

OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL

## 35 anos depois: desafios da Constituição de 1988 e da jurisdição constitucional

28 de outubro de 2023, 8h00

Por Gilmar Mendes

Há pouco mais de 35 anos, em 5 de outubro de 1988, era promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Fruto de um processo de elaboração constitucional distintamente democrático, o advento da ordem constitucional de 1988 representou, entre nós, o ápice do processo de redemocratização e o retorno à normalidade republicana, em contraposição aos autoritarismos de toda espécie que caracterizaram o período que a antecederam.

Essa opção inequívoca pela prática democrática se fez sentir desde o momento constituinte. Ao não partir de nenhum anteprojeto prévio, a Assembleia Nacional Constituinte obrigou-se a deliberar de forma pública e pormenorizada sobre suas normas de trabalho, o que se deu no momento da discussão de seu regimento interno, cuja relatoria ficou a cargo do então constituinte Fernando Henrique Cardoso e tomou quase dois meses inteiros de trabalho da assembleia. Pela primeira vez em nossa história constitucional, o debate acerca da organização dos trabalhos internos de uma assembleia constituinte foi posto como "questão pública", a ser disputada e deliberada diante de todos [\[1\]](#).



Como consequência, observou-se o estabelecimento de um processo de elaboração constitucional altamente descentralizado, com grande ênfase na fase das comissões e subcomissões temáticas, cujos trabalhos eram irrigados por formas inovadoras de participação social na elaboração normativa, a exemplo das audiências públicas e da prerrogativa de remeter sugestões aos representantes da Nação. O sociólogo Florestan Fernandes, também ele um constituinte, refletiu sobre a fase das subcomissões temáticas, na qual, em suas palavras, realizava-se "uma espécie de auditoria do Brasil real", que se

descortinava "com lances por vezes emocionantes, pungentes e memoráveis":

*"Por várias vias, gente de diversas categorias sociais, profissionais, étnicas e raciais surge no centro do palco e assume o papel de agente, de senhor da fala. Um indígena, um negro, um portador de defeito físico, um professor modesto, saem da obscuridade e se ombreiam com os notáveis, que são convidados por seu saber ou lá comparecem para advogar as causas de entidades mais ou menos empenhadas na autêntica revolução democrática. [...] Toneladas de papéis desabaram sobre as subcomissões e, agora, não há como ignorar o seu conteúdo. O desafio está lançado! Não há como ignorar o que a maioria espera dos constituintes."* [2]

Para além da própria participação direta na atividade de elaboração constitucional, os trabalhos da constituinte tiveram ampla cobertura e divulgação e foram massivamente acompanhados pela sociedade civil, estabelecendo-se, assim, "um relevante fluxo comunicativo que influenciava e condicionava a atuação dos constituintes". [3]

Foi um acerto de contas com nosso passado. Como testemunha a nossa historiografia, a fundação da República brasileira foi manchada por um pecado original: a ausência de povo[4]. Ao mesmo tempo, foi também um direcionamento para o nosso futuro.

Com efeito, temos, desde 1988, um texto constitucional extremamente avançado e pujante, que assegura direitos fundamentais sem, contudo, deixar de enunciar os mecanismos concretos para a sua efetivação; que responde aos anseios e às angústias do tempo em que foi escrito, mas ousa falar também àqueles que até hoje seguem empenhados na concretização e no aprofundamento de seu programa.

Trata-se incontestavelmente de uma Carta comprometida com o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza e de qualquer espécie de discriminação social baseada em preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade (Constituição, artigo 3º). Uma obra político-jurídica que, enfim, elevou a dignidade da pessoa humana à condição de sua pedra angular, e que, ao fazê-lo, não se contenta em obrigar o Poder Público a garantir a existência física do cidadão: há de se propiciar existência digna (Constituição, artigo 1º, III).

Não é por acaso que, desde 1988, temos vivido o mais longo período de normalidade democrática de nossa história republicana: a Constituição de 1988 é democrática desde sua gênese; desde o seu momento originário, põe em prática o Estado Democrático de Direito que institui.

Nada obstante, se há algo que temos aprendido desde que primeiro começamos a trabalhar com essa invenção moderna que é o constitucionalismo — e a própria história constitucional brasileira é pródiga em exemplos — é que é necessário muito mais do que um processo de elaboração constitucional participativo, um texto constitucional vanguardista ou mesmo a boa-vontade dos envolvidos para que se logre êxito na construção de uma cultura constitucional e política à imagem e à altura das aspirações das decisões fundamentais constitucionalizadas em 1988. A despeito de boas intenções, o mero texto constitucional, ainda que inegáveis os seus méritos, não basta.

