

JOSÉ RICARDO MERINI

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS**

**CURITIBA
2004**

JOSÉ RICARDO MERINI

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Paraná, como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Elizeu de Moraes
Correa

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSÉ RICARDO MERINI

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador

Prof. Elizeu de Moraes Correa

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Dr. Luiz Marlo de Barros Silva

Curitiba, 28 de outubro de 2004

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	01
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	04
1.1 A supremacia da Constituição.....	04
1.2 Controle difuso, concreto, pela via incidental.....	05
1.3 Controle concentrado, abstrato por via principal.....	07
1.4 O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.....	08
1.4.1 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	10
2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	12
3. INSTITUTOS SEMELHANTES NO DIREITO ESTRANGEIRO	14
3.1 O <i>Verfassungsbeschwerde</i> do direito alemão	14
3.2 O <i>Beschwerde</i> do direito austríaco	15
3.3 O <i>Recurso de Amparo</i> do direito espanhol	16
4. A LEI 9.882/99	16
5. A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	19
5.1 Definição de argüição.....	20
5.2 Significado de descumprimento.....	21
5.3 Conceito de preceito fundamental	22
5.4 Inserção do instituto no controle de constitucionalidade brasileiro	25
6. ESPÉCIES DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	26
6.1 Argüição autônoma.....	26
6.2 Argüição incidental.....	28
7. OBJETO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	29
7.1 Controle preventivo	29
7.2 Atos não normativos do Poder Público	30

7.2.1 Atos políticos	31
7.2.2 Atos de particulares	32
7.2.3 Atos normativos secundários	33
7.3 Atos normativos municipais.....	33
7.4 Atos normativos anteriores à Constituição	35
7.5 Relevante controvérsia constitucional.....	36
8. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	37
9. O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A ADOÇÃO DO SISTEMA MISTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	39
10. ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	44
10.1 Legitimidade ativa restrita.....	44
10.2 Petição inicial.....	47
11. CONCESSÃO DE CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	49
11.1 Competência para concessão de cautelar	50
11.2 Efeitos da decisão cautelar	51
12. DECISÃO FINAL EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	52
12.1 Competência para a decisão final	52
12.2 Efeitos na decisão final da ADPF	53
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

RESUMO

A presente monografia, tem por objeto, o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, previsto no art. 102, parágrafo 1.º da Constituição Federal. Após uma breve introdução do tema, passamos a fornecer um panorama geral do controle de constitucionalidade no direito comparado, até chegarmos à fiscalização de constitucionalidade adotada em nosso país. Em seguida, enfrentamos o tema da argüição de descumprimento de preceito fundamental, determinando qual seu objeto (direito municipal, normas anteriores à Constituição, e atos não normativos do Poder Público), e tratando de seus aspectos polêmicos (legitimidade ativa, manipulação dos efeitos na decisão final, possibilidade de declaração de constitucionalidade através da ADPF). Finalmente, buscamos uma interpretação para a Lei 9.882/99, que empregue à argüição de descumprimento de preceito fundamental, o caráter de verdadeiro meio de efetivação, das normas fundamentais de nossa Carta Magna.

INTRODUÇÃO

Após anos vividos sob a égide de um regime militar autoritário, em 1988 foi promulgada nossa tão esperada Constituição da República Federativa do Brasil. Considerando os anseios das mais diversas camadas sociais, levando em conta perspectivas tanto do Estado Liberal quanto do Estado do Bem Estar Social, esta Carta Constitucional, passou a representar o fundamento de validade de todo nosso ordenamento jurídico. Ao enumerar os direitos fundamentais, incluindo entre eles os direitos sociais, foi inovadora, não se restringindo a abstenções do Poder Público para efetivação de tais garantias, mas também traçando metas, através da imposição de condutas comissivas, para a real efetivação de todos estes direitos.

