Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 19 – julho/agosto/setembro de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ALGUNS ASPECTOS CONTROVERSOS

Prof. Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor e Pós-Doutor em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Alemanha). Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS e na Escola Superior da Magistratura do RS. Juiz de Direito no RS.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As Leis nº 9868 e 9882, respectivamente de 11.11.99 e 06.12.99, introduziram uma série expressiva de inovações no sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988, bem como na prática jurisprudencial nesta seara. Em síntese, cuida-se de documentos legislativos dispondo, respectivamente, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/99), bem como versando sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/99), diploma este que veio a regulamentar o art. 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988, transcorridos já mais de 11 anos de sua entrada em vigor.

Especialmente no que diz a argüição de descumprimento de preceito fundamental, verifica-se, de plano, que a recente regulamentação pelo legislador ordinário pouco contribuiu para a clarificação dos contornos do instituto, inclusive quanto ao seu objeto e finalidade, a respeito dos quais nunca houve consenso e, a depender do que se vislumbra em termos de produção doutrinária, dificilmente se logrará obter uma certa uniformidade, ao menos não antes de que se venha a sedimentar alguma orientação por parte do Supremo Tribunal Federal. Aliás, até o presente momento, sequer tendo a nova legislação completado o primeiro ano de vigência, as poucas decisões

proferidas pelo nosso Pretório Excelso em matéria de argüição de descumprimento, limitaram-se, em geral, a não conhecer da demanda, por falta de algum dos pressupostos processuais e/ou condições da ação, sem que tenha, ainda, ocorrido o julgamento de mérito. Em verdade, já no concernente a estes aspectos não são poucas as dúvidas e angústias decorrentes do texto regulamentador, bastando aqui a referência ao requisito da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, que, a depender de uma interpretação mais ou menos restritiva, poderá facilmente levar ao virtual esvaziamento do instituto ou contribuir decisivamente para tornar ainda maior o já insuportável acúmulo de demandas tramitando no Supremo Tribunal Federal.[1]

Para além disso, como bem lembrado por Clèmerson Clève e Cibele Dias, cumpre lembrar que a parametricidade da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade é distinta da argüição de descumprimento, já que no caso das duas primeiras o parâmetro da fiscalização é a Constituição de 1988 como um todo, ao passo que na última o referencial elegido pelo próprio Constituinte - e neste ponto não clarificado pelo legislador ordinário - são apenas os preceitos fundamentais da nossa atual Carta Magna,[2] sem que se vá aqui adentrar a discussão em torno de quais são efetivamente os preceitos que merecem o qualificativo de fundamentais para efeito de, em caso de violação pelo poder público, ensejarem a propositura da argüição de descumprimento, destacando-se serem já relativamente diversificados as posições até agora sustentadas na doutrina.[3] Inquestionável é, na esteira do exposto e segundo também a nós parece, recolhendo aqui a precisa lição de Celso Bastos, que entre a argüição de descumprimento de preceito fundamental e as demais ações de controle abstrato e concentrado, existe uma espécie de "zona comum em tese", [4] sem que com isto se possa concordar com a posição segundo a qual a lei (e, portanto também a Constituição) implicitamente admite que toda norma constitucional seja

---

[1] Especificamente sobre o requisito da inexistência de outro meio mais eficaz, v. a contribuição relevante de Gilmar Ferreira Mendes, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: demonstração de inexistência de outro meio mais eficaz, in: JUS NAVIGANDI (originalmente publicado na Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, edição de junho de 2000).

[2] Cf. Clèmerson Merlin Clève e Cibel Fernandes Dias, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental,in: Evandro de Castro Bastos e Odilon Borges Júnior (Coord), *Novos Rumos da Autonomia Municipal*, Rio de Janeiro: Max Limonad, 2000, p. 76.

[3] Sem que aqui se vá apontar e avaliar os entendimentos já existentes, parece-nos que devam prevalecer as posições que tenham como elemento comum o fato de levarem a sério o termo "fundamental", salvaguardando, neste ponto, o espírito e a essência da Constituição, de tal sorte que preceitos fundamentais poderão ser considerados todas as normas constitucionais (ainda que não expressamente positivadas) enunciando princípios e direitos fundamentais, evidentemente não restritos aos Títulos I e II da nossa Carta Magna.

[4] Cf. Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 30 (2000), São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 75.

"preceito fundamental" e, por conseguinte, possa servir de parâmetro para argüições de descumprimento.[5]

De todas as inovações introduzidas - e as referidas até o presente momento constituem apenas pálida amostra do universo a ser explorado - optamos, contudo, por destacar, para efeitos deste breve ensaio, pela sua crucial relevância para o controle de constitucionalidade e para toda a ordem jurídica pátria, pelo menos três aspectos, em parte comuns aos dois diplomas legislativos:

A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei nº 9.882/99).

A introdução do efeito vinculante e eficácia contra todos nos casos de declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, inclusive nas hipóteses de interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, efeitos estes que alcançam os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e art. 10, parágrafo 3º, da Lei nº 9.882/99). Registre-se, contudo, que no concernente à Lei que disciplinou o processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/99), o efeito vinculante e a eficácia contra todos - em que pese reconhecidos nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade - não abrangem a interpretação conforme e a declaração parcial sem redução de texto, ao menos não expressamente contempladas neste diploma.[6] Da mesma forma, no que diz com a a argüição de

---

[5] Neste sentido - embora de forma manifestamente contrária e crítica - a referência de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999), in: Revista de Direito Administrativo nº 220 (2000), p. 14, apontando para a possibilidade de uma tal interpretação, que, à evidência, extrapola os limites da razoabilidade e acabaria, além de frustrar o sentido do instituto, equiparar - ao menos no que diz com a parametricidade - de modo equivocado a argüição de descumprimento às demais ações do controle abstrato e concentrado de normas no direito brasileiro.

