

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: PERSPECTIVAS DO NOVO INSTRUMENTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Alexandre Reis SIQUEIRA FREIRE
Guilherme SOARES

SUMÁRIO: I. *Considerações preliminares.* II. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o sistema de controle de constitucionalidade.* III. *Objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental.* IV. *Legitimidade para a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental.* V. *Modelagem dos efeitos da decisão em argüição de descumprimento de preceito fundamental.* VI. *Considerações Finais.* VII. *Bibliografia.*

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no § 1.º do artigo 102, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, atribuindo à lei o dever de regulamentar tal instituto.

Contudo, decorridos mais de oito anos da promulgação da Constituição Federal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental não havia sido disciplinada. Essa lacuna foi sanada com a edição da Lei nº 9.882/99.

Entretantes, a regulamentação do § 1.º do art. 102 da Constituição Federal ocasionou irresignação acerca da sua publicidade e a forma como foram conduzidas as discussões que resultaram no anteprojeto apresentado pela comissão ao Ministério da Justiça.

Tal inconformismo cinge-se a semelhança da argüição de descumprimento de preceito fundamental com instrumentos processuais típicos de

regimes de exceção. Com efeito, tais manifestações procedem em parte ante a ausência de uma ampla e intensa discussão com a sociedade.¹

Por outro lado, é necessário reconhecer que argüição de descumprimento de preceito fundamental apresenta inovações ao sistema de controle de constitucionalidade das leis. Estas podem ser observadas, sobretudo, na extensão da abrangência de objetos controláveis de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal e pela criação da argüição incidental, que aproxima as formas de controle concreto e abstrato de constitucionalidade.

Por conseguinte, pretende-se analisar a origem e as perspectivas da argüição de descumprimento de preceito fundamental no sistema contemporâneo de controle de constitucionalidade das leis.

II. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) E O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de controle de constitucionalidade das leis apresenta dimensões: concreta e abstrata. A experiência constitucional brasileira recepcionou o sistema misto, compreendendo as duas possibilidades.

Trata-se de um sistema mais complexo e sofisticado, mediante o qual a fiscalização dos atos emanados dos poderes públicos redundará na produção de efeitos de natureza individual e *erga omnes*. Destarte, convivem em nosso sistema dimensões de controle abstrato e de controle concreto.

Em consonância com a Constituição, o controle abstrato de normas incide sobre lei ou ato normativo federal ou estadual. A despeito disso, tais conceitos foram restringidos pela jurisprudência tão-somente a atos primários que, vale dizer, decorrem diretamente da Constituição.² Outrossim, a extensão do controle abstrato tem abarcado leis e atos de na-

¹ É interessante notar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, conforme o projeto aprovado pelo Congresso Nacional, conferia ao cidadão legitimidade para provocar diretamente o Supremo Tribunal Federal em hipótese de ameaça ou lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição. No entanto, tal dispositivo, constante no artigo 2o., II da Lei núm. 9.882/99, foi vetado pelo Presidente da República sob alegação de contrariedade ao interesse público, tendo em vista o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal.

² Cfr. Ribeiro Bastos, Celso e Souza Vargas, Alexys Galias de, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, núm. 30, pp. 69-77, enero-marzo de 2000.

tureza similar, tais como os regimentos internos dos tribunais, das casas legislativas, medidas provisórias, dentre outros.

Entre as várias inovações ao controle abstrato de constitucionalidade trazidas pela argüição de descumprimento de preceito fundamental, destaca-se a fiscalização dos atos que não possuem revestimento formal de Lei e nem sejam dotados dos atributos de generalidade e abstração, incluindo aqueles emanados das entidades coletivas municipais, bem como de atos normativos anteriores à Constituição.

Dessa forma, afasta-se qualquer interpretação de natureza restritiva incidente nos atos passíveis de controle pela argüição de descumprimento de preceito fundamental, tal qual se operou em relação à ação direta de inconstitucionalidade.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto mecanismo de defesa da Constituição, inova o cenário jurídico ao oferecer a integração entre os sistemas concreto e abstrato de constitucionalidade com eficácia erga omnes sobre os processos ainda em tramitação. Corolário disso, favorece a antecipação de decisões em matéria de relevância constitucional, assim como confere efetividade e coerência ao sistema.

