

## TENDÊNCIAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

**A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**

**Carlos Alberto Menezes Direito**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

A Constituição de 1988 representou um marco na história constitucional do Brasil. Consolidou a passagem para a vida democrática atenta aos princípios que devem reger o estado de direito, com a preocupação maior de assegurar a plenitude dos direitos do homem e do cidadão.

Todos sabemos que a constituição, na história dos povos, é fruto de uma elaboração que leva em conta a necessidade de fortalecer a conquista das liberdades individuais frente ao poder do estado. Nessa direção, as declarações de direitos são o berço da construção política da constitucionalização dos estados. Elas contêm uma enumeração dos direitos fundamentais com o propósito de inserir positivamente um sistema de direitos individuais que autoriza o primado do direito nas relações entre o indivíduo e o estado. O *Bill of Rights* inglês, de 1688, e a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, adotada pela Terceira Sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, deixam muito claro que a constitucionalização dos estados depende da proteção dos direitos individuais.

Em outra oportunidade, assinalo que Karel Vasak, tratando da realidade jurídica dos direitos do homem, indicou as três seguintes condições para que eles se tornem uma realidade jurídica: 1º) é necessário que exista uma sociedade organizada sob a forma de um estado de direito; 2º) é necessário que, no interior do estado, os direitos do homem se exerçam em um quadro jurídico preestabelecido, porém variável em função da natureza dos direitos e em função das circunstâncias; 3º) finalmente, é necessário que o exercício dos direitos do homem por seus titulares seja acompanhado de

garantias jurídicas precisas e, em particular, que sejam previstos recursos que permitam obter o seu respeito.

Essas “*garantias jurídicas precisas*”, referidas por Karel Vasak, compõem a essência moderna do respeito que o estado deve guardar com relação aos direitos do homem e do cidadão.

Na verdade, a leitura dos clássicos revela ser importante procurar a fundamentação do direito de exercer o poder, nas suas mais variadas dimensões, merecendo lembrada a lição de Weber no sentido de que a definição de estado não dispensa o “*monopólio da força legítima*”. Ensinou Bobbio, tratando da filosofia política e da ciência política, que mesmo Hobbes “*considera que a força do Estado não pode ser força bruta, mas deve ser, para usar a expressão weberiana, “legítima” (legitimidade que para Hobbes deriva do acordo geral dos consociados)*”. E prossegue com a doutrina de Rousseau, nas primeiras páginas do “Contrato Social”: “*o ponto de partida da inteira construção é a crítica ao pretensão “direito do mais forte”, que não é um direito porque à força não se tem o dever de obedecer, e se não se tem o dever de obedecer isto significa que, por outro lado, não existe um direito de comandar. A questão, tanto de Rousseau quanto de Hobbes, é antes de mais nada o problema de fundamentar o direito de comandar, que consiste, em termos weberianos, na questão de encontrar uma sua “justificação interna”, isto é, um princípio de legitimidade*” (Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 2000, organizado por Michelangelo Bovero, trad. de Daniela Becaccia Versiani, págs. 133 e 141).

Não se trata aqui, nem poderia ter tal pretensão, de estabelecer as bases de uma filosofia política para argamassar a tentativa de destacar as tendências do direito constitucional brasileiro nesta virada do século. Mas, o que se torna relevante é fixar o conceito de que, mesmo reconhecendo a variedade das correntes de pensamento sobre a configuração do estado, na perspectiva da organização do poder, o fato é que o estado concentra o monopólio do poder institucionalizado e, com isso, está armado de instrumentos que podem transformar-se, como em tantas ocasiões já ocorreu, em fonte de dominação absoluta sobre o homem, sacrificando a sua liberdade e, o que é pior, anulando a essência do ser do homem. E, mais uma vez, valem as preciosas lições de Bobbio: “*Embora partindo de um sentido de liberdade comum, o distinto uso do termo, do qual captamos os movimentos, depende do fato de que a doutrina liberal considera o problema da liberdade*