A partir de então, ocorreu no Brasil, um fenômeno de (re)interpretação de todo o ordenamento jurídico, que foi chamado pela doutrina, de constitucionalização. Através deste novo quadro, ocorreu a chamada constitucionalização do Direito Civil, alterando o caráter patrimonialista dado aos seus institutos, tanto Pelo Código Civil de 1916 quanto pelo Código Civil de 2002. O Direito Penal, com o imenso rol de direitos e garantias fundamentais relacionados na nova Constituição, também teve que ser reinterpretado. O princípio *in dubio pro reo*, ganhou uma dimensão muito mais ampla e significativa. Este fenômeno, basicamente consistiu na interpretação de todo o Direito à luz da Constituição. O Código Civil e o Código Penal, bem como todos os demais diplomas legislativos nacionais, deveriam ser lidos de acordo com a Constituição, uma vez que esta passava a ser a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Esta Carta Constitucional, justamente com o intuito de manter-se como fundamento de validade e parâmetro de interpretação de todo o Direito brasileiro, consagrou as duas formas de controle repressivo de constitucionalidade; o controle difuso, concreto, e via de regra incidental, a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal; e o controle concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, normalmente de forma abstrata por via de ação principal.

Justamente, servindo como ponto de contato entre os direitos e garantias fundamentais, e entre a proteção objetiva da Constituição, surge a argüição de

descumprimento de preceito fundamental. Assim estabelece o atual art. 102 § 1.º, antigo parágrafo único, da Constituição de 1988: “*A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*”.

Esta foi a única referência feita por nossa Constituição, à argüição de descumprimento de preceito fundamental. Poucos foram os autores que arriscaram tratar do novel instituto, antes que uma lei ordinária viesse a regulamentá-lo. Dentre eles Clèmerson Merlin Clève, que estabeleceu alguns requisitos a serem observados pela lei que viesse a realizar sua regulamentação: “caberia à lei (i) definir os preceitos fundamentais protegidos pelo meio processual, (ii) caracterizá-lo como mecanismo supletivo (cabimento no caso de inexistência ou insuficiência de outro meio processual – recurso ou ação) e, finalmente, (iii) exigir a exaustão das vias ordinárias (sob pena de inflação de ações e banalização do instituto)”¹; e José Afonso da Silva², para quem o novo instituto se aproximaria do recurso constitucional alemão (Verfassungsbeschwerde), que permite a qualquer cidadão que tenha sofrido lesão em direito fundamental, invocar a tutela do Tribunal Constitucional.

Passaram-se onze anos, até que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, fosse regulamentada, pela Lei 9882/99. Mesmo após esta regulamentação, a produção doutrinária e mesmo jurisprudencial a respeito do tema, não foi ampla. Poucos foram os juristas que se debruçaram sobre o estudo deste instituto sem precedentes em nossa história constitucional, trazido pela Carta de 1988 e regulamentado pela lei supra mencionada.

A presente monografia, não tem a ambição de esgotar o estudo deste instituto. Primeiramente, traçamos um panorama geral a respeito da supremacia constitucional, e das diversas formas de controle de constitucionalidade das leis. Em seguida foi feita uma busca no direito comparado, na tentativa de encontrar a provável origem da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Tornou-se, também de interesse, verificar o processo legislativo que culminou com a promulgação da Lei 9882/99. Na busca de maior precisão terminológica, foram

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais:2000, p. 409

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 559.

analisados os diversos sentidos que poderiam ser dados às expressões: argüição, descumprimento, preceito fundamental.

Importante também a delimitação dos objetos sindicáveis por meio de ADPF, bem como quais as modalidades consagradas pela Lei 9882/99, traçando um paralelo entre o controle de constitucionalidade consagrado no Brasil, e a argüição de descumprimento.

Estabelecido o alicerce, havia chegado o momento de verificar os aspectos polêmicos do instituto: o caráter subsidiário ou principal da ADPF; o incidente de inconstitucionalidade, a adoção do sistema misto de controle e o efeito avocatório; e finalmente, a legitimidade ativa restringida por veto presidencial.

Por fim, ainda que não se ambicione com a presente, um esgotamento do tema, não poderíamos deixar de tratar de aspectos processuais referentes à argüição de descumprimento de preceito fundamental. Para tanto foram analisados separadamente os dispositivos da Lei 9882/99, referentes à concessão de cautelar e à decisão final em sede de ADPF. O que fez com que nos deparássemos uma vez mais com questão polêmica na doutrina, qual seja, a manipulação dos efeitos na decisão final, a ser realizada pelo STF, permitindo que ato do Poder Público declarado lesivo a preceito fundamental, possa continuar surtindo efeitos após esta declaração.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 A supremacia da Constituição

Para que seja possível a realização de um trabalho que tenha por objeto a arguição de descumprimento de preceito fundamental, é mister que primeiramente seja analisada, ainda que de forma sucinta, a questão referente à supremacia constitucional.