1. *Argüição principal e incidental: natureza e previsão*

Existem duas modalidades diferenciadas de argüição de descumprimento de preceito fundamental, quais sejam, a argüição de descumprimento de preceito fundamental principal e a argüição de descumprimento de preceito fundamental incidental.³

A argüição de descumprimento de preceito fundamental principal está contemplada no art. 1º da lei 9.882/99. Esta espécie de argüição pode ser apresentada direta e originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, sem a necessidade de interposição de qualquer recurso anterior.⁴

3 Nesse sentido: Ramos Tavares, André, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei”, em Ramos Tavares, André e Rothemburg, Walter Claudius (orgs.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei N. 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 61; Taveira Bernardes, Juliano, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, *Revista Jurídica Virtual*, núm. 8, enero de 2000, acesso 23 de julio de 2000, disponível no site <http://www.planalto.gov.br>;

4 Nesse sentido: Ramos Tavares, André, *op. cit.*, nota 3, p. 61.

São legitimados para a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em sua dimensão principal, os entes habilitados para o aforamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Já a modalidade incidental da ação de argüição de descumprimento representa um mecanismo diferenciado para provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal acerca de controvérsia constitucional relevante que esteja sendo analisada em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio eficaz para evitar ou sanar a lesividade de um preceito fundamental.⁵

Conforme ressalta Daniel Sarmento, “se o Supremo Tribunal Federal conhecer da argüição incidental, ele não vai julgar a causa, como acontecia no instituto da advocatória, de triste memória, irá tão somente manifestar-se 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”.⁶ Lembra o mesmo autor que “diversamente do que ocorre naquele incidente (a advocatória), aqui a decisão da controvérsia constitucional vinculará não apenas o julgamento do caso concreto que a provocou, mas também a todos os outros em que a mesma questão estiver sendo discutida”.⁷

Nesse jaez, a argüição de descumprimento, em sua dimensão incidental, objetiva antecipar a decisão do Supremo Tribunal Federal respeitante a matéria de relevância constitucional, sem a necessidade de exaurir todas as instâncias inferiores. Evita-se, porquanto, que sejam criadas situações de incerteza jurídica a implicar no congestionamento dos tribunais, além de dar ensejo a decisões discrepantes, as quais posteriormente possam

⁵ Cfr. Ramos Tavares, André, *op. cit.*, nota 3, p. 73, observa que “No caso da argüição incidental, o legislador optou deliberadamente por conferir-lhe alcance mais restrito, atendo o instituto à sindicabilidade das leis ou atos normativos, da órbita federal, estadual ou municipal (incluindo os anteriores à Constituição). Só poderá haver pedido de apreciação de atos normativos, como que se configura uma redução do espectro de abrangência da argüição ‘autônoma’, que pode alcançar qualquer ato emanado do Poder Público”.

⁶ Sarmento, Daniel, “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”, em Ramos Tavares, André e Rothemburg, Walter Claudius (orgs.), *op. cit.*, nota 3. Cfr. Wald, Arnold, “O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente”, *Revista Jurídica Virtual*, núm. 7, dez. 1999, disponível no site <http://www.planalto.gov.br>.

⁷ Sarmento, Daniel, *op. cit.*, nota 6, p. 88.

contrariar a orientação que o Supremo Tribunal Federal venha a adotar em relação a certas questões de natureza constitucional.⁸

Apesar das diferenças procedimentais, a doutrina vem relacionando a argüição de descumprimento de preceito fundamental em sua dimensão incidental com o recurso constitucional alemão⁹ e o recurso de amparo espanhol.¹⁰ Daniel Sarmento adverte que tal paralelo deve “ser visto com cautela, em razão das diferenças marcantes entre, de um lado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, e, de outro, os sistemas espanhol e alemão”.¹¹ De fato, tanto na Espanha como na Alemanha, onde não há a possibilidade de controle de constitucionalidade por via incidental, os juízes e tribunais ordinários apenas podem suscitar questões de inconstitucionalidade em relação a aplicação de lei contrária à Constituição, sendo estas decididas pelas Cortes Constitucionais.¹²

O recurso constitucional alemão é instrumento processual destinado a assegurar a eficácia e realização dos direitos fundamentais, não só como controle à proteção dos direitos fundamentais, na qualidade de direitos subjetivos, mas também à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade.¹³

Conforme Konrad Hesse, “qualquer pessoa - isto é, cada titular de direitos fundamentais, com a afirmação de estar violada pelo poder público em um dos direitos fundamentais poderá propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Alemão”.¹⁴ O recurso constitucional

⁸ *Idem*.