*em função do indivíduo isolado e, a doutrina democrática, em função do indivíduo enquanto partícipe de uma coletividade (de uma vontade comum). As duas doutrinas respondem a duas perguntas distintas. A primeira: ‘O que significa ser livre para um indivíduo considerado um todo em si mesmo?’ A segunda: ‘O que significa ser livre para um indivíduo considerado parte de um todo?’ Não obstante o significado comum de liberdade como autodeterminação, as duas diferentes perspectivas levam à formulação de duas respostas que acentuam dois diferentes aspectos do problema da liberdade. A quem faz a primeira pergunta, o problema da liberdade se apresenta sobretudo como não-impedimento; a quem faz a segunda pergunta, o mesmo problema se apresenta sobretudo como demanda de limites a qualquer forma de legislação imposta de cima para baixo, donde a liberdade como autonomia. Em outras palavras, a resposta à primeira pergunta leva a acentuar o momento da ‘permissão’, a resposta à segunda, o momento da ‘auto-obrigação’ ”(cit., pág. 103). No contexto dos clássicos, lembrado por Bobbio, em Montesquieu, a ‘liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem’, destacando o grande mestre da teoria política contemporânea que o “problema fundamental para Montesquieu é aquele dos limites do poder estatal: é preciso que certos limites existam, e que existam meios suficientes para fazer com que sejam observados. A liberdade é o bem-aceito fruto desses limites: livre é aquele que pode fazer tudo aquilo que quer dentro de tais limites”; em Rousseau, a “obediência à lei que nós mesmos nos prescrevemos é a liberdade”, destacando Bobbio que para Rousseau, “o problema fundamental é aquele da formação da vontade geral: a única liberdade possível no Estado é que os cidadãos dêem leis a si mesmos. A liberdade coincide não com a autodeterminação individual, mas com a autodeterminação coletiva” (cit. , págs. 103/104).*

Pode dizer-se que o problema central dos estados em nossos dias é construir mecanismos que protejam o existir em liberdade dos seus cidadãos, seja na perspectiva da autodeterminação individual, seja na perspectiva da autodeterminação coletiva, como prevenção a tentativas de organização do poder que desqualifiquem o exercício da liberdade do homem diante do estado. E o plano da liberdade não pode ser posto, apenas, na distribuição de bens e riquezas existentes na sociedade, como se a satisfação decorrente de tal distribuição fosse um bem em si mesmo, capaz de justificar a morte da natureza humana, pela coerção ao seu direito a ser livre na sociedade em que vive. O bem maior, portanto, é a preservação da natureza livre,

racional e social do homem para que haja efetivas condições de criação de um estado preparado para a construção do bem comum, isto é, a existência de um conjunto de condições concretas que permita ao homem realizar a plenitude de sua natureza.

É por essa razão que não se pode pensar a organização do estado apenas na posição democrática de suas declarações de direitos, mas, sim, na disponibilidade no interior do estado de meios processuais para o exercício dos direitos declarados.

Por outro lado, o estado dos nossos tempos vividos está diante da encruzilhada do fenômeno da globalização, que, sem maior elaboração doutrinária, pode afirmar-se como tentativa de integração dos estados, com fissura no monopólio do poder do estado, dito soberano, diante dos outros estados. E não se trata de fenômeno puramente econômico, porque também jurídico, com a organização de parlamentos integrados e cortes judiciais com poderes jurisdicionais para dentro das fronteiras dos estados partícipes. E, ainda, mesmo sem a institucionalização de tais cortes, com uma projeção capaz de suscitar o processo e julgamento por crimes determinados por jurisdição diversa daquela que seria naturalmente competente, como mais recentemente ocorreu com o processo que envolveu o general Augusto Pinochet.

A nossa Constituição de 1988 mostrou-se preocupada com essa dimensão protetiva da liberdade do homem e do cidadão diante do estado e, indiscutivelmente, a sua identificação é a ampliação da jurisdição constitucional e a criação de novo elenco de meios processuais de defesa dos direitos garantidos pela Constituição. Merece destaque a preocupação do constituinte de configurar como “*crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático*” (art. 5º, XLIV).

Com tal tendência, evidentemente, a sua primeira consequência é o fortalecimento do Poder Judiciário, ou seja, daquela função do estado que deve prestar a jurisdição, ampliando o acesso à justiça. A consciência provocada pelo advento da nova Constituição, que maximizou o direito à liberdade diante do estado, o direito à cidadania na perspectiva do cidadão como usuário dos serviços do estado ( art. 37, § 3º, da Constituição Federal) e como consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal), despertou um novo tempo de crenças, que espero não seja lembrado depois do tempo vivido como mera utopia.