Konrad Hesse demonstrou que a Constituição torna-se eficaz quando se converte "na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida". É certo — continua Hesse — que a Constituição não pode, "por si só, realizar nada, [...mas...] ela pode impor tarefas"; e "a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas são efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem". [\[5\]](#)

Nessa linha, para a construção efetiva de um Estado Democrático de Direito nos moldes daquele enunciado pela Constituição de 1988, é necessário empenho cotidiano na elaboração de políticas públicas e práticas republicanas aptas a concretizar cada um dos direitos fundamentais nela preconizados. É preciso articulação, cooperação e atuação conjunta em todos os níveis de governo e por todos os entes federativos. Faz-se necessário aprendizado e amadurecimento institucional. É nisso que consiste essa "vontade de Constituição" a que se refere Hesse, a qual se mostra palpável nos diversos esforços de concretização da ordem constitucional que temos observado desde 1988.

Nestes últimos 35 anos, em que pesem eventuais percalços e um evidente caminho ainda por ser percorrido, é inegável que a ordem constitucional inaugurada em 1988 tenha sido exitosa em seu objetivo de melhorar o nível de vida de nossa população.

Foi sob a égide da Constituição de 1988 que vimos instituídas, por obra da boa política, as duas providências que mais retiraram pessoas da pobreza extrema: o Plano Real e o Bolsa Família. Primeiramente, o "freio de arrumação" que pôs fim à chaga da inflação descontrolada, que há décadas depredava o ambiente econômico brasileiro; depois, o programa social que promoveu a inclusão social de milhões de cidadãos brasileiros até então alijados do mercado consumidor nacional, muitas vezes incapazes de prover o próprio sustento de forma minimamente digna.

Na saúde, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS). Os deveres de universalidade e gratuidade exigiram que municípios, estados e União desenhassem políticas públicas próprias prestadas em cooperação federativa e com a participação democrática dos usuários do sistema. Os resultados dessa engenharia político-jurídica são vistosos, e precisam ser lembrados e celebrados.

Deveras, em 1988, a expectativa de vida ao nascer era de 65 anos; em 2020, 76 anos. Em 1990, o Brasil ostentava a vergonhosa taxa de mortalidade infantil de 49,4 óbitos a cada 1.000 nascidos com vida; os números de 2021 apontam para taxa de 12,4.

Em 1986, foram notificados mais de 129.000 casos de sarampo. Em 1992, o SUS mostrou a sua competência; elaborou e executou um Plano Nacional de Erradicação do Sarampo cujo resultado foi mais que exitoso: em 2000 já não se registrava transmissão da doença. Em 2016, o Brasil recebeu da OMS o certificado de erradicação dessa enfermidade. O sarampo estava, portanto, vencido.

Contudo — a nos mostrar que, em matéria de avanços político-jurídicos, os desafios são constantes, a exigir de todos nós eterna vigilância —, o sucesso dessa política de saúde sofreu solavancos: em 2019, houve 20.901 casos confirmados de sarampo e 15 mortes.

Segundo especialistas, a principal causa dessa involução é a baixa cobertura vacinal, e esta, por sua vez, também possui explicação: a ampla campanha de desinformação promovida, impunemente, por extremistas.

Havia, entre nós, uma sólida cultura de vacinação. Ela foi, entretanto, seriamente afetada por motivos ideológicos e de falsa política.

Assim, ao mesmo tempo em que comemoramos os êxitos alcançados nos 35 anos pós redemocratização, não nos é dado o privilégio de cruzar os braços diante dos desafios que hoje colocam sob risco a consolidação do programa constitucional de 1988, sobretudo os relacionados à proliferação desenfreada de uma cultura de desinformação, que tem causado degradação política e institucional explícita.

O que a experiência nos últimos anos nos demonstra é que, infelizmente, não é possível blindar qualquer ordem constitucional da ameaça do retrocesso. Trata-se de uma aspiração que extrapola as capacidades da teoria constitucional. Somente o exercício diuturno da cidadania — quer pela sociedade civil ela própria, quer pela atuação das instituições constituídas — é capaz de prevenir retrocessos e assegurar o aprofundamento do programa constitucional.

Nesse aspecto, a Constituição em vigor também soube se defender, seja de golpismos explícitos, seja de erosões autoritárias.

No particular, diversos foram os mecanismos previstos no texto constitucional para garantir sua defesa, desde a primazia de um extenso catálogo de direitos fundamentais (individuais, sociais e políticos), até o desenho de órgãos de Estado munidos de garantias institucionais. Foi esse arranjo que lhes garantiu exercício de suas atribuições sem interrupções ou embaraços provenientes de outros Poderes.