⁹ Cfr. Ferreira Mendes, Gilmar, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996; Conferir Clève, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*, 2a. ed., São Paulo, RT, 2000, p. 92.

¹⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1988. pp. 121-155.

¹¹ Sarmento, Daniel, *op. cit.*, nota 6, p. 88.

¹² Cfr. Schlaich, Klaus, “Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Tribunal constitutionnel fédéral allemand”, en: Favourea, Louis (org.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, París, Econômica, 1981, p. 125.

¹³ Cfr. Heck, Luis Afonso, *O Tribunal Constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. pp. 138 e ss.

¹⁴ Hesse, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 271. Segundo Hesse, “Não garantida está pelo artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental, a possibilidade de, por causa de uma violação de direito fundamentais, recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Essa possibilidade, abre determinação, que serve especialmente à proteção dos direitos

está apto a impugnar tão somente atos legislativos, administrativos e judiciais que atinjam direitos fundamentais taxativamente previstos na Lei Fundamental. Assim, tem-se que o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu relativa restrição ao seu objeto.¹⁵

Os pressupostos formais e o procedimento do recurso constitucional estão regulados no parágrafo 90, alínea 2, 92 e seguintes, da lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Antes da interposição de um recurso constitucional, deve-se esgotar regularmente a via judicial. Essa prescrição contém o cunho do princípio da subsidiariedade¹⁶ do recurso constitucional, que na jurisprudência ganha significado crescente.¹⁷ Dessa forma, a interposição do recurso constitucional só é admissível se, uma vez exauridas as vias ordinárias, o legitimado não conseguir eliminar a violação ao direito fundamental.¹⁸

O Tribunal Constitucional alemão poderá modelar os efeitos da decisão acerca do recurso constitucional, conferindo eficácia *erga omnes* ao ato reconhecido por inconstitucional que tenha violado direitos fundamentais dos cidadãos tanto em sua dimensão subjetiva quanto na dimensão objetiva.

Na Espanha, o recurso de amparo é um instrumento destinado a provocar a tutela da Corte Constitucional em face dos direitos fundamentais previstos entre os arts. 14 e 39 da Constituição espanhola, quando atingidos por atos do poder público, mediante provocação do cidadão, desde que exauridas as demais instâncias judiciais.¹⁹

O recurso de amparo é utilizado contra ato violador dos direitos fundamentais dos cidadãos. Quando do julgamento do referido recurso, a Corte Constitucional poderá apreciar a inconstitucionalidade de normas,

fundamentais, do artigo 93, alínea 1, número 4a, da Lei fundamental, pela qual o conteúdo do parágrafo 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal obteve hierarquia constitucional” .

15 Nesse sentido, Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 14, p. 271.

16 *Cfr.* Ferreira Mendes, Gilmar, “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz”, *Revista Jurídica Virtual*, núm. 13, junho de 2000, acesso: 23 de julho de 2000, disponível no site <http://planal.to.gov.br>.

17 Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 14, p. 272.

18 *Idem.*

19 Nesse sentido *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 10, p. 141.

emitindo decisão dotada de eficácia geral que tem o condão de eliminar o ato normativo inválido da ordem jurídica.²⁰

De fato, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, em sua modalidade incidental, guarda algumas semelhanças com o recurso de amparo na jurisdição constitucional espanhola e com o recurso constitucional no sistema de controle de constitucionalidade germânico.²¹

Ademais, observa Daniel Sarmento que “na argüição incidental, 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 9.882/99, que outorgava a legitimidade lesada ou ameaçada pelo poder público”.

Por fim, deve-se acentuar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, em sua modalidade incidental, não se restringe à proteção dos direitos fundamentais. Saliente-se que na sistemática reconhecida no sistema constitucional brasileiro preceito fundamental é gênero do qual os direitos fundamentais constituem uma das espécies. Aliás, cumpre lembrar que, em sua dimensão política, a argüição de descumprimento de preceito fundamental visa desenvolver o processo de verticalização do controle de constitucionalidade das leis como forma de proteger os interesses governamentais, proporcionando, desta forma, uma eficiente restrição de medidas liminares contra o poder público.²²

2. *Distinção da argüição de descumprimento de preceito fundamental em face das demais ações do controle abstrato de constitucionalidade*

A argüição de descumprimento em sua dupla dimensão guarda determinadas distinções para com as demais ações do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.

Não há uma equivalência ou simetria entre o antigo objeto das ações diretas e a atual argüição, já que a esfera de incidência desta engloba

20 Nesse sentido *Cfr.* Sarmento, Daniel, *op. cit.*, nota 6, p. 89.

21 Nesse sentido *Cfr.* Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 9a. ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 488.