O cidadão nesse trânsito republicano ampliou a sua participação na própria construção do direito, como instrumento gerador de interpretação do sistema de normas positivas que regem a vida social.

Peter Häberle anotou que os “*critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade*”, ou, ainda, “*como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição*”, na lembrança da velha lição de Jellinek com a força normativa dos fatos (Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, págs. 13 e 15).

Não foi outra, a intenção, bem mais antiga, é certo, do magistério de Benjamin Nathan Cardoso. O grande Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América ensinou, considerando a “*questão sobre como deveria decidir um juiz diante do conflito entre suas convicções e as convicções da comunidade, diante da resposta de um seu colega, que indicava a predominância das convicções pessoais do juiz*”, que: “*não se verificará, provavelmente na prática. Raro, na verdade, será o caso em que nada mais exista para inclinar a balança, além das noções contraditórias sobre o procedimento correto. Se, entretanto, o caso suposto aqui estivesse, creio que erraria o juiz que quisesse impor à comunidade, como norma de vida, suas próprias idiossincrasias de procedimento ou de crença*”. E prosseguiu, supondo a situação de “*um juiz que encarasse a frequência a teatro como pecado. Estaria ele agindo bem se, num campo em que a jurisprudência ainda não estivesse assentada, permitisse que sua convicção governasse sua decisão, apesar de saber que aquela estava em conflito com o standard dominante do comportamento correto? Penso que ele estaria no dever de conformar aos standards aceitos da comunidade, os mores da época*” (cf. meu artigo A Decisão Judicial, in Revista de Direito Renovar – RDR nº 15/37).

Mais do que nunca, presente deve estar a indicação de Konrad Hesse no sentido de que a constituição “*não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo*”, ou, ainda, “*a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral*

*objetiva do complexo de relações da vida”* (A Força Normativa da Constituição, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, págs. 18 e 25).

Sem dúvida, a ampliação da jurisdição constitucional e a ampliação generalizada do acesso à justiça, tudo para proteger os direitos do homem e do cidadão, representam a tendência do moderno direito constitucional brasileiro.

Respeitando a paciência dos leitores, gostaria de centrar as minhas observações sobre a recente lei que tratou da jurisdição constitucional no campo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

O aparecimento do parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal foi realmente uma novidade. Gerou perplexidade porque não havia instrumento adequado para torná-lo efetivo, dependendo, expressamente, da disciplina legal, o que não ocorreu com outros instrumentos de garantia dos direitos individuais, logo utilizados com o aproveitamento dos meios disponíveis no direito processual. A Emenda nº 03, de 17 de março de 1993 transformou-o em § 1º e acrescentou o § 2º impondo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nas decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Com a expressão preceitos fundamentais o legislador constitucional pretendeu alcançar todos os direitos e garantias fundamentais. Mas, não somente aqueles que se encontram agasalhados na declaração de direitos; também, na minha avaliação, todos aqueles direitos vinculados ao exercício das liberdades públicas e aos direitos sociais, vinculados à dignidade humana, alcançando, assim, os fundamentos da República, tal e qual definidos no art. 1º da Constituição Federal, suscetíveis de descumprimento pelo Poder Público, oriundo o descumprimento de atos abusivos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. E Gilmar Ferreira Mendes lembra que não se poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais àqueles princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, explicitando que a *“lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio”*, de modo a que seja

fixado “*um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional*” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99, Editora Atlas, São Paulo, 2001, organizado por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothemburg, págs. 131/132).

A Lei nº 9.882/99 prescreve que o objeto da arguição de descumprimento, com tutela direta do Supremo Tribunal Federal, é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental e, também, “*quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*”. Esta última hipótese, certamente, gerará controvérsia que a construção jurisprudencial terá de desafiar porque corresponde a um verdadeiro controle de constitucionalidade, incluída a lei municipal e, ainda, a lei ou ato anterior à Constituição, indo, portanto, mais além da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não admite ação direta contra ato normativo anterior à Constituição. Criou-se, assim, na esteira de outros instrumentos constitucionais, a possibilidade de uma impetração preventiva, com características inovadoras na jurisdição constitucional brasileira, para evitar lesão, independente de prazo, com o que difere de outros modelos conhecidos.