[6] Neste contexto, convém registrar - inobstante sem maior desenvolvimento - que a ausência de previsão expressa no texto legal não autoriza, pelo menos em princípio e salvo melhor juízo, a conclusão de que em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental não se poderá lançar mão da interpretação conforme ou da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, já que ambas as técnicas decisórias já vinham sendo praticadas (além de reconhecidas pela melhor doutrina) pelo Supremo Tribunal Federal mesmo antes da edição da Lei nº 9.868/99, onde vieram a obter referência expressa. De qualquer modo, a questão encontra-se - como tantas outras decorrentes de ambos os diplomas legislativos - aberta ao debate, especialmente no que diz com eventual efeito vinculante agregado às decisões que, no âmbito de um processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, venham porventura a se utilizar de tais modalidades decisórias, que, reitere-se, já restaram virtualmente incorporadas ao sistema pátrio de controle de constitucionalidade. A respeito da interpretação

descumprimento, o efeito vinculante não foi expressamente limitado aos órgãos do Poder Executivo e Judiciário, havendo como cogitar-se, ao menos em tese, de eventual extensão aos órgãos legislativos, já que o art. 10, § 3º, do citado diploma legal, refere genericamente o poder público, muito embora tal entendimento tenha sido recentemente rechaçado em importante ensaio sobre o tema.[7]

A possibilidade, expressamente prevista em ambos os diplomas legais, da concessão de liminar em sede de provimento cautelar (tanto em ação declaratória de constitucionalidade quanto na argüição de descumprimento), consistente na determinação de que os Juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo (art. 21 da Lei nº 9.868/99 e art. 5º parágrafo 3º, da Lei nº 9.882/99), destacando-se, todavia, que no concernente à argüição de descumprimento - além da possibilidade de concessão da liminar pelo Ministro Relator (embora, de acordo com o art. 5º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.882/99, *ad referendum* do Tribunal Pleno) o objeto do provimento cautelar é mais amplo, já que, para além da suspensão do andamento de processos judiciais, foi prevista até mesmo a possibilidade de suspensão dos efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada, o que, para muitos (inclusive já antes da entrada em vigor de ambas as leis) tem sido considerado como significando, em verdade, a reintrodução da avocatória ou, pelo menos, do incidente de inconstitucionalidade no ordenamento pátrio,

---

conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, v. – entre nós e paradigmaticamente – as relevantes contribuições de Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, especialmente p. 265 e ss., assim como Clèmerson Merlin Clève, A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 262 e ss.

[7] Com efeito, esta a posição de Clèmerson Merlin Cléve e Cibele Fernandes Dias. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, in: Evandro de Castro Bastos e Odilon Borges Júnior (Coord). *Novos Rumos da Autonomia Municipal*, Rio de Janeiro: Max Limonad, 2000, p. 78, invocando essencialmente o argumento de que a vinculação do Poder Legislativo (para além da exclusão expressa do Legislador quando da introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade), acabaria por constituir ofensa ao princípio da separação dos poderes. Apesar das relevantes razões esgrimidas pelos autores referidos, tal entendimento não se encontra de todo imune a controvérsia, já que a vinculação do próprio legislador às decisões da Corte Constitucional (e nesta quadra o nossos Supremo Tribunal Federal, em que pese sua gama variada de competências, efetivamente está a atuar como "guardião da Constituição"), é admitida em diversas ordens constitucionais, tal como ocorre - apenas em caráter exemplificativo - na Alemanha e em Portugal. Neste sentido, entre outros – a respeito do direito lusitano – v. a contribuição de Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 946. Já no que diz com a Alemanha, registra-se divergência a respeito deste ponto. Assim, de acordo com a lição de Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3ª ed., Muenchen: C.H. Beck, 1994, p. 275, enquanto o 1º Senado da Corte Federal Constitucional entende que o legislador não se encontra impedido de editar lei de igual teor àquela declarada inconstitucional, o 2º Senado admite, por força da eficácia vinculante, uma proibição de reedição de normas por parte do legislador infraconstitucional.

aspectos que - apesar de seu inequívoco relevo e questionada legitimidade constitucional - aqui não iremos desenvolver.[8]

Desde logo e antes de avançarmos, importa justificar a circunstância de que - apesar de estarmos, em princípio, versando apenas - inclusive em face da temática da presente obra coletiva que ora temos a honra de integrar - sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, acabamos por referir também vários pontos relativos às ações declaratórias de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade) e de constitucionalidade. Com efeito, para além dos elementos comuns já ventilados (ainda que parcialmente) e tantos outros que poderiam vir a ser referidos, não há como proceder a um exame completamente isolado da argüição de descumprimento, também pelo fato de se cuidar, em verdade, de uma nova modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, muito embora na sua origem - isto é, como pressuposto para sua propositura - encontremos um ato determinado (que poderá não ser necessariamente de cunho normativo) violador de algum preceito fundamental da Constituição.

Com efeito, quando se considera o rol dos legitimados ativos (que são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade), a natureza do pronunciamento final (que, de acordo com o que deflui da lei regulamentadora, pelo menos poderá constituir também em uma declaração em tese da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato normativo) e, acima de tudo, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante atribuído às decisões, verifica-se que nos encontramos pelo menos muito mais próximos do controle concentrado do que do controle difuso e incidental, constituindo-se, portanto, a exemplo das demais ações do controle abstrato, tendencialmente um

---

[8] Sobre a possibilidade de a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tal como formatada pelo legislador ordinário, contemplar também o incidente de inconstitucionalidade (embora não criticando este aspecto), v., dentre outros, Gilmar Ferreira Mendes, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal), in: JUS NAVIGANDI (texto originalmente publicado na Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, edição de dezembro de 1999). Posicionando-se de forma veementemente contrária e vislumbrando feições de avocatória na possibilidade de suspensão dos processos judiciais, cumpre destacar o voto em separado - lançado em 12.11.97 - da lavra do eminente Deputado Jarbas Lima, quando da apreciação, na Comissão de Constituição e Justiça, do Projeto de Lei nº 2.960/97, que veio a resultar, posteriormente, na Lei nº 9.868/99. Já naquela oportunidade, o ilustre Deputado averbou que "Na verdade, a previsão contida no art. 21 do projeto - que de cautelar nada possui - pretende instituir, às avessas, o chamado incidente de constitucionalidade *per saltum* na via do controle difuso, ou seja, a famigerada "avocatória" que a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 rejeitou sem hesitações, nunca é demais repetir. Neste sentido, não se pode esquecer que o controle concreto difuso da inconstitucionalidade já faz parte da tradição jurídica brasileira, sendo exercitado diariamente por todos os lidadores do direito e concretizando, de forma paulatina, as disposições constitucionais. É mais do que previsível que essa construção diária leva à existência de posições diversas, mas é induvidoso que a juriprudência constitucional assim erguida é fruto de um pluralismo democrático judiciário inafastável quanto à efetivação do Estado Democrático de Direito no âmbito do pacto federativo da nação.Todavia, o art. 21 do Projeto cria autoritária subversão dessa perspectiva histórica, desprezando-a, além de ignorar a estruturação do sistema judiciário brasileiro ao instituir uma espécie de avocação da matéria constitucional ao S.T.F.".

instrumento (processo objetivo) de defesa da ordem constitucional.[9] Aliás, é justamente pelo seu impacto sobre esta tradicional modalidade de controle, incorporada ao nosso sistema jurídico desde a primeira Constituição da República, que não são poucos os que já vinham sustentando a inconstitucionalidade não apenas do efeito vinculante, mas da própria ação declaratória de constitucionalidade[10], aspecto que por ora deixaremos de adentrar.