Naturalmente que a Constituição pode ser estudada em variadas acepções, econômica, sociológica, histórica, etc. No sentido jurídico, poderíamos afirmar que,

“as Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *autorictas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos”³

Porém, para o desenvolvimento deste trabalho, a acepção mais importante da Constituição, é considerá-la como norma, mais precisamente como norma fundamental. Devemos, sem dúvida a Hans Kelsen, a formulação mais completa a respeito do escalonamento hierárquico das normas jurídicas, no qual cada norma busca seu fundamento de validade em outra norma reconhecida como hierarquicamente superior, até que se chegue ao topo da pirâmide onde se encontra a norma fundamental. Porém, como salienta Clèmerson Merlin Clève, “a supremacia da constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental”⁴.

Buscando os contornos da supremacia da Constituição nas sábias palavras de J. J. Gomes Canotilho, podemos assim delimitar a questão:

“o estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 22

⁴ Idem. p. 25

complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o 'primado do direito' do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”⁵

Naturalmente, poderíamos nos estender neste tão importante tema que é a supremacia da Constituição, porém tal supremacia não é tema do presente trabalho, é antes condição para seu desenvolvimento. Desta forma basta termos em mente que a fiscalização da constitucionalidade, a ser realizada através das diversas formas de controle que serão tratadas oportunamente, depende de alguns pressupostos, quais sejam: a existência de uma Constituição escrita e formalizada (aquela elaborada de uma só vez por um órgão dotado de poder suficiente); a compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez⁶ e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais)⁷; e por fim, a existência de um ou mais órgãos competentes para o exercício do controle da constitucionalidade.

1.2 Controle difuso, concreto, pela via incidental

De nada adiantaria se falar em supremacia da Constituição, se não existissem meios eficazes de garantir tal supremacia . “A qualidade da Constituição, como lei fundamental, implica o reconhecimento da existência de mecanismos suficientes para garantir sua supremacia, verificando a adequação formal e material do direito infraconstitucional à própria Constituição, a fim de que sejam preservados seus valores e garantidos os direitos fundamentais”⁸.

A primeira forma de controle de constitucionalidade que trataremos é o controle difuso, também chamado de controle concreto ou por via incidental⁹. Tal

⁵ CANOTILHO, J.J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6 ed. Coimbra: Almedina, p. 239

⁶ As Constituições rígidas, caracterizam-se pela distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, são escritas e para serem alteradas torna-se necessário um processo legislativo mais solene e dificultoso do que aquele existente para a edição das demais espécies normativas. MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 36

⁷ A rigidez constitucional permite a discriminação entre as obras do Constituinte e do Legislador. A segunda, encontrando o seu parâmetro de validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sob o prisma formal, atingi-la. Existe, bem por isso, uma relação hierárquica (relação de fundamentação/derivação)necessária entre ambas. CLÈVE, Clèmerson Merlin, Op cit., p.32

⁸ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Op.cit.p. 36

⁹ Sempre com o devido cuidado em não tratar tais expressões como sinônimas. Nada impede que um controle seja concreto e incidental, porém concentrado.

controle surgiu no célebre caso *Madison versus Marbury*, em 1803, no qual o juiz Marshal da Suprema Corte Norte Americana, afirmou que é inerente à atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. Se na interpretação e aplicação o juiz perceber que há uma contradição entre a legislação e a Constituição, esta deve prevalecer, por ser superior a qualquer lei ordinária. Nesta forma de controle, a manifestação do juiz sobre a constitucionalidade ou não da lei não é objeto da ação, sendo uma questão prejudicial a ser decidida. Daí, deriva outra característica, qual seja, a de que este controle pressupõe a existência de um caso concreto. Como terceira característica, podemos salientar que o controle incidental, via de regra é difuso, uma vez que pode ser exercido por qualquer juiz de direito, que poderá deixar de aplicar uma lei a um caso concreto quando considerá-la inconstitucional. Por fim, ressaltamos, que a declaração de inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade por via incidental produz efeito apenas entre as partes, não atingindo aqueles que não participaram da relação jurídica processual.