A lei deferiu legitimidade ativa para as mesmas pessoas e instituições legitimadas para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), retirando o veto do Presidente da República à legitimação dos diretamente interessados, ou seja, qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Afastou-se, uma vez mais, o legislador dos modelos austríaco e alemão. Ficou solto o § 1º, autorizando a interpretação de que o interessado, qualquer interessado, pode solicitar, mediante representação, a propositura de arguição de descumprimento ao Procurador-Geral da República, “*que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo*”.

Como explica Alexandre de Moraes, o “*Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória – em face da possibilidade de liminar e da existência de efeitos erga omnes e vinculantes – evitar ou fazer cessar condutas do poder público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da República e, em especial, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e os direitos e garantias fundamentais*” (Arguição de Descumprimento, cit., pág. 20).

A Lei especificou o conteúdo obrigatório da petição inicial no art. 3º, assim, “a indicação do preceito fundamental que se considera violado”, “a indicação do ato questionado”, “a prova da violação do preceito fundamental”, “o pedido, com suas especificações”, e “se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”, prescrevendo, ainda, o parágrafo único que a “petição inicial acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação”. É evidente que alguns dos legitimados do art. 103 dispensam o instrumento de mandato porque possuem plena capacidade postulatória, não requerendo a intervenção de advogado.

Agasalhou a Lei o indeferimento liminar da inicial, pelo relator, “quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta”, cabendo agravo, no prazo de cinco dias. Para facilitar o intérprete, desde logo, o legislador considerou que não será admitida a argüição “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. É na verdade, a configuração da argüição como subsidiária, que não substitui os demais meios disponíveis para a proteção dos direitos e garantias individuais, assim o habeas-corpus, o mandado de segurança individual, o habeas-data, a as ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva, ou por omissão, a ação direta de constitucionalidade e outros. Bem observa Alexandre de Moraes, “o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via da argüição” (cit., pág. 27). Para Daniel Sarmento, o princípio “inspirou-se em condicionamento semelhante existente no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol, cujo cabimento também se encontra condicionado ao esgotamento de todas as demais instâncias judiciais para a tutela do direito fundamental” (Argüição de Descumprimento, cit., pág. 103).

Não creio que se deva minimizar a argüição pelo fato de existirem tantos outros meios disponíveis. Deve ser considerada a natureza da argüi-

ção no sentido de que busca o cumprimento de determinado preceito fundamental. O objetivo é permitir a cessação da lesão, devendo prevalecer o temperamento necessário para admitir a argüição diante de um interesse relevante capaz de autorizar uma intervenção imediata e antecipada do Supremo Tribunal Federal, se, por exemplo, mesmo disponível e utilizado, o outro meio não se mostrar eficaz para cessar ou reparar o descumprimento.

Uma questão relevante é saber da possibilidade da propositura da argüição pela via incidental, assim aquela que surja no curso de um processo judicial. André Ramos Tavares entende possível. Escreve ele: *‘Há uma argüição incidental, ao lado daquela exercida por ação, porque a controvérsia com ‘relevante fundamento’ à qual faz menção o parágrafo único do art. 1º só pode ser aquela que se apresenta em juízo, e não qualquer controvérsia que se instale entre particulares. A ‘controvérsia’, no sentido técnico, é aquela instaurada perante o Judiciário, ou levada ao conhecimento deste. Auxilia o reconhecimento dessa modalidade a apreciação do disposto no inciso V do art. 3º da Lei da Argüição, que exige que se apresente, conjuntamente com a petição inicial, ‘se for o caso’, a comprovação da existência da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado’.* O cumprimento do artigo impõe-se apenas para a argüição incidental. Daí a eventualidade, *‘se for o caso’ da aplicação do mesmo*” (Argüição de Descumprimento, cit., págs. 63/64). Também Elival da Silva Ramos enxerga tal possibilidade, apontando que a *“novidade de maior porte está em outra possibilidade que deflui das disposições da Lei nº 9.882/99, qual seja, a utilização da argüição como incidente processual, em ações para cujo deslinde seja relevante a interpretação de preceito fundamental da Constituição*”. Anota, ainda, Elival da Silva Ramos: *“Note-se, em primeiro lugar, que, nos termos do art. 1º, caput, do diploma legal de regência, a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal ‘terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público’.* A expressão por nós posta em destaque é abrangente de atos provenientes de qualquer dos Poderes estatais. Sendo assim, pode-se perfeitamente figurar a hipótese de ser a medida intentada no bojo de ação judicial em curso, por algum dos órgãos, entidades ou autoridades arroladas no art. 103 da Constituição Federal, com a finalidade de que, previamente à decisão definitiva da causa, o Supremo Tribunal Federal, incidentalmente, fixe a interpretação e as condições de aplicação do preceito fundamental em tela, decisão essa que