Assim, delimitando o objeto do presente estudo, optamos por priorizar algumas questões vinculadas mais diretamente aos três pontos ora destacados, direta – mas não exclusivamente - ligados ao problema dos efeitos das decisões proferidas em sede de argüição de descumprimento (e nas demais ações de controle abstrato), cientes de que - até mesmo em face da ainda relativamente escassa produção doutrinária e virtualmente inexistente jurisprudência - pouco mais faremos do que arriscar algumas indagações e questionamentos. Estes, por sua vez, centrar-se-ão na já de há muito instalada discussão em torno da legitimidade constitucional das novas leis, notadamente pelo prisma de eventual inconstitucionalidade formal, de modo especial naquilo em que dispuseram sobre os efeitos das decisões proferidas nos procedimentos recentemente regulamentados. Além disso, tentaremos situar o problema no âmbito da legitimidade da Jurisdição Constitucional e da posição que o nosso Supremo Tribunal Federal tem ocupado - ou deveria assumir - neste contexto, ainda mais quando se está a enrobustecer de maneira tão significativa as suas funções e os poderes dos quais se encontra investido para cumprir o seu papel de guardião da ordem constitucional.

2. A DISCUSSÃO EM TORNO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTRODUÇÃO DO EFEITO VINCULANTE E DA MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR LEI ORDINÁRIA

Desde logo, sob o prisma da assim denominada constitucionalidade formal (tomada aqui num sentido mais amplo), parece-nos que existem pelo menos alguns elementos que permitem controverter a respeito da circunstância de ter sido o efeito vinculante, assim como a manipulação da extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e constitucionalidade pelo

---

[9] Cf. , dentre outros, Clèmerson Merlin Clève, A Fiscalização Abstrata..., ob. cit., p. 143.

[10] A respeito deste ponto, de modo especial sobre a discussão em torno da inconstitucionalidade do efeito vinculante, v., sem prejuízo da farta e valiosa literatura já produzida sobre o tema, a indispensável contribuição de Lênio Luiz Streck, Súmulas no Direito Brasileiro – Eficácia, Poder e Função – A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 135 e ss. (pugnando pela inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade) e p. 233 e ss. (explorando, com riqueza argumentativa, a tese da ilegitimidade constitucional do efeito vinculante, seja em sede de súmulas vinculantes, seja no âmbito do controle de constitucionalidade).

Supremo Tribunal Federal, introduzido por lei ordinária e não por emenda constitucional, tanto é que tal tese foi sustentada em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei.....[11]. Assim, sem que aqui se pretenda enunciar uma posição fechada e nem mesmo explorar todas as possíveis facetas e argumentos a respeito deste ponto, vale registrar alguns aspectos a serem considerados neste contexto.

Em primeiro lugar - embora não necessariamente em ordem de importância - verifica-se que o efeito viculante em sede de controle abstrato, apesar de sustentado por importantes segmentos da doutrina pátria e alguns dos próprios integrantes do Supremo Tribunal Federal, acabou por ser introduzido apenas em 1993, com a criação - por emenda constitucional - da ação declaratória de constitucionalidade, quando - se efetivamente pudesse ter sido previsto em lei - tal já poderia ter ocorrido muito antes. Além disso, mesmo que tal tivesse sido sugerido[12], não chegou o Supremo Tribunal Federal a entender possível a extensão do efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que de há muito (já sob a égide da Constituição de 1967/69) tenha prevalecido o entendimento de que a ação direta de inconstitucionalidade constitui demanda de natureza dúplice, de tal sorte que, em caso de improcedência, resulta uma declaração de constitucionalidade do ato originalmente impugnado.[13]

Para além disso, não se pode desconsiderar por completo o fato de que, paralelamente à edição das duas leis ora analisadas, esteja tramitando no Congresso Federal, no âmbito da Reforma do Judiciário, proposta de emenda constitucional que, entre outros aspectos, dispõe sobre a criação do efeito vinculante para as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Tal circunstância, se evidentemente não pode servir como argumento decisivo, pelo menos, sugere uma certa insegurança no que diz com a legitimidade da introdução, via lei ordinária, do efeito vinculante e da restrição dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, no nosso ordenamento jurídico. Afinal de contas, por quê

---

[11] Cuida-se da ADIn nº.....

[12] Neste sentido, cumpre registrar a posição do eminente Ministro Sepúlveda Pertence (Reclamação nº 621-RS, publicada no DJU de 04.07.1996), no sentido de que haveria como outorgar efeito vinculante também às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN), nas hipóteses nas quais for cabível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, propugnando uma interpretação sistemática da Constituição em virtude das inovações (especificamente a introdução da ação declaratória de constitucionalidade e do efeito vinculante atribuído às decisões) trazidas pela Emenda Constitucional nº 3 DE 1993.

[13] Cf., dentre tantos e de forma paradigmática, Gilmar Ferreira Mendes, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 254 e ss., noticiando que tal prática encontra sua origem na admissão, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de o Procurador-Geral da República, quando ainda era o titular exclusivo da ADIN, manifestar-se pela improcedência da demanda, sustentando a constitucionalidade do ato normativo inicialmente impugnado por inconstitucional. A natureza dúplice tanto da ação direta de inconstitucionalidade, quanto da ação declaratória de constitucionalidade veio a ser expressamente chancelada pela Lei nº 9.868/99 (art. 24).

utilizar o procedimento agravado da reforma constitucional para obter algo que a maioria simples, mediante processo legislativo substancialmente mais facilitado, já decidiu?