22 Nesse sentido *Cfr.* Rothemburg, Walter Claudius, *op. cit.*, nota 3, pp. 189-199.

também a impugnação de atos concretos, o que nunca esteve inserido nas ações genéricas de controle de constitucionalidade.²³

No que toca as demais ações de controle abstrato de constitucionalidade também não há qualquer confusão de objetos, a argüição de descumprimento de preceito fundamental estendeu-se a circunstâncias sujeitas à fiscalização abstrata de constitucionalidade que, no entendimento de André Ramos Tavares, “nunca estiveram no espectro daquelas ações e, assim, encontravam-se fora do alcance do controle de concentrado de constitucionalidade brasileiro”.²⁴

A intersecção entre ação direta interventiva e argüição de descumprimento de preceito fundamental assume as feições da relação antes existente entre a ação direta genérica e a ação interventiva, visto que nesta “há referência expressa ao que a doutrina denomina por princípios sensíveis, do que resulta seu cabimento, independentemente de também ser viável o cabimento da argüição em tal hipótese”.²⁵ Ademais, a sanção imposta pela ação interventiva²⁶ não apresenta similitudes com as decorrentes do efeito da decisão em argüição de descumprimento.

3. *O princípio da subsidiariedade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental*

A luz do artigo 40., § 1o. da lei n. 9.882/99, caberá a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar ou sanar eventual preceito fundamental decorrente da Constituição.

²³ Tavares sustenta que também atos não estatais poderiam ser questionados por essa via (*cfr.* Ramos Tavares, André, *op. cit.*, nota 3, p. 46). Aqui cabe salientar duas situações em que parece pertinente a discussão sobre o cabimento da ADPF contra atos de particulares, cuja complexidade impede o tratamento nesse trabalho. A primeira derivada da ação de quem faz as vezes do Estado, diga-se concessionários e permissionários de serviço público. A segunda diz respeito à chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, à sua vinculação as relações jurídico privadas.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.* Para o autor, fica demonstrado o interesse na manutenção de ambas as possibilidades, não obstante a posição refratária por parte de determinado setor da doutrina que não vislumbram a utilidade prática da existência de ambas as ações na jurisdição constitucional brasileira.

²⁶ Véase, dentre outros, Cléve, Clèmerson Merlin, *op. cit.*, nota 9, pp. 125-138.

É de bom alvitre acentuar que em uma “leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão e no direito espanhol para, respectivamente, o recurso constitucional e o recurso de amparo, acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático”.²⁷ Como se vê, faz-se necessária uma interpretação²⁸ que analise o princípio da subsidiariedade em relação ao amplo contexto da ordem constitucional a proporcionar uma otimização do instituto.

Convém ressaltar que para uma irradiação ótima da eficácia protetiva do preceito fundamental nesse processo, a dimensão objetiva ou de proteção da ordem constitucional objetiva deve prevalecer.²⁹ Nesse sentido, conforme averba Gilmar Mendes, “se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto, meio eficaz de sanar a lesão, parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”.

Outra coisa ocorre no sistema alemão configurado originalmente para a tutela de direitos subjetivos fundamentais, no qual, em vista disso, a interposição do recurso constitucional depende de o legitimado ter exaurido os meios processuais que se demonstrem aptos para afastar a lesão ao preceito fundamental. Algo semelhante vale para o ordenamento espanhol, no qual caberá recurso de amparo tão-somente em face de ato judicial, desde “que hayan agotado todos los recursos utilizables dentre de la via recursal”.³⁰ Porém, para os fins de se exaurir as instâncias ordinárias, será necessária tão-somente a interposição de recursos idôneos aptos ao afastamento da ameaça de lesão a direitos fundamentais previstos na Constituição espanhola.³¹

²⁷ Cfr. Ferreira Mendes, Gilmar, *op. cit.*, nota 18, julho de 2000, acesso: 19 de julho de 2000.

²⁸ Cfr. Ramos Tavares, André, *op. cit.*, nota 3, p. 47 Onde para o autor “a interpretação válida da lei seria no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da argüição também em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada”.

²⁹ Conferir no mesmo sentido: Ferreira Mendes, Gilmar, *op. cit.*, nota 16, acesso: 26 de julho de 2000.

³⁰ Almagro, José, *Justicia constitucional, comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, 2a. ed., Valencia, 1989, p. 324.