A propósito, também a jurisdição constitucional é um desses mecanismos — que, de resto, vem sendo objeto de profícuos aprimoramentos ao longo de toda a história constitucional brasileira e, sobretudo, desde 1988.

Realmente, se, em um primeiro momento, a jurisdição constitucional pós-1988 ocupou-se precipuamente em afirmar a normatividade da Constituição — em especial quanto às normas constitucionais ditas programáticas<sup>[6]</sup> —, agora talvez seja o momento de, a partir da Constituição, defender a jurisdição constitucional dos ataques que lhe vêm sendo desferidos mediante recurso a uma forma particular de desinformação.

Nos últimos tempos, tornou-se lugar comum em certos círculos a afirmação de que a jurisdição constitucional — e o Supremo Tribunal Federal em particular — estaria incorrendo de forma reiterada em suposto ativismo judicial em detrimento das prerrogativas dos outros Poderes, em especial do Congresso.

A repetição *ad nauseam* dessa narrativa de ativismo, todavia, parece não sobreviver a um exame aprofundado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No ponto, são inúmeros os precedentes em que a Corte mostrou-se deferente em face da interpretação constitucional realizada pelo Parlamento, em nome do diálogo institucional, do aprimoramento das instituições republicanas e, sobretudo, da independência e harmonia entre os Poderes preconizadas pelo artigo 2º da Constituição.



Nessa linha, rememoro a tradicional compreensão do Tribunal que afasta a possibilidade de revisão jurisdicional dos critérios interpretativos adotados na aplicação das normas afetas a procedimentos das Casas do Congresso, ressalvados os casos em que a aplicação de normas regimentais atentar contra normas constitucionais. <sup>[7]</sup>

Como fiz questão de registrar em meu voto por ocasião do julgamento do **RE 1.297.884/DF (Tema 1.120 da Repercussão Geral)**, como regra, toda e qualquer decisão que não conhece de ação que impugna ato qualificado como *interna corporis* assim procede "em observância ao artigo 2º da Constituição Federal, ou melhor: conferindo maior peso ao princípio da separação de poderes do que às outras normas que colidem ou concorrem na situação".

Nessas situações, a fórmula da separação dos poderes é citada de forma expressa e, mesmo quando isso não ocorre por questão de economia de sentido, ela "encontra-se implícita na formulação da 'norma do caso' que o julgado veicula e na qual se fundamenta" [8].

Outro exemplo bastante recente dessa deferência que a Corte tem demonstrado com o Poder Legislativo é evidenciado na apreciação da **ADI 6.696**, que cuidou da autonomia do Banco Central. Na ocasião, o Tribunal, conduzido pelo voto do ministro Roberto Barroso, adotou postura que bem divisou quão hercúlea é a tramitação de uma matéria legislativa sensível como essa, mostrando-se respeitosa com a interpretação promovida pela Presidência da Câmara dos Deputados acerca do regime constitucional da iniciativa das leis [9].

Evidentemente, toda e qualquer deliberação do Supremo Tribunal Federal encontra-se sujeita a críticas e ninguém pode ser ingênuo a ponto de acreditar que os pronunciamentos da Corte estejam imunes à possibilidade de eventuais erros ou imprecisões. Nada obstante, é necessário separar a crítica legítima do discurso travestido de desmesurada defesa corporativa, mormente quando esse mesmo discurso se volta não contra um alegado excesso na prática jurisdicional, mas contra o próprio conteúdo das normas constitucionais.

A esse respeito, tendo por norte o federalismo cooperativo albergado pela nossa Constituição, cabe a pergunta: que outra solução poderia ter adotado o Supremo Tribunal Federal quando demandado para se pronunciar sobre a constitucionalidade de atos e omissões do Poder Público que, diante da pandemia da Covid-19, optou por relativizar acintosamente os direitos fundamentais à vida e à saúde? É possível chamar de “cooperação intergovernamental”, por exemplo, a edição de uma medida provisória que impedia os Estados e Municípios de adotar talvez a única medida sanitária que, àquela altura inicial da pandemia, lhes era possível tomar: o recolhimento domiciliar?

É a própria Constituição que determina que os entes federativos cooperem; não é mera "questão de política" substituir a cooperação pelo confronto. Tanto mais quando o confronto é artificial e não tem compromisso com a efetiva tutela dos direitos fundamentais. Assim sendo, revoltam-se, em verdade, contra a própria Constituição aqueles que enxergam ativismo judicial na deliberação por meio da qual o Supremo Tribunal Federal afirmou a

competência de Estados e Municípios na tomada de medidas de resposta e combate à pandemia (ADI 6.341, ADPF 672).