*vinculará o Juiz ou Tribunal quando da entrega da prestação jurisdicional no caso concreto*” (idem, pág. 116). Já Daniel Sarmiento assere que a argüição de descumprimento incidental não tem semelhança com a advocatória, “*de triste memória*”, porque o Supremo Tribunal Federal não julgará a causa, mas, apenas, manifestar-se-á “*sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de argüição de inconstitucionalidade nos tribunais, característico do controle difuso, e que se encontra regulado nos arts. 480 e 482 do Código de Processo Civil*”. Assinala, também, que o “*objetivo do novo instituto é antecipar decisões do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsias constitucionais relevantes, que antes só chegariam a seu conhecimento muito depois, após o percurso das tortuosas vias recursais. Evita-se com isso que, neste ínterim, seja criada e alimentada uma situação de incerteza jurídica, congestionando os tribunais, ensejando a possibilidade de decisões discrepantes e permitindo a consolidação no tempo de situações subjetivas que possam vir a contrariar a orientação que, depois, o Supremo venha a adotar em relação a certas questões de índole constitucional*”. Mas, também reconhece que em tal situação, apesar de possuir a incidental uma dimensão subjetiva, “*já que é suscitada em razão de um caso concreto*”, o “*aspecto objetivo sobreleva, sobretudo porque o incidente não pode ser provocado pelas partes do processo judicial, mas apenas pelos legitimados para o ajuizamento da ADIN, tendo em vista o veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882/99, que outorgava legitimidade para propositura da ADPF a ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’*” (cit., págs, 87 a 89).

Embora prestigiada por autores de peso, não creio que a Lei, com o veto ao inciso II do art. 2º, autorize interpretação que admita a possibilidade de propositura da argüição *incidenter tantum*. A argüição incidental não está cogitada no texto em vigor. Se não tivesse havido o veto, seria possível admiti-la. Mas, a interpretação construtiva, no caso, não me parece, com respeitosa vênia aos mestres que entendem em sentido contrário, adequada. A tanto não chego com a leitura do parágrafo único do art. 1º. Os expressamente legitimados podem, sim, propor a argüição naquela hipótese, com a prova de que existe a controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito constitucional, mas já considerando as decisões judiciais existentes, assim, por exemplo, aquelas decorrentes de numerosas medidas liminares enfrentando a aplicação de preceito fundamental. A admissão da argüi-

ção incidental, no rigor da doutrina, por outro lado, levaria, necessariamente, a ampliar o rol dos legitimados para propô-la, o que, também, não me parece possível. A hipótese de os legitimados apresentarem a argüição estando em curso a ação judicial é, ainda, argüição na modalidade direta, não incidental, que seria aquela, e somente aquela, que qualquer das partes ou o próprio órgão judicial poderia suscitar, como no caso do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais. Na minha compreensão, não há argüição incidental, mas, sim, a possibilidade do deferimento da medida liminar que atinja processos em andamento, efeito possível, mas não necessário, porque o comando legal apenas determina que ela *“poderá consistir”*. O fato de atingir processos em andamento, a meu juízo, não configura a modalidade incidental, nos termos do texto em vigor. É tema que ainda renderá muita discussão até a palavra final do Colendo Supremo Tribunal Federal.