³¹ Cfr. Neste sentido: Ferreira Mendes, Gilmar, *op. cit.*, nota 16, acesso: 26 de julho de 2000.

Recorde-se que há, mesmo nesses países, principalmente através da construção jurisprudencial, uma ampliação constante da utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade como instrumentos de tutela do ordenamento constitucional objetivo, sem, contudo, romper com o compromisso fundante desses sistemas que é o de proteger os direitos fundamentais, o que é possível graças ao reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Conseqüentemente, verifica-se uma relativa atenuação ao significado literal do princípio da subsidiariedade ou da exaustão das instâncias ordinárias³² buscando-se, assim, otimização na realização dos direitos fundamentais.

No sistema de controle de constitucionalidade das leis do direito brasileiro, os entes e órgãos legitimados para a interposição da argüição de descumprimento de preceito fundamental dificilmente utilizarão tal via procedimental para a proteção de posições específicas, ressalvada a possibilidade de terceiro interessado acionar o Procurador-Geral da República para a defesa indireta de posições jurídicas definidas. Vale dizer, a admissibilidade de tal ação estará vinculada à higidez da ordem constitucional e não à defesa de situações jurídicas específicas.³³

Portanto, levando-se em consideração o aspecto acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a aplicação do princípio da subsidiariedade haverá de ser interpretado tendo em vista as demais ações que objetivam a proteção da higidez da ordem constitucional objetiva. Nesse sentido, “cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a argüição de descumprimento”.³⁴ Logo, não sendo os processos objetivos tradicionais aptos a solver a controvérsia constitucional relevante de forma eficaz, abre-se a possibilidade de interposição da argüição de descumprimento de preceito fundamental.³⁵

³² *Cfr. Idem.*

³³ *Cfr. Idem.*

³⁴ *Cfr. Idem.*

³⁵ Observa curioso posicionamento de André Ramos Tavares quanto a admissibilidade da argüição de descumprimento que “para todas as espécies de argüição, poder-se-á admitir o controle de atos de particulares, quando relevante sua apreciação para os interesses da nação. É que a lei da Argüição, tanto na modalidade do *caput* quanto na modalidade constante de seu parágrafo único, apenas podem ser utilizadas para os atos estatais que violam a Constituição. Assim, resta sempre o ato particular forma desse espectro. Como referido § 1o. do artigo 4o. deve ser compreendido dentro da sistemática

4. *Parâmetro de controle da argüição de descumprimento de preceito fundamental*

A Constituição brasileira delimita o espectro de abrangência da proteção apenas aos preceitos fundamentais dela decorrentes, especificando que fundamentais são apenas aqueles de natureza eminentemente constitucional. Conforme Walter C. Rothemburg, “a Lei 9.882/99 fala apenas em preceito fundamental, mas a compreensão limitada a preceitos constitucionais impõe-se por força de uma interpretação conforme a constituição; teria sido mais claro e fiel o legislador se seguisse o constituinte”.³⁶

Diante da dinamicidade do ordenamento jurídico, optou o constituinte acertadamente por não enumerar os preceitos fundamentais passíveis de proteção por meio da argüição de descumprimento,³⁷ pois, somente em face de uma situação concreta é que se pode auferir a fundamentalidade ou não de um preceito constitucional.

Walter C. Rothemburg adverte que “qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva; e a restrição seria agravada pela interpretação restritiva que um rol taxativo recomenda”.³⁸ Por outro lado, a escolha por parte do constituinte pela não prefiguração³⁹ dos preceitos fundamentais passíveis de proteção, acarreta a responsabilidade por parte do operador jurídico em reconhecê-los em um *hard case*.⁴⁰

da Lei, o certo será, partindo das hipóteses já trançadas pelo artigo 1o., absorver outras por meio do § 4o., do artigo 1o. Não se deve considerar, pois, o referido parágrafo como uma regra de exceção à do artigo 1o. Se assim fosse, o § 1o. do artigo 4o. deveria estar inserido no próprio artigo 1o”, *op. cit.*, nota 3, p. 48.

³⁶ Rothemburg, Walter Claudius, *op. cit.*, nota 3, p. 212.

³⁷ A respeito deste ponto, Cléve, Clémerson Merlin e Fernândes Dias, Cibele, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, em Castro Bastos, Evandro de e Borges Junior, Odilon (coords.), *Novos rumos para a autonomia municipal*, Río de Janeiro, Max Limonad, 2000. Para quem, os preceitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantem a identidade da Constituição. Afirmam que as cláusulas pétreas, mormente as consignadas no artigo 60 § 4, são preceitos fundamentais.

³⁸ Rothemburg, Walter Claudius, *op. cit.*, nota 3, p. 212.

³⁹ No mesmo sentido Rothemburg, demonstra que “se o próprio constituinte não elencou, não seria dado ao legislador operar uma —então indevida— catalogação”. *Op. cit.*, nota 3, p. 213.

⁴⁰ *Cfr.* Ramos Tavares, André, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo, Celso Bastos, 1998.

Enfim, concorda-se com André Ramos Tavares no sentido de que alguns preceitos fundamentais plasmados no texto constitucional já oferecem relativo conteúdo à expressão.⁴¹ Nesse contexto, podem-se apontar as cláusulas pétreas, os princípios sensíveis e os princípios fundamentais objetivos constantes do catálogo do artigo 3o. da Constituição Federal.

III. OBJETO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A argüição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto os atos do poder público, incluindo os anteriores à Constituição. Tais atos podem ser oriundos da União, dos Estados, dos Municípios e, inclusive, do Distrito Federal. Ou seja, no que concerne ao objeto da argüição de descumprimento, o legislador não operou nenhuma restrição em relação às esferas de atuação do poder público.

Não obstante a argüição de descumprimento de preceito fundamental pudesse prestar-se à fiscalização de qualquer ato violador aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, decerto é que houve um redimensionamento legal dessa concepção.⁴²

Nesse sentido, constata-se que a argüição de descumprimento de preceito fundamental será reconhecida apenas quando a contrariedade ao descumprimento for consequência de ato do Poder Público.

Portanto, quanto ao objeto admissível à argüição de descumprimento, a única ressalva a ser apontada é que os atos hostilizados por esse incidente defluam do Poder Público.

IV. LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

São legitimados para a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a saber, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas

⁴¹ Ramos Tavares, André, *Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001; no mesmo sentido Rotheburg, Walter Claudius, *op. cit.*, nota 3, p. 213.

⁴² Nesse sentido: Ramos Tavares, André, *op. cit.*, nota 3, p. 62.

das Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em relação à legitimidade do governador de Estado, Assembléia Legislativa, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal deverá exigir a comprovação do interesse de agir.

O Presidente da República acostou veto ao inciso II, do parágrafo único, do artigo 1, da Lei 9.882/99, que outorgava a possibilidade de acesso direto ao Supremo Tribunal Federal por qualquer cidadão que afirmasse ter sido diretamente lesionado em face do descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição.⁴³

Por tal motivo a argüição de descumprimento de preceito fundamental distanciou-se do modelo do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo, haja vista que ambos contemplam a possibilidade de qualquer cidadão acessar o Tribunal Constitucional ao alegar ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais.⁴⁴ Nesses sistemas, o controle de constitucionalidade é acima de tudo uma garantia dos direitos fundamentais, que se realiza pela atribuição de legitimidade ativa à aquele que é o titular por excelência dos direitos fundamentais e a vítima primeira das suas lesões.

E possível sustentar, portanto, que, ao contemplar a possibilidade de participação direta de qualquer cidadão no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, estar-se-ia a promover a defesa, realização e concretização constitucional, proporcionando eficácia jurídica e operatividade aos seus preceitos e convertendo sua normatividade em energia normalizadora, dando passos a mais em direção ao respeito à cidadania e à concretização do Estado Democrático de Direito.⁴⁵

⁴³ Nesse sentido: Ramos Tavares, André, *Tribunal e jurisdição constitucional*, op. cit., nota 40; García, María, “Argüição de descumprimento: direito do cidadão”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32. pp.22 y 23.

⁴⁴ Cfr. Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control constitucional”, en García Belaunde y Fernández, Segado, (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 81.

⁴⁵ Cfr. Nesse sentido García, María, op. cit., nota 43; Sánchez, Sydney, “O Supremo Tribunal Federal do Brasil na Constituição de 1988”, en *Tribunal Constitucional: legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995. pp. 49-58.

Sob esse pano de fundo é que André Ramos Tavares salienta que no caso da argüição de descumprimento de preceito fundamental incidental, qualquer cidadão interessado poderá submeter questão constitucional relevante diretamente ao Supremo Tribunal Federal com fundamento em processo originário.

De acordo com o suscitado autor, o cidadão, para ser legitimado, deverá demonstrar algum interesse pessoal direto na solução da controvérsia constitucional, pois a argüição incidental surge de processos nos quais se discutem interesses de ordem subjetiva. A solução assenta-se em duplo fundamento de ordem constitucional.

Os princípios constitucionais da democracia e do acesso ao Poder Judiciário concretizam-se quando da adoção de uma ampla possibilidade de impugnação por via da argüição de descumprimento de preceito fundamental incidental.

Assim, o veto acostado a Lei 9.882/99, no que diz respeito à possibilidade de propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental por qualquer pessoa lesada ou ameaçada, “não surtiu efeitos práticos, uma vez que a natureza da argüição incidental exige um sistema de legitimados que seja diverso daquele engendrado para ação de autônoma de argüição”.⁴⁶

V. MODELAGEM DOS EFEITOS DA DECISÃO EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Segundo Walter Claudius Rothemburg, atribuiu-se à argüição de descumprimento de preceito fundamental a máxima efetividade possível, posto que, o julgamento da ação confere ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de comunicar às autoridades, ou órgãos responsáveis pela prática ou omissão dos atos questionados, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.⁴⁷

Com efeito, ao fixar as condições e o modo de interpretação, poderá a Corte Constitucional aplicar as técnicas de *interpretação conforme a*

⁴⁶ Ramos Tavares, André, *op. cit.*, nota 3, p. 72.

⁴⁷ *Cfr.* Rothemburg, Walter Claudius, *op. cit.*, nota 3, p. 227.

*Constituição ou de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.*⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal adotará a interpretação conforme a Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário, a fim de que a norma possa ser considerada compatível com a Constituição.⁴⁹

A interpretação conforme a Constituição, na hipótese de juízo de improcedência, poderá suscitar alguns inconvenientes. Conforme Clèmerson Merlin Clève, no Brasil, em razão “da coisa julgada alcançar apenas a parte dispositiva e não os seus fundamentos, os juízes e tribunais podem, eventualmente, continuar aplicando a norma impugnada com os sentidos apontados como inconstitucionais”.⁵⁰ Dessa forma, a posição do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, e determinante para a observância da decisão pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal poderá conferir à decisão da argüição de descumprimento de preceito fundamental capacidade de modelagem dos seus efeitos. Tal modelagem poderá ocorrer em relação a três dimensões: (i) quanto à eficácia temporal da decisão; (ii) quanto à eficácia subjetiva da decisão; (iii) quanto à eficácia material da decisão.⁵¹

⁴⁸ Gilmar Ferreira Mendes salienta que, na Alemanha, parte da doutrina identifica a técnica de *interpretação conforme a Constituição* com a da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* (Ferreira Mendes, Gilmar, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 284). Em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que as técnicas de *interpretação conforme a Constituição* e a *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* sofrem um processo de equivalência. Lembra Clèmerson Merlin Clève, que a “Colenda Corte já teve oportunidade de proferir em algumas ocasiões decisões de mérito declarando a inconstitucionalidade sem redução de texto. Teve igualmente, oportunidade de conceder medida cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade fazendo uso da técnica”, Clève, *op. cit.*, nota 9, pp. 267 e 269. Portanto, pode-se concluir que seria arriscado afirmar-se com “segurança se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a interpretação conforme a Constituição há de ser, sempre, equiparada a uma declaração de nulidade sem redução de texto”. Ferreira, Mendes, Gilmar, *A jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 267; *cfr.* Nesse sentido Clève, Clèmerson Merlin, *op. cit.*, nota 9, p. 269.

⁴⁹ *Cfr.* Ferreira Mendes, Gilmar, *O controle incidental de normas no direito brasileiro*. RT CDCCP 23:30-58, São Paulo, abril-junio de 1998.

⁵⁰ Clève, Clèmerson Merlin, *op. cit.*, nota 9, p. 266.

⁵¹ Walter Claudius Rothemburg fala de uma quarta dimensão referente à eficácia vinculante da decisão (*cfr.* Rothemburg, Walter Claudius, *op. cit.*, nota 3, p. 227). No presente texto entende-se que essa dimensão encontra-se abarcada na dimensão material.

Ao decidir pelo descumprimento ou não do preceito fundamental, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração ou determinar a produção de efeitos a partir do seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado. A par disso, o art. 11 da Lei 9.882/99 refere-se à eficácia temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.⁵²

No tocante à eficácia subjetiva, a decisão poderá alcançar uma determinada parcela de indivíduos, desde que não viole o princípio da igualdade. Walter Claudius Rothemburg argumenta que, no combate à omissão parcial, quando contemplado apenas um segmento de pessoas, a modulação dos efeitos subjetivos da decisão da argüição poderia permitir que se alcançassem apenas os indivíduos excluídos.⁵³

Por derradeiro, quanto à eficácia material da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando as condições e o modo de interpretação do preceito fundamental. A Lei 9.882/99 permitiu ao Supremo Tribunal Federal a modelagem dos efeitos da decisão desde que presentes os requisitos formal e material. Pelo primeiro, a lei exige que o Supremo Tribunal Federal tome sua decisão de alteração dos efeitos por maioria de dois terços dos membros do Tribunal; pelo segundo, exige-se a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.⁵⁴

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto mecanismo de defesa da Constituição, inova o cenário jurídico ao oferecer a integração entre os sistemas concreto e abstrato de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* sobre os processos ainda em tramitação. Corolário disso, favorece a antecipação de decisões em matéria de relevância constitucional, assim como confere efetividade e coerência ao sistema.

⁵² Cfr. Rothemburg, Walter Claudius, *op. cit.*, nota 3, p. 228.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Moraes, Alexandre de, “Comentários à Lei n. 9.882/99 Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, em Ramos Tavares, André e Rothemburg, Walter Claudius (orgs.), *op. cit.*, nota 3, p. 35.

Contudo, cumpre lembrar que, em sua dimensão política, a argüição de descumprimento de preceito fundamental visa desenvolver o processo de verticalização do controle de constitucionalidade das leis como forma de proteger os interesses governamentais, proporcionando, desta forma, uma eficiente restrição de medidas liminares contra o poder público.

No entanto, a argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá representar mecanismo adequado para a proteção da Constituição ao possibilitar o controle de constitucionalidade de normas municipais, infralegais e anteriores a Constituição. Para isso, a jurisprudência deverá explorar suas potencialidades ao adotar posturas progressistas favoráveis à plena realização da Constituição.

De mais a mais, a atividade dos operadores jurídicos será essencial para a efetividade deste mecanismo de concretização constitucional. Com a defesa de teses progressistas, articuladas, ousadas e, sobretudo com a produção teórica a respeito do controle de constitucionalidade e de seus fins, poderão contribuir para a formação de uma cultura jurídica propícia a defesa dos preceitos e direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO, José, *Justicia constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2a. ed., Valencia, 1989, p. 324.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*, 2a. ed, São Paulo, RT, 2000.
- e Fernandes DIAS, Cibele, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, en CASTRO BASTOS, Evandro de y BORGES JUNIOR, Odilon (coords.), *Novos rumos para a autonomia municipal*, Rio de Janeiro, Max Limonad, 2000.
- FERNÁNDEZ, SEGADO, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control constitucional, en varios autores, en GARCÍA BELAUNDE y FERNÁNDEZ, SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en iberoamerica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- FERREIRA MENDES, Gilmar, *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990.
- , *Jurisdicção constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996.

- , *O controle incidental de normas no direito brasileiro*, RT CDCCP 23:30-58, São Paulo, abril-junio de 1998.
- , *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*, Brasília, núm. 13, junio de 2000, acceso: 19 de julio de 2000.
- GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1988.
- GARCÍA, María, “Argüição de descumprimento: direito do cidadão”, *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 32.
- HECK, Luís Afonso, *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- RAMOS TAVARES, André, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo, Celso Bastos, 1998.
- , *Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001.
- , “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei”, en RAMOS TAVARES, André e ROTHEMBURG, Walter Claudius (orgs.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei N. 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001.
- RIBEIRO BASTOS, Celso e SOUZA VARGAS, Alexys Galias de, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, núm. 30, enero-marzo de 2000.
- ROTHERBURG, Walter Claudius, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, en RAMOS TAVARES, André e ROTHEMBURG, Walter Claudius (orgs.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei N. 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001.
- SÁNCHEZ, Sydney, “O Supremo Tribunal Federal do Brasil na Constituição de 1988”, *Tribunal Constitucional: legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

SCHLAICH, Klaus, “Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Tribunal Constitutionnel fédéral allemand”, en FAVOURÉUA, Louis (org.) *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, París, Económica, 1981.

TAVEIRA BERNARDES, Juliano, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, *Revista Jurídica Virtual*, núm. 8, enero de 2000. Acceso 23 jul. 2000, disponível no site [http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).