Cappelletti resume o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da common law, denominando-os de descentralizado ou difuso, confiado a todos os tribunais do país. Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeito *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.¹⁰

Finalmente, nos valem da lição de J.J. Gomes Canotilho, “o processo incidental de inconstitucionalidade ou processo de fiscalização concreta tem por objecto a apreciação de uma questão de inconstitucionalidade, levantada a título de incidente, nos feitos submetidos a julgamento perante qualquer tribunal. Trata-se de uma fiscalização concreta, pois ela efectua-se quando, num processo a decorrer em tribunal, se coloca a questão da inconstitucionalidade de uma norma com pertinência na causa”.¹¹

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. p. 601

¹¹ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Op.cit.p.* 973

1.3 Controle concentrado, abstrato por via principal

A segunda forma de controle repressivo de constitucionalidade, consagrado tanto no direito pátrio, quanto no direito comparado, é o controle concentrado, abstrato, realizado pela via de ação principal. Em 1920, a Constituição Austríaca criou de forma inédita, um Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), com competência exclusiva de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos infraconstitucionais, uma vez que não visava a resolução de casos concretos, mas sim a anulação genérica de lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais. Hans Kelsen, foi o criador deste controle concentrado de constitucionalidade, e assim justifica a escolha de um único órgão para fiscalização da constitucionalidade de lei ou ato normativo:

“Se o controle de constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito”¹²

Assim, podemos identificar algumas características, que são peculiares a este controle de constitucionalidade, quais sejam, é um controle realizado em tese, abstrato, uma vez que possui como objeto um pronunciamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da própria lei considerada objetivamente. É um controle de competência exclusiva de determinado órgão, normalmente uma corte constitucional, daí seu caráter concentrado. Enquanto o controle incidental, é realizado por via de exceção ou defesa, o controle abstrato é realizado por via principal, por meio de uma ação autônoma. A decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, gera efeitos *erga omnes*, uma vez que uma lei declarada em tese inconstitucional, não pode continuar sendo aplicada.

“Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou

¹² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 300 e 301.

estadual. Por meio deste controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais¹³.

Uma vez que Portugal, assim como nós, adota um controle de constitucionalidade de natureza mista, podemos procurar amparo nas palavras de J.J. Gomes Canotilho:

“o controlo abstracto sucessivo, também chamado controlo em via principal, em via de acção ou em via directa, existe quando, independentemente de um caso concreto, se averigua da conformidade de quaisquer normas com o parâmetro normativo-constitucional. O Tribunal Constitucional actua como defensor da constituição relativamente ao legislador e como órgão de garantia da legalidade reforçada”¹⁴

1.4 O controle de constitucionalidade no direito brasileiro

O Brasil viveu diversas fases no que tange ao controle de constitucionalidade. Desde de uma ausência completa de um controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário, passando pelo controle difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal, até chegar ao complexo sistema misto de controle de constitucionalidade, exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa. Nota-se, através de uma breve análise histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, que sua tendência é de assumir um modelo europeu de concentração de controle de constitucionalidade, a ser realizado por um único órgão do Poder Judiciário.¹⁵

Portanto, ainda que brevemente, faremos uma pequena análise da evolução do controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1891, foi a primeira Constituição brasileira a mencionar o controle de constitucionalidade das leis a ser realizado pelo Poder Judiciário, uma vez que, a anterior outorgada Constituição de 1824, não previa qualquer forma de controle de

¹³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 627

¹⁴ Op. Cit. p. 996

¹⁵ Inclusive, constataremos no momento oportuno que a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, segue esta tendência de concentração do controle de constitucionalidade.

constitucionalidade nesse sentido¹⁶. Com forte influência norte-americana, podemos afirmar que o controle consagrado nesta Constituição era difuso, concreto incidental e sucessivo, podendo a questão constitucional ser levada até o STF¹⁷

A Constituição de 1934, apesar de ter mantido o método difuso, concreto, incidental e sucessivo, trouxe algumas alterações, dentre as quais:

“diante do art. 179, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros; atribuiu ao Senado competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; e finalmente, criou a representação interventiva, confiada ao Procurador Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁸

Entre as inovações trazidas por esta Carta Constitucional, foi justamente a representação de constitucionalidade que expressou a maior evolução do controle de constitucionalidade, introduzindo no sistema pátrio um controle concentrado da constitucionalidade de um ato estatal viciado.