Da mesma forma, tampouco se afigura como “questão de política” a interpretação constitucionalmente adequada das normas penais, muito menos a discussão acerca dos efeitos do trânsito em julgado em relações de trato sucessivo [10]. Todos esses temas constituem discussões eminentemente constitucionais, próprias da jurisdição constitucional.

Portanto, é possível perceber que grande parte do discurso em torno do suposto ativismo do Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos tende a traduzir, em verdade, a insatisfação de certos grupos de poder com o mérito de algumas das deliberações da Corte, sem constituir uma crítica legítima sobre o papel que vem sendo desempenhado pela jurisdição constitucional.

A propósito, não é demais lembrar: ideias como a da revisão de deliberações do Supremo Tribunal Federal pelos outros Poderes instituídos, hoje apresentada como novidade, foi introduzida na Carta outorgada por Getúlio Vargas em 1937. No parágrafo único de seu art. 96, estava prevista a possibilidade de submissão ao Parlamento de decisão de inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente da República, “fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”.

Não se instalou o Parlamento sob a Carta de 1937, tais poderes foram exercidos pelo próprio Presidente da República, Getúlio Vargas, que, então, editou o Decreto-Lei 1.564/1939, efetivamente cassando julgados do Supremo Tribunal Federal que haviam declarado inconstitucional lei que dispunha sobre imposto de renda.

À época, tal mecanismo constitucional chegou a ser celebrado por juristas simpáticos ao autoritarismo varguista [11], do mesmo modo como, nos últimos tempos, temos assistido — não sem espanto — a certo entusiasmo com tal modelo de controle de constitucionalidade, em completa banalização dos pressupostos de uma democracia protetora da dignidade da pessoa humana mesmo quando ela seja ameaçada por maiorias eventuais. Talvez seja interessante aos propositores de soluções semelhantes consultar as lições da História.

De mais a mais, convém registrar que a Constituição de 1988, obviamente, não é perfeita. Como admitiu Ulysses Guimarães em passagem histórica da vida nacional, ela própria “o confessa”, quando prevê a possibilidade de emenda [12]. De fato, é democrático impedir que a determinada geração constanja demasiadamente a liberdade política de seus filhos e

netos, sendo igualmente certo que diversas emendas nestes últimos 35 anos lograram êxito em melhorar a vida do cidadão. O poder constituinte derivado, entretanto, condiciona-se à observância de certas balizas inegociáveis, as chamadas cláusulas pétreas, dentre as quais se incluem a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, III e IV, da Constituição).

Por isso, malgrado todos esses desafios atualmente postos à Constituição, é inegável que o advento da ordem constitucional de 1988 representou ponto de inflexão extremamente fecundo em nossa história republicana, e, por esse motivo, merece homenagens e reconhecimento. O frutífero período de aprendizado institucional que experimentamos nos últimos 35 anos certamente nos dá confiança de que a Constituição de 1988 — tão tensionada, e vitoriosa, nos últimos tempos — tem plenas condições de continuar a prevalecer diante de quaisquer dificuldades ou ameaças autoritárias que sobrevenham.

- 
- [1] BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 2.reimpr. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016, p. 218.
- [2] FERNANDES, Florestan. “Invasão e desafio”. **Folha de São Paulo**, 8 de maio de 1988.
- [3] BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Comissão Afonso Arinos, Assembleia Nacional Constituinte e a elaboração do texto da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 115.
- [4] CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. 3. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.
- [5] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 18-19.
- [6] Na linha, dentre outros, do magistério do professor José Joaquim Gomes Canotilho (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992).
- [7] Nesse sentido, no julgamento do **RE 1.297.884/DF (Tema 1120 da Repercussão Geral)**, a Corte placitou a seguinte tese de julgamento: *"Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de*

*normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis”.*

[8] **RE 1.297.884-ED/DF**, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 31.8.2023.

[9] **ADI 6.696/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 10.12.2021.

[10] Sobre o tema, já tive a oportunidade de expor, nesse mesmo espaço, acerca da campanha de desinformação que se sucedeu em torno dos julgamentos acerca da constitucionalidade da CSLL: (<https://www.conjur.com.br/2023-fev-27/gilmar-mendes-quem-contratou-inseguranca-juridica>).

[11] MOTTA FILHO, Cândido. **A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**, RF, 86/277; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. **Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro**, RF, cit., p. 246.

[12] **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Quarta-feira, 5 de outubro de 1988, p. 14.380.

Gilmar Mendes é professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), doutor em Direito pela Universidade de Münster (Alemanha) e ministro do STF.

Revista **Consultor Jurídico**, 28 de outubro de 2023, 8h00