Por derradeiro, ao menos em termos de uma análise preliminar, constata-se, a partir de experiências oriundas do Direito Comparado, que o efeito vinculante e a flexibilização dos efeitos da declaração proferida pela Corte Constitucional - notadamente quanto à sua amplitude e conseqüências - ou encontra-se expressamente prevista na Constituição, ou foi regulamentada em Lei, neste caso, todavia, por expressa delegação da Constituição, isto é, autorizada direta e inequivocamente pelo Poder Constituinte Originário, não sendo o caso de se desprezar a tese de que se cuida de questões de cunho materialmente constitucional. Não se poderá olvidar, pela sua estreita relação com o tema, que o dogma da nulidade do ato inconstitucional (e, portanto, o efeito da declaração de inconstitucionalidade), como bem recorda Gilmar Ferreira Mendes, de há muito adquiriu, também entre nós, hierarquia constitucional.[14]

Neste sentido, apenas para citarmos alguns exemplos extraídos do Direito Comparado, retratando a prática de algumas ordens constitucionais que vêm exercendo significativa influência sobre a nossa própria experiência jurídico-constitucional, verifica-se que a Lei Fundamental da Alemanha (art. 94, nº 2), dispõe que uma Lei Federal versará sobre a organização do Tribunal Constitucional, assim como sobre o procedimento e a força vinculante de suas decisões. A Constituição da Itália, em seu art. 136, dispõe expressamente sobre o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao passo que o art. 137 remete os aspectos relativos à constituição e funcionamento da Corte Constitucional à legislação ordinária. A Constituição Portuguesa, por sua vez, no art. 281, nºs 1 e 3, prevê expressamente que as decisões proferidas em sede de controle abstrato (decisão declaratória de inconstitucionalidade ou de ilegalidade), possuem força obrigatória geral. Já no art. 282, nºs 1 a 4, a Constituição Portuguesa dispõe expressamente sobre a respeito da fixação do alcance dos efeitos das decisões. Também a Constituição Espanhola (art. 164), faz referência expressa e direta ao efeito vinculante das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional.

Poder-se-á argumentar – sustentando ponto de vista contrário – que, pelo menos no que diz com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Constituição de 1988, em seu art. 102, parágrafo 1º, autorizou expressamente o legislador ordinário a regulamentar a norma constitucional, autorização esta, que teria o condão de abranger até mesmo os aspectos relacionados aos efeitos da decisão, razão pela qual desde logo não se poderia sequer cogitar da tese aqui ventilada.

Não obstante tal exegese possa, numa leitura mais apressada, ser plenamente convincente, não nos parece que seja necessariamente a mais legítima, especialmente em se procedendo à uma interpretação teleológica e

[14] Cf. Gilmar Ferreira Mendes,

sistemática. Com efeito, já sob um prisma lógico-formal, não se afigura como incensurável o entendimento de que, em sede de controle abstrato e em se adotando o raciocínio até agora sustentado, seja indispensável uma previsão expressa do efeito vinculante e da restrição dos efeitos da declaração proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ou, pelo menos, sua introdução por meio de emenda constitucional, ao passo que tal providência, no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, estaria dispensada, cometida tal regulamentação integralmente ao legislador. Na medida em que no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental igualmente se encontra prevista a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade e constitucionalidade, inclusive em conexão com decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e/ou ação declaratória de constitucionalidade, não haveria como aceitar tal assimetria de tratamento. Com efeito, como já esperamos ter demonstrado, a argüição de descumprimento integra o cada vez mais complexto sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, tendo em conta os diversos pontos de contato com as demais ações de controle abstrato, não pode se pura e simplesmente analisada de forma isolada.

Assim, pela natureza e importância do tema, envolvendo a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais órgãos judicantes e administração pública, a regulação por lei ordinária haveria - pelo menos assim nos parece lícito argumentar - de se restringir a aspectos ligados a questões de ordem organizacional e procedimental (onde, de resto, houve importantes e positivas novidades introduzidas por ambas as leis ora questionadas)[15], sendo esta, salvo melhor juízo, uma alternativa plausível para se interpretar a remissão à lei prevista no art. 102, § 1º, da nossa Carta Magna.

É justamente pela relevância da matéria e pelas suas conseqüências para a ordem jurídico-constitucional pátria - por mais que se possa sempre objetar inexistir algo como uma espécie de reserva material para a emenda constitucional (no sentido de que inexistem assuntos sobre os quais apenas o poder constituinte reformador possa dispor) - que se afigura pelo menos como plausível o entendimento de que estamos a tratar - notadamente no que diz com o poder cautelar atribuído ao Supremo Tribunal Federal, o efeito vinculante, bem como a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade - de matéria tipicamente constitucional e que no mínimo não se revela conveniente sua regulação por mera lei ordinária, inclusive se considerada a questão pelo prisma da legitimação democrática. Com efeito, não parece razoável que se atribua à maioria simples e transitória do Congresso Nacional a decisão sobre questões de tal sorte relevantes.

---

[15] Dentre outros aspectos, assume relevo a incensurável possibilidade - comum a ambos os diplomas legislativos (designadamente art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99 e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99) de, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, se produzir prova pericial e realizar audiência pública para oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria discutida no processo de controle abstrato, tese que de há muito já vinha sendo, entre nós, pioneiramente sustentada por Gilmar Ferreira Mendes, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, ob. cit., pp. 422-23.

Apenas para ilustrar melhor a questão e desenvolver um pouco mais o ponto, tomemos por referência as alterações ora focalizadas, atinentes aos efeitos das decisões. Nesta quadra, convém lembrar que ao atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal efeito vinculante (pelo menos em se considerando amplitude deste efeito vinculante) o legislador ordinário acabou por interferir direta e significativamente no âmbito do controle difuso e incidental de constitucionalidade, certamente um dos esteios da ordem jurídico-constitucional pátria desde a primeira Constituição da República. Com efeito, se tal modalidade de controle não restou suprimida - como alguns chegaram a cogitar de modo certamente exagerado - não há como negar, todavia, que a obra do Poder Constituinte ao longo de toda a nossa história republicana acabou por ser substancialmente fragilizada e esvaziada, antes pela introdução da ação declaratória de constitucionalidade e agora, de modo significativamente mais incisivo, pela atuação do legislador ordinário. Quando então se considera a possibilidade - prevista justamente na lei que dispõe sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental - de um Ministro do Supremo Tribunal Federal (mesmo que *ad referendum* do pleno)[16] suspender liminarmente todos os processos judiciais e/ou efeitos de decisões judiciais, ou mesmo determinar a suspensão de qualquer outra medida que tenha relação com a matéria ventilada na argüição, não há como negar que o problema se revela ainda mais delicado.

O mesmo se pode afirmar - talvez ainda com maior convicção - relativamente à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (ainda que por maioria qualificada) restringir os efeitos da declaração de constitucionalidade, decisão esta que, por sua vez, igualmente possui efeito vinculante. Com isto não se está a questionar a necessária relativização do dogma da nulidade absoluta (com efeitos retroativos) da norma inconstitucional, que o próprio Supremo Tribunal Federal, não obstante ainda de modo relativamente tímido, vinha excepcionando, admitindo, em alguns de seus julgados, efeitos meramente prospectivos, deixando assim de nulificar os atos praticados com base na lei declarada inconstitucional, por razões de segurança jurídica.[17] A lei ordinária, todavia, foi bem mais ousada e, para além da possível outorga de efeitos *ex nunc* (de resto amplamente reconhecida no direito constitucional europeu e já admitida até mesmo em alguns julgados da Suprema Corte norte-americana[18]), ambos os diplomas legislativos, tal como já frisado, autorizam o Supremo Tribunal Federal uma margem de arbítrio sem precedentes e virtualmente sem paralelos no direito constitucional pátrio e comparado, já que o Tribunal poderá até mesmo decidir que a declaração de inconstitucionalidade venha a gerar efeitos a partir de outro momento, sem contudo estabelecer

---

[16] Cf. dispõe o art. 5º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.882\99.

[17] A respeito deste ponto, v. especialmente Clèmerson Merlin Clève, A Fiscalização Abstrata..., ob. cit., especialmente p. 251 e ss., bem como Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição Constitucional..., ob. cit., p. 249 e ss.

[18] A respeito da evolução ocorrida no âmbito da Suprema Corte Norte-Americana, v. a contribuição de Eduardo García de Enterría, Justicia Constitucional,la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales, in: Revista de Direito Público, vol. 92 (1989), p. 6.

qualquer tipo de limite, bem como dispor de ampla liberdade no âmbito da manipulação dos efeitos das suas decisões (art. 11 da Lei nº 9.882/99 e art. 27 da Lei nº 9.868/99).

Neste contexto, cumpre destacar, ainda, que as dúvidas geradas pela formulação adotada pelo legislador, em ambos os diplomas ora parcialmente apreciados, tornam extremamente penosa a tarefa de um pronunciamento sobre a legitimidade constitucional (inclusive pelo prisma substancial) das inovações no que diz com a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e seu diferimento no tempo. Em primeiro lugar, a dicção genérica adotada não permite sequer que se saiba, com precisão, quais os efeitos e quais as espécies de restrições dos quais está a se tratar, já que poder-se-á imaginar até mesmo uma restrição da própria intensidade ou âmbito de abrangência da eficácia vinculante e da coisa julgada *erga omnes*. Qualquer referência ao tema em nível de análise crítica, ressente-se, de tal sorte, de flagrante caráter especulativo e, portanto, fatalmente resta, já antecipadamente, ao menos parcialmente prejudicada, o que, por outro lado, não afasta a possibilidade de uma análise crítica, até mesmo para evidenciar esta faceta do problema. Para além disso, uma apreciação mais minuciosa encontra-se na dependência do exame da diversificada prática do Supremo Tribunal Federal nesta seara e da referência às experiências no âmbito do Direito Comparado, que aqui não temos condições de recolher.

Mesmo assim - a despeito da indeterminação da fórmula adotada pelo legislador (uma autêntica *caixa de pandora jurídica*) - é possível detectar com alguma margem de certeza, determinados pontos controversos, apontando especialmente para alguns graves riscos que podem decorrer da aplicação da nova legislação. Com efeito, postergar no tempo, para além das alternativas *ex tunc* e *ex nunc* (ainda mais sendo esta última de cunho excepcional), os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isto é, a nulidade do ato, constitui fator de grande insegurança jurídica e institucional, por si só potencial ameaça ao princípio do Estado de Direito, além dos graves riscos até mesmo de ofensas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Pelo menos, tal prerrogativa, exercida sem a devida moderação, poderá colocar em cheque o princípio da separação de poderes consagrado pela nossa Carta Magna, por mais que se possa (e deva) relativizar e contextualizar o seu sentido e alcance.

Com relação a este ponto, poder-se-á sempre argumentar a existência de experiências no Direito Comparado abalizando este diferimento previsto nos dispositivos legais ora comentados, tal como ocorre, *v.g.,* na Alemanha e na Áustria, cuja Constituição (art. 140), prevê como regra geral a eficácia *ex nunc* e viabiliza ao Tribunal Constitucional a postergação por até um ano, período no qual o ato declarado inconstitucional permanece em vigor e gerando efeitos. Na Alemanha, por sua vez, a existência de diversas decisões do Tribunal Federal Constitucional declarando a incompatibilidade da norma com a Constituição, sem pronunciar a sua nulidade e autorizando, por determinado período de tempo, a sua aplicação até a substituição ou correção por outra norma editada pelo legislador, tem sido admitida como indispensável em determinadas

situações, mas sempre a título excepcional.[19] Em Portugal, não obstante a existência de diversas decisões do Tribunal Constitucional dispondo sobre a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tal prática - especialmente a mera declaração de incompatibilidade sem pronúncia de nulidade, as decisões apelativas, a dissociação entre a declaração de inconstitucionalidade e a sua publicação e a assim chamada declaração de inconstitucionalidade com efeito aditivo ou substitutivo (como é o caso das assim denominadas sentenças manipulativas da Corte Constitucional Italiana) - tem encontrado alguma resistência.[20] Aliás, até mesmo na Alemanha registra-se um aumento no que diz com o número dos que criticam a ampliação das hipóteses de vinculação, especialmente em se cuidando de relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.[21]

Na tentativa de ilustrar a problemática, verifica-se que, argumentando apenas com a fórmula "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" (e por que não por razões de "Estado" ou, melhor ainda, de "Governo"?) poderá o Supremo Tribunal Federal - e o exemplo aqui vai citado em caráter meramente especulativo - decidir até mesmo que um determinado tributo ou outra medida restritiva de direitos e garantias fundamentais (não olvidando aqui que as limitações constitucionais ao poder de tributar - ao menos parte delas - já foram consideradas pelo próprio Supremo direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte e "cláusulas pétreas"[22]), mesmo sendo manifestamente inconstitucional, poderá continuar sendo aplicada, cobrada ou executada por meses e, quem sabe, até mesmo por anos após ter sido declarada inconstitucional. Em assim sendo, o contribuinte - apesar de ver reconhecido o seu direito a não pagar determinado tributo ou contribuição ofensiva aos princípios constitucionais - e como tal já declarado pelo Supremo Tribunal Federal - poderá ser compelido pelo poder público (e pior, haverá de se resignar com isto, já que - em virtude do efeito vinculante e a depender de sua amplitude e rigor - também não adiantará recorrer às

---

[19] Cf., dentre tantos, Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, ob. cit., p. 220 e ss.

[20] Neste sentido, v. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional..., ob. cit., especialmente p. 952, referindo que "o Tribunal Constitucional tem aproveitado (de forma excessiva) esta possibilidade expressamente conferida pela Constituição restringindo os efeitos normais da inconstitucionalidade". Assim também parece sustentar Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 390.

[21] Cf. novamente Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, ob. cit., especialmente p. 259 e ss.

[22] Cf. a paradigmática e sem dúvida louvável decisão que declarou a inconstitucionalidade (parcial) da emenda constitucional nº 3-93, aqui especificamente no que diz com a criação do então denominado IPMF (Imposto provisório sobre Movimentação Financeira), proferida na ADIN nº 939-7 e relatada pelo Ministro Sidney Sanches. Nesta demanda, para além de outros aspectos relevantes (como o próprio fato de se declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional), reconheceu-se expressamente que o princípio da anterioridade, consagrado no art. 150, inc. III, alínea *b*, da Constituição de 1988, constitui, por força do art. 5º, § 2º, da Carta Magna, direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, decisão que também contemplou as imunidades previstas no inciso VI, alíneas *a, b, c* e *d* do mesmo dispositivo constitucional.

instâncias judiciais inferiores) a continuar pagando pelo prazo que vier a ser fixado pelo Tribunal?!.

Por outro lado, não há como desconsiderar que tanto a declaração de constitucionalidade com efeito vinculante, quanto a vinculação de decisões de cunho manifestamente interpretativo, tal como oportunamente adverte Gomes Canotilho, acabam por conferir caráter normativo às decisões da jurisdição constitucional, transformando-o numa espécie de legislador positivo, de tal sorte que se vislumbra potencial ofensa aos princípios do Estado de Direito e da separação dos poderes,[23] ambos agasalhados pela nossa atual Carta Magna. Neste mesmo sentido, assume relevo a posição sustentada no direito pátrio por Lênio Luiz Streck, que, além de sublinhar e aprofundar a tese da ofensa ao princípio da separação dos poderes, destaca - recolhendo neste ponto lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha – que, com a introdução do efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal acaba por exercer funções de poder constituinte reformador, já que a sua interpretação da Constituição e das leis se converte em norma com força constitucional.[24] Com efeito, vale lembrar, ainda neste contexto, a experiência de Portugal, onde a sentença de rejeição no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade limita-se a não declarar a inconstitucionalidade, não resultando - como admitido entre nós – na declaração de constitucionalidade, além de não compartilhar do efeito vinculante.[25] Nesta quadra, reportamo-nos novamente ao magistério de Gomes Canotilho, para quem tal possibilidade equivaleria à recepção do instituto do *stare decisis* no ordenamento jurídico português, o que, por sua vez (pelo menos assim o sugere o ilustre publicista) apenas poderia ocorrer pela via da revisão constitucional. [26].

A partir do exposto, mesmo em se considerando os poucos exemplos e argumentos colacionados, acreditamos ter demonstrado, especialmente em face da relevância constitucional dos aspectos ventilados, que a tese da inconstitucionalidade por inidoneidade do meio escolhido (lei ordinária) pode eventualmente não ser a melhor nem vir a prevalecer quando de uma manfestação do Supremo Tribunal Federal a respeito, mas seguramente merece ser levada a sério, ao menos reclamando uma reflexão mais aprofundada, do que aqui - até mesmo em virtude da limitação física do presente texto – tivemos oportunidade de empreender.

---

[23] Cf. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional..., ob. cit., p. 939 e ss.

[24] Cf. Lênio Luiz Streck, Súmulas no Direito Brasileiro..., ob. cit., p. 268-9.

[25] Cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, ob. cit., pp. 383-4. Assim também – bem como sobre os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional em geral – o entendimento de José Manuel M. Cardoso da Costa,A Jurisdição Constitucional em Portugal, 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 61-62.

[26] Cf. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional..., ob. cit., p. 956 e ss.

3. A NECESSÁRIA CONEXÃO DAS REFORMAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA NO BRASIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por mais que se tenha como correta a conhecida afirmação do Juiz Hughes, da Suprema Corte Norte-Americana, no sentido de que a Constituição é o que os Juízes dizem que ela é (The constitution is what the judges say it is), ela certamente não poderá justificar que se outorgue à Jurisdição Constitucional (ainda mais por lei ordinária) poderes de tal sorte amplos e discricionários, a ponto de colocar seriamente em risco a própria noção de que também os órgãos judiciais, quando atuantes na condição de intérpretes e garantes da Constituição, continuam sendo órgãos constituídos e não constituintes[27]. Neste contexto, a livre manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, especialmente quando somada ao efeito vinculante das decisões, certamente poderá - ainda mais em se considerando as características do sistema pátrio, desestabilizar o já frágil equilíbrio entre os órgãos de poder estatais (além de agravar ainda mais a crise institucional já instalada entre nós), gerando uma superinstância controladora (e, por sua vez, isenta de maiores amarras) não necessariamente desejável para o Estado democrático de Direito planejado (embora longe de estar implementado) pela nossa Constituição vigente.

Desde logo - e é precisamente este o outro ponto que ora pretendemos destacar - não há como deixar de reconhecer a íntima vinculação do problema dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade com a sempre atual e controversa discussão em torno da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional e dos limites de sua atuação.[28] Ainda que já de há muito - precisamente a partir da experiência constitucional norte-americana e de modo especial após a segunda guerra mundial - não se tenha mais – salvo exceções - questionado seriamente a possibilidade de um controle jurisdicional dos atos dos demais órgãos estatais, com isto não resta afastada a necessidade de se refletir continuamente sobre os limites deste controle, inclusive no que diz com aspectos vinculados ao próprio órgão (ou órgãos) controladores.

---

[27] Neste passo, segundo bem coloca Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, p. 291, cumpre levar a sério a pergunta de como pode a Corte Constitucional (o que, à evidência e no contexto peculiar da ordem constitucional pátria também se aplica ao Supremo Tribunal Federal) assegurar o âmbito de atuação dos demais órgãos constitucionais e simultaneamente assegurar e controlar seu próprio poder controlador, já que igualmente vinculado pela Constituição, ainda que lhe incumba a tarefa de decidir sobre o sentido e alcance das normas constitucionais e, portanto, controlar a constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais.

[28] Sobre o tema da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional vale conferir, entre nós, a contribuição de André Ramos Tavares, Tribunal e Jurisdição Constitucional, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, especialmente p. 71 e ss. No âmbito do direito comparado, recomenda-se, em língua portuguesa, a obra coletiva contendo as contribuições produzidas por ocasião de evento comemorativo dos dez anos de instalação e funcionamento do Tribunal Constitucional de Portugal, intitulada Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 253 p.

Um dos problemas que se põe entre nós é justamente o de poder contar com a devida dose de *self restraint* (auto-limitação) por parte do Supremo Tribunal Federal ao relativizar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inclusive no que tange ao seu diferimento no tempo, que, ao menos segundo a legislação recentemente introduzida em nosso ordenamento, não está sujeito a qualquer limite.[29] Assim, reportando-nos ao exemplo referido (cobrança de tributo já declarado inconstitucional), que apenas constitui pálida amostra dos riscos que se descortinam, não se torna difícil imaginar que o legítimo interesse social invocado para fundamentar determinada decisão, poderia facilmente ser deslocado por razões arbitrárias de Estado e toda sorte de pressões, tudo com o objetivo de alcançar por caminhos de legitimidade por si só já duvidosa (ao menos em se considerando os argumentos em prol da inconstitucionalidade das inovações ora examinadas) objetivos por vezes manifestamente ilegítimos, por mais bem intencionada que possa ser a decisão.

Os riscos de um desmesurado arbítrio (ao menos em se considerando a dicção dos dispostivos legais citados) crescem quando se soma um outro argumento, este ligado (ainda que não exclusivamente) ao problema da legitimidade político-democrática do nosso Supremo Tribunal Federal para exercer tal parcela de poder sobre os demais poderes e cidadãos do nosso país. Cuida-se, aliás, de tema recorrente e que deveria, especialmente entre nós, ser discutido de forma mais contundente e transparente. Uma Jurisdição Constitucional operante e efetiva não prescinde de uma base de legitimação que lhe confere a devida autoridade e o devido respeito por suas decisões. Sem que se coloque aqui em questão a reconhecida idoneidade pessoal e capacidade dos integrantes da nossa Corte Suprema - já que não é este, à evidência, o ponto em foco - não nos parece que a atual forma de composição da Corte e de recrutamento de seus integrantes seja compatível com a amplitude e gravidade das prerrogativas que se lhe estão a atribuir paulatinamente. Se antes do advento da Constituição de 1988 ainda se podia falar de uma manifesta preponderância do controle difuso e incidental de constitucionalidade (muito embora já presentes elementos importantes do controle abstrato e concentrado), atualmente, notadamente a contar da introdução da ação declaratória de constitucionalidade e da argüição de descumprimento de preceito fundamental, especialmente em face da sua recente regulamentação legislativa (ainda mais se esta efetivamente vier a prevalecer), já dominam os componentes de um controle abstrato e concentrado, amplamente reconhecido no cenário europeu e cada vez mais objeto de recepção pelas demais ordens constitucionais, em especial no leste europeu e na Ásia. Com efeito, alterado substancialmente o perfil do sistema

[29] Cumpre registrar que a problemática da legitimação da jurisdição constitucional vai aqui analisada basicamente pelo prisma de uma legitimação político-democrática, encontrando-se, além disso, restrita ao problema da legitimação do Supremo Tribunal Federal na condição de órgão máximo desta Jurisdição Constitucional e tendo em conta a amplitude de suas funções e poderes nesta seara, já que também se poderá sempre discutir até mesmo a legitimidade dos demais órgãos jurisdicionais, ao exercerem o controle de constitucionalidade de modo difuso e incidental, isto sem falar nas outras dimensões que revela o problema da legitimação das decisões e atos do Poder Judiciário.

de controle de constitucionalidade das leis, assume cada vez mais relevância, também entre nós (e já mesmo antes da vigência da atual Constituição) a discussão a respeito da criação de um Tribunal Constitucional com feições pelo menos próximas às que caracterizam - ainda que com importantes notas distintivas - de modo geral as Cortes Constitucionais européias, ainda que se venha a manter a designação atual do nosso mais alto Pretório.

Em verdade - e a experiência da expressiva maioria dos países da Europa assim o demonstra - quanto maior a legitimação democrática da Corte Constitucional, maior também o respeito pela autoridade de suas decisões por parte dos demais órgãos estatais. Muito embora a legitimidade das decisões judiciais (também em sede de controle de constitucionalidade) não possa - nem deva - ser restringida a um problema de composição e recrutamento dos Juízes que integram a Corte Constitucional por meio de mecanismos democráticos, sob um prisma meramente organizacional e procedimental, não há como desconsiderar que tal aspecto constitui ingrediente importante e, por vezes, decisivo.

O atual procedimento de indicação dos Ministros pelo Presidente da República, mediante aprovação pelo Senado Federal, apesar de inspirado diretamente no modelo norte-americano (e talvez por isso mesmo), entre nós não tem - de há muito - revelado resultados satisfatórios, a começar pela forma de apreciação das indicações no âmbito do Senado, que - convém lembrar - é órgão que representa em primeira linha os interesses do Estado na Federação. A excessiva concentração de poder nas mãos do Executivo, especialmente quando se cuida da composição de um órgão com poderes de fiscalizar até mesmo os atos do Legislador, evidentemente não harmoniza com as exigências do regime democrático, por mais que se possa sempre (e com razão quanto a este aspecto) objetar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não podem, uma vez guindados ao cargo, terem sua nomeação tornada sem efeito pelo Presidente da República, além de compartilharem da garantia da vitaliciedade, comum aos demais integrantes do Poder Judiciário no Brasil.[30] Em verdade, eventual abertura a ingerências sobre a independência dos integrantes da Suprema Corte (assim, como de resto, pode ocorrer com os demais integrantes do Poder Judiciário, mesmo concursados) depende bem mais da postura individual do Magistrado (no sentido de levar a sério suas funções e sua independência bem como das garantias jurídico-constitucionais indispensáveis ao exercício da função jurisdicional) do que de outros fatores, tanto é que a nomeação pelo Presidente nunca impediu o Supremo Tribunal Federal - e o registro deve ser feito - de tomar decisões corajosas contra atos do Poder Executivo, ainda que em alguns casos - como, de resto, não apenas entre nós - se possa controverter a respeito.

---

[30] Basta, apenas para ilustrar este ponto, referir os amplos poderes do Executivo no âmbito normativo, designadamente no que diz com a iniciativa legislativa e edição das medidas provisórias (ainda que venham a prevalecer as modificações em curso). São justamente tais atos normativos que mais têm sido objeto de controvérsia judicial a respeito de sua constitucionalidade, sendo apreciadas por um Tribunal composto praticamente por indicação exclusiva do Presidente da República, habitualmente homologada sem maior questionamento pelo Senado Federal.

O que nos parece relevante, neste contexto, é que o apego à experiência norte-americana, notadamente pelas já destacadas modificações sofridas no âmbito do nosso sistema de controle de constitucionalidade, não mais se revela – cumpre reiterar tal aspecto - a solução mais adequada. Na busca de uma nova alternativa, haverá de se atentar, por sua vez, para a necessidade de conciliar o sistema presidencialista de governo com o princípio federativo e democrático, objetivando uma fórmula constitucionalmente adequada. Já por estas razões, cremos que algum caminho intermediário entre a sistemática atual e a solução européia típica (especialmente quando atrelada ao modelo austríaco-germânico de controle de constitucionalidade), intimamente ligada ao sistema parlamentarista, haverá de ser encontrado, pena de restar agravada a já suficientemente aguda crise de credibilidade e confiança nas nossas instituições.[31]

Também aqui são inúmeras as possibilidades, já que - consoante já assinalado - nem mesmo no âmbito europeu, em que pese a existência de alguns elementos comuns, se registra uniformidade nesta seara, divergindo não apenas as competências e procedimentos, mas também a forma de recrutamento, o número de integrantes, a permanência no cargo, entre outros aspectos. Assim, em caráter meramente exemplificativo e especulativo, reiteramos nesta quadra sugestão já formulada quando integrávamos a comissão de estudos constitucionais da Presidência da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS). De acordo com a nossa proposta, haveria de se transformar o Supremo Tribunal Federal em autêntica Corte Constitucional, revendo-se as suas competências e expurgando-se todas aquelas não diretamente relacionadas às suas funções como guardião da nossa ordem constitucional, consoante, aliás, já havia anunciado o Constituinte de 1988. No que diz com a composição, impõe-se (mesmo mantida a atual fórmula) o aumento do número de Magistrados, evidentemente incompatível não apenas com as dimensões do nosso País, mas também - e de modo especial - com a magnitude das questões e o número de processos. O aumento do número de Juízes, por outro lado, além de viabilizar uma agilização no exame dos feitos e maior racionalização e divisão do trabalho, assume relevância no que diz com a legitimidade democrática das relevantes decisões proferidas pelo pleno do Tribunal. Não é à toa que mesmo em países como Portugal (com bem menos de 10% da nossa população) o número de integrantes do Tribunal Constitucional é maior, o mesmo ocorrendo - em caráter exemplificativo - com a Alemanha, Espanha e Itália.

Para além disso, agora já no âmbito do processo de recrutamento, deveria ser priorizado o princípio democrático, a começar pela possibilidade da elaboração de listas (no caso, poder-se-á cogitar de listas sêxtuplas) por parte

[31] Não se pretende, portanto, a importação direta, acrítica e sem ajustes de qualquer modelo estrangeiro, por melhor que possa parecer, mas sim, a necessária adaptação e aperfeiçoamento do sistema pátrio, aproveitando-se o que efetivamente harmoniza com as exigências e peculiaridade de nosso ordem constitucional, caracterizada por um modelo complexo de controle de constitucionalidade, embora tendencialmente(ou mesmo preponderantemente) influenciado pelo paradigma europeu, mas também marcada por uma excessiva e indesejada concentração de poderes no Executivo.

do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, do Ministério Público Federal e Estadual e dos órgãos do Poder Judiciário Estadual e Federal, submetidas, então, à apreciação do Presidente de República que escolheria três dos seis nomes indicados, assegurando-se assim a participação direta e relevante do Poder Executivo no processo, em homenagem ao sistema presidencialista que já se incorporou à tradição constitucional pátria. Por derradeiro, a lista tríplice elaborada pelo Chefe do Poder Executivo deveria ser submetida ao Congresso Nacional, que, em votação conjunta e mediante maioria qualificada (sugere-se 2/3 ou, pelo menos, 3/5) elegeria um dos indicados, assegurando-se, portanto, além da preservação do princípio federativo, uma efetiva legitimação democrática seguramente indispensável para uma autêntica e operante Corte Constitucional, evitando, por sua vez, o risco de uma dependência direta da vontade de um determinado partido político.

Para além destes aspectos, importa consignar a conveniência - de resto já referida em diversas sugestões a respeito do tema - de que os Magistrados exerçam suas funções com absoluta independência funcional e por prazo determinado (que, à evidência, não poderia coincidir com os mandatos parlamentares), que, no nossos sentir e tomando por referência a expressiva experiência européia, não deveria ser inferior a oito nem superior a doze anos (como é o caso da Alemanha), vedada a recondução. Como bem destacou o ilustre Professor Inocêncio Mártires Coelho em recente palestra proferida por ocasião do III Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, a imperiosa necessidade de uma renovação periódica dos quadros da Corte Constitucional (ainda que se mantenha a atual denominação) encontra-se umbilicalmente vinculada à própria e inevitável mudança que se processa na realidade sócio-econômica, política e cultural e jurídico-normativa, mas também decorre da exigência de se preservar a indispensável abertura do processo de interpretação jurídico-constitucional.[32]

Assim, cientes de que a proposta ora formulada reclama uma maior reflexão e fundamentação e convictos de que incumbe ao poder de reforma constitucional, mediante amplo debate político e com o procedimento formalmente agravado previsto na nossa Carta Magna, bem como respeitando a nossa identidade constitucional (à qual também pertence o sistema difuso e incidental de controle de constitucionalidade) a última palavra sobre a matéria, pretendeu-se acima de tudo enfatizar a necessidade de se repensar com profundidade e seriedade o problema da Jurisdição Constitucional e da sua indispensável legitimação político-democrática no Brasil, revelando-se incontornável o exame dos aspectos vinculados à própria composição e recrutamento em especial do órgão que detém o poder-dever de proferir por assim dizer "a última palavra" em matéria de controle de constitucionalidade e

---

[32] Sobre este ponto v. a importante contribuição de Inocêncio Mártires Coelho, Interpretação Constitucional, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, especialmente p. Ainda a respeito da interpretação constitucional há de se conferir também as preciosas lições de Juarez Freitas, Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional, in: Revista da AJURIS, vol. 76 (1999), p. 397 e ss., apontando, além da necessidade de se manter efetivo o controle difuso de constitucionalidade, o fato de de que é ao Poder Judiciário a quem incumbe a missão de falar por último em matéria de controle de constitucionalidade.

interpretação constitucional.[33] Da mesma forma, esperamos ter demonstrado suficientemente a íntima vinculação entre o problema da legitimação democrática da Jurisdição Constitucional e as importantes e controversas alterações que vem sendo paulatinamente incorporadas ao ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SARLET, Ingo Wolfgang. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ALGUNS ASPECTOS CONTROVERSOS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Boa parte das considerações tecidas neste ensaio tiveram como ponto de partida texto-base elaborado pelo autor ao ensejo de parecer lavrado para o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS), por comissão presidida pelo Prof. Eduardo Kroeff Machado Carrion, atual Diretor e Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFRGS, comissão esta integrada também pelo Professor Marcus Vinícius Martins Antunes, da Faculdade de Direito da PUC/RS.

[33] Peter HÄBERLE,