A Carta de 1937 não passou, para utilizar a tipologia de Loewenstein, de uma Constituição semântica, tratava-se, afinal, de um Estatuto que tinha por função legitimar o golpe perpetrado pelo ditador¹⁹. Assim dispunha seu art. 96, parágrafo único: “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal”. O que representou um retrocesso, no sentido de atenuar a supremacia do Poder Judiciário.

Com a promulgação da Constituição de 1946, o Brasil devolve ao Poder Judiciário a função de dar a última palavra em questões de natureza constitucional. Mantém o controle difuso de constitucionalidade, assim como o modelo concentrado introduzido pela Constituição de 1934, através da representação interventiva.

¹⁶ Não se aceitava que um dos poderes interferisse sobre outro, nulificando seus atos; tal intromissão significaria o descumprimento do dogma revolucionário da separação dos poderes. POLETI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 71.

¹⁷ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Op. cit. p. 43

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit. p.85

¹⁹ Idem. p.86

A Emenda n.16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais, introduzindo definitivamente o controle misto de constitucionalidade, uma vez que foi mantido o modelo difuso, adotado desde a primeira Constituição Republicana.

Por fim, cabe ressaltar, que tanto a Carta Constitucional de 1967 como a Emenda n. 1 de 1969, não trouxeram grandes inovações em relação ao controle de constitucionalidade, consagrando desta forma tanto o controle abstrato pela via principal, quanto o controle difuso a ser realizado incidentalmente.

1.4.1. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A atual Constituição, promulgada a 5 de outubro de 1988, manteve os controles difuso e concentrado de constitucionalidade no Direito brasileiro. Porém, introduziu novos mecanismos:

“alterou a nomenclatura da representação de inconstitucionalidade para ação direta de inconstitucionalidade, mantendo como objeto lei ou ato normativo federal e estadual (art. 102, I, a da CF); ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, antes somente o Procurador-Geral da República, agora o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, I a IX, da CF); admitiu a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedando a atribuição da legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2.º, da CF); instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º, da CF) e o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI, da CF) para controlar a inércia dos Poderes Públicos; encarregou o Advogado Geral da União de defender ato impugnado de inconstitucionalidade nas ações diretas (art. 103, § 3.º, da CF); e instituiu, dependendo de regulamentação, a arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição (inicialmente no art. 102, par. ún., renumerado com a EC 03/93 para art. 102, § 1.º, da CF).”²⁰

A EC 03/93, instituiu , a ação declaratória de constitucionalidade. Embora todos os atos do Poder Público gozem da presunção de legalidade, logo de constitucionalidade, tal ação busca afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal.

²⁰ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Op. cit. p. 52

Assim, desde a promulgação da Constituição de 1988, podemos assim estabelecer os mecanismos de fiscalização repressiva a ser exercida pelo Poder Judiciário quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Ao lado do controle difuso, a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal de forma incidental e com efeito inter-partes²¹, teremos primeiramente a ação de inconstitucionalidade interventiva, prevista no art. 36, III. Esta ação é proposta pela União, representada pelo Procurador-Geral da República, em face do Estado-membro, quando este ofender princípios constitucionais sensíveis, e trata-se de um controle concentrado, embora concreto. Enfim, dispõe ainda nosso ordenamento jurídico, da ação direta de inconstitucionalidade genérica,(art. 102, I, a da CF), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103 § 2.º da CF) e da ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela EC n.º3 de 1993.

Cada uma destas ações, por si, ensejariam infundáveis formulações, porém, por uma questão de método, preferimos não tratá-las minuciosamente, uma vez que o objeto desta monografia é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tudo que foi escrito até aqui, possui um caráter meramente introdutório.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins:

“A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”²²

Talvez seja um exagero afirmar que o constituinte restringiu de maneira radical o controle difuso, porém, parece que não restam dúvidas que houve sim, uma forte tendência no sentido de fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade, baseado no modelo austríaco idealizado por Hans Kelsen.

²¹ A teor do art. 5, X da CF, o Senado poderá “suspender a execução”, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” baseado nos critérios de conveniência e oportunidade.

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 63.

2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A argüição de descumprimento de preceito fundamental nasceu com a Constituição de 1988. Antes da promulