/99

¹⁵ ADI n.º 3.510/DF

¹⁶ ADPF n.º 54

¹⁷ ADPF n.º 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

relevantes, com responsabilidade e transparência, o Supremo Tribunal Federal passa a se consolidar como instituição vital à democracia.

Nesse aspecto, o processo de deliberação adotado no Supremo Tribunal Federal é muito peculiar em relação aos diversos exemplos encontrados no direito comparado.

No Supremo Tribunal Federal do Brasil, os Ministros se reúnem, ordinariamente, três vezes durante a semana para o julgamento de processos. Às terças-feiras, ocorrem as sessões das duas Turmas de julgamento, compostas por cinco Ministros cada, excluído o Presidente do Tribunal. Às quartas e quintas-feiras, os onze Ministros reúnem-se nas sessões do Tribunal Pleno. A declaração de constitucionalidade de leis e atos normativos é competência exclusiva do Plenário da Corte¹⁸.

Assim, 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*”, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁸ Art. 97 da Constituição de 1988.

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 pela “TV Justiça”, canal aberto de televisão, e pela “Rádio Justiça”, ambos com alcance em todo o território nacional.

Criada pela Lei n.º 10.461/2002, a “TV Justiça” é um canal de televisão público, de caráter não lucrativo, coordenado pelo Supremo Tribunal Federal, e que tem por objetivo a ampla divulgação das atividades do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública. Trata-se de um canal de aproximação entre o cidadão e tais órgãos, definidos na Constituição como essenciais à Justiça. Em linguagem de fácil assimilação pelo cidadão comum, a TV Justiça tem a função de esclarecer, informar e ensinar às pessoas como defender seus direitos. A atuação da TV Justiça nos últimos anos tem tornado mais transparentes as atividades do Poder Judiciário perante a população brasileira, contribuindo para a abertura e a democratização desse Poder.

As sessões de julgamento são conduzidas pelo Presidente do Tribunal. Após a leitura do relatório descritivo da controvérsia constitucional pelo Ministro relator do processo e as sustentações orais dos advogados e do representante do Ministério Público, 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 constitucional será decidida se

houver pelo menos 6 votos no sentido da procedência ou da improcedência da ação.

Os votos dos magistrados são revelados apenas na sessão de julgamento, em caráter público. Assim, é comum que os votos produzam intensos debates entre os Ministros da Corte, com transmissão ao vivo pela televisão. Caso entendam ser necessário refletir melhor sobre o tema debatido, ante os argumentos levantados na ocasião do debate,, os Ministros podem pedir vista do processo. Previsto expressamente no Código de Processo Civil, no art. 555, § 2º (“*Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista (...)*”), o pedido de vista é corolário da democracia, pois visa à qualificação do debate, ao incremento da argumentação, ao aperfeiçoamento do raciocínio, enfim, ao regular e profícuo desenvolvimento do julgamento.

Não se pode olvidar que a Jurisdição Constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e argumentação produzida segundo a racionalidade própria das normas e dos procedimentos que conduzem os julgamentos.

Finalizado o julgamento, cabe ao relator do processo, ou ao condutor do voto vencedor, redigir o acórdão, que será publicado no Diário da Justiça, publicação diária, de circulação nacional, da imprensa oficial brasileira.

Além da publicação do acórdão no Diário da Justiça (em versão impressa e digital), o inteiro teor do julgamento é disponibilizado a todos na página oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br).

A decisão publicada deve conter a íntegra de todos os votos proferidos e a transcrição dos debates orais ocorridos em sessão pública, além de uma síntese (ementa) dos principais fundamentos da decisão.

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.

Outra demonstração de que a Corte procura adaptar-se a novas formas de aproximação com a sociedade é a utilização de recursos como o *Youtube* e o *Twitter*. O Supremo Tribunal Federal foi o primeiro Tribunal a ter uma página especial no You Tube, na qual se podem ver as principais sessões de julgamento, assim como programas transmitidos pela TVJustiça e outras atividades desenvolvidas pela Corte. No Twitter, o Supremo Tribunal Federal conta com mais de 90.000 seguidores, que recebem constantemente mensagens atualizadas do que está a acontecer no mais alto órgão do Judiciário brasileiro.

Além de estimular mecanismos de abertura da Corte à sociedade, o Supremo Tribunal Federal tem evoluído na adoção de novas técnicas de decisão no controle abstrato de constitucionalidade. Consegue, por meio destas, construir sólida jurisprudência em tema de direitos fundamentais e adotar técnicas eficazes de decisão no controle de constitucionalidade. Tudo no sentido de fazer valer a força normativa da Constituição e de construir uma sociedade imersa nessa cultura constitucional de proteção dos direitos da pessoa humana.

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal também costuma utilizar o direito comparado como parâmetro para suas decisões, ainda que isso não seja decisivo na formação de sua jurisprudência.

Tanto a doutrina como a jurisprudência do direito comparado são invocadas nos votos proferidos pelos Ministros da Corte, que o fazem como forma de qualificação do debate e de aprofundamento das análises e argumentações desenvolvidas nos julgamentos. O resultado pode ser observado em decisões extremamente bem fundamentadas, com o consequente aperfeiçoamento da jurisprudência do Tribunal.

É inegável que o direito comparado exerce forte influência na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais na atualidade. Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade¹⁹. Há que se levar em conta, nesse sentido, que a comparação de direitos fundamentais pode ser qualificada como o quinto método da interpretação constitucional, ao lado dos clássicos métodos desenvolvidos por Savigny²⁰.

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal Federal permanece aberto à produção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida no direito

¹⁹ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

²⁰ HÄBERLE, Peter. *El concepto de los derechos fundamentales*. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E; 1994, p. 109.

comparado. Esse processo se intensifica diante da perspectiva de um crescimento cada vez maior do intercâmbio entre as Cortes, Tribunais e Salas Constitucionais dos diversos países. A cooperação entre órgãos de jurisdição constitucional inegavelmente favorece a troca de informações entre os Tribunais.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal mantém, em seu *site*, uma área específica destinada à publicação das traduções – para as línguas inglesa e espanhola – de resumos de sua jurisprudência mais significativa.

Em um sinal de que acompanha os avanços tecnológicos, com base, inclusive, no comprometimento com o meio ambiente, o Supremo Tribunal Federal ingressou na era do processo eletrônico, com o objetivo de ter uma gestão judiciária automática, simples, acessível, mais célere e, principalmente, econômica.

O peticionamento à Corte hoje é feito de forma eletrônica, pela internet, com diversos certificados e proteções que garantem sua credibilidade e aceitação pela comunidade jurídica.

Essas são, em linhas gerais, as principais características que consolidam o papel do Supremo Tribunal Federal como instituição legítima, transparente e segura, assegurando sua condição de órgão estável, cuja história confunde-se com a própria consolidação do sistema democrático e do Poder Judiciário brasileiro.