A Lei admitiu, e não poderia deixar de fazê-lo diante do sistema processual em vigor para as ações do tipo, a concessão de medida liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, podendo o relator, em *“caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso”*, conceder a medida liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Mais do que isso, prescreve a Lei, como já vimos, que a *“liminar poderá consistir da determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os 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”*. Com tão amplo alcance da medida liminar, o Supremo Tribunal Federal pode suspender o desenlace de processos em tramitação por tempo indeterminado. Deu-se para a liminar em argüição de descumprimento uma força que o direito brasileiro ainda não conhecia com tal extensão. Não se trata da suspensão de um processo determinado, mas, sim, de todo e qualquer processo que tenha por objeto a matéria que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal na argüição de descumprimento de preceito fundamental. Poder ainda maior continha o § 4º, vetado, que atribuía ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, também por decisão da maioria absoluta de seus membros, e se necessário *“para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica”*, a competência para *“ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato dele decorrente”*. Foi acertado o veto, preservando-se, com ele, a independência dos

poderes do estado. Teria sido prudente se o legislador, diante da realidade hoje existente, estabelecesse um prazo para o julgamento da argüição, considerando o efeito causado pelo deferimento da medida liminar. O risco, diante do volume de processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal, é a permanência da suspensão por longo período, frustrando, assim, a prestação jurisdicional em milhares de casos.

Após a apreciação da liminar, o processo corre com a solicitação de informações “às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias”, sendo, ainda, possível ao relator “ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. A critério do relator poderá haver sustentação oral e a apresentação de memoriais, a requerimento dos interessados no processo. Após as informações será feito o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedido de dia para julgamento, sendo que a decisão “somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros” (arts. 6º, §§ 1º e 2º, art. 7º, parágrafo único, art. 8º).

A decisão proferida, por maioria, será comunicada às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, “fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, cumprindo-se a decisão imediatamente, independentemente da lavratura do acórdão, sendo a parte dispositiva “publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União” (art. 10, §§ 1º e 2º).

Seguindo o curso da tendência hoje prevalecente, a decisão terá efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Público e eficácia contra todos, sendo a decisão irrecurível, não cabendo sequer ação rescisória, mas permitida a reclamação contra seu descumprimento (§ 3º do art. 10, art. 12 e art. 14).

Finalmente, o art. 11 da Lei nº 9.882/99 dispõe sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento. Aí, sim, teremos uma declaração incidental de inconstitucionalidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que deverá obedecer ao que dispõe a Constituição Federal no que concerne ao **quorum** da maioria absoluta de seus membros (art. 97). O dispositivo é criticado severamente por Elival da Silva Ramos, apontando a influência do art. 282, nº 4,

da Constituição Portuguesa, o qual entende não poder o legislador infraconstitucional conferir ao Supremo Tribunal Federal “*um poder de saneamento parcial da invalidade legislativa, em face do descumprimento de preceito fundamental, invalidade, com suas características de nulidade de pleno direito, que brota do sistema de controle disciplinado em nível superior?*” (cit. pág. 125), sendo a matéria de cunho nitidamente constitucional. A regra está, também, no art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, que teve anteprojeto elaborado por comissão nomeada pelo então Ministro da Justiça, Professor Nelson Jobim, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, e que teve a honra de integrar, sob a coordenação do Professor Caio Tácito.

Sobre o tema, vale lembrar a exposição de motivos do então Ministro da Justiça, que considerou que a “*falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais*”, e, também, que “*nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão ‘lei inconstitucional’ configurava uma **contraditio in terminis**, uma vez que ‘the unconstitutional statute is not law at all’ (cf. W.W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, vol. I, p. 9-10; cf., também, Thomas Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a grande depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (cf. Laurence Tribe, *The American Constitutional Law*, p. 27)”. Lembrou, também, que a “*Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada decisão de apelo (**Appelentscheidung**), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (**es ist noch verfassungsgemäss**), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade (cf. sobre o assunto, entre nós, Gilmar Ferreira Mendes, *O Apelo ao Legislador – Appelentscheidung – na Praxis da Corte Constitucional Alemã*, in RDP nº 99, p. 32 s.)”.**

Gilmar Ferreira Mendes mostra que o conceito, na doutrina alemã, tanto pode abranger “*a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como ‘ainda constitucional’, anunciando a conversão desse estado de constitucionalidade imperfeita numa situação de completa inconstitucionalidade*”, como, segundo alguns autores a utilizam, “*também para designar as decisões do Bundesverfassungsgericht que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar a sua nulidade*” (Jurisdição Constitucional, Saraiva, 2ª ed., 1998, pág. 230).

Com todo respeito à crítica formulada pelo Professor Elival da Silva Ramos, não creio que haja inconstitucionalidade. É certo que a novidade, a revelar basicamente uma influência clara da operação constitucional do direito alemão, rompe com a tradição brasileira; mas, não é menos certo que é benfazeja diante de nossa realidade legislativa. E não vejo inconstitucionalidade no dispositivo que, apenas, regula os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, o que está mesmo na alçada do legislador infraconstitucional.

Por último, e tanto ainda teríamos de desafiar no campo da jurisdição constitucional com o advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, merece anotada a inovação da mencionada Lei, contida no parágrafo único do art. 28 que autoriza a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, “*inclusive a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*”.

A interpretação conforme à Constituição marca a forte presença do constitucionalismo alemão no Brasil. Esta modalidade de interpretação, anota Gilmar Ferreira Mendes, adotada pelo *Bundesverfassugsgericht*, mesmo sem disciplina legal, autoriza o Tribunal a declarar “*qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental*” e “*adquiriu peculiar significado na jurisprudência do Tribunal graças à sua flexibilidade, que permite uma renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica*”. Um dos seus relevantes aspectos é a possibilidade de excluir interpretações consideradas inconstitucionais; outro para “*colmatar lacunas*”, possibilitando a “*construção, em conformidade com a Constituição, mediante analogia, redução, ou mediante derivação de premissas normativas constantes da própria Constituição*”. Mas,

adverte, Gilmar Ferreira Mendes, que as “ *‘decisões fundamentais do legislador’, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador* ”. Na verdade, destaca Gilmar Ferreira Mendes, o “*princípio da interpretação conforme a Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei* ” (cit., págs. 221 a 224).

O princípio já tinha, de alguma forma, raízes na doutrina brasileira do controle de constitucionalidade, assim a prescrição de que se não deve declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando possível compatibilizar a interpretação com o dispositivo constitucional. Para Gomes Canotilho a “*formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição, mas ‘contra legem’, impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme à constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais*” (Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 1995, 6ª ed., págs. 229/230).

Essa modalidade terá reflexos, na minha compreensão, até mesmo nos julgamentos infraconstitucionais, submetidos ao Superior Tribunal de Justiça, porque permitirá fixar a interpretação compatível da lei ao julgar o recurso especial. Assim, poderá o Superior Tribunal de Justiça indicar a interpretação que não viole o dispositivo legal objeto do recurso.

O avanço da jurisdição constitucional no Brasil é um fato irreversível, como, também, parece consolidada entre nós a influência do direito constitucional europeu, particularmente, a do direito alemão.

Não poderia concluir essas brevíssimas anotações, sem uma especial referência ao precioso estudo do Professor Gustavo Binenbojm, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira” (RENOVAR, Rio de Janeiro, 2001).

O trabalho destaca a jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais e como instrumento de defesa do procedimento democrático, mencionando, entre tantos outros, os estudos de Dworkin e Habermas, para asserir que nas conclusões teóricas por eles formuladas, direitos fundamentais e democracia, *“convivem numa relação de implicação recíproca. Assim, parece correta a assertiva de que só há democracia onde se respeitam os direitos fundamentais do homem; inversamente, só há espaço para afirmação e efetivação de tais direitos no âmbito de um regime democrático. São faces da mesma moeda”*. Com isso, assevera o Professor Gustavo Binebojm, *“não há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta de Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se”*.

Sob todos os ângulos, portanto, a tendência do direito constitucional brasileiro de reforçar a jurisdição constitucional é benfazeja para todos os que querem preservar a integridade da natureza da pessoa humana, somente possível com a formatação democrática da sociedade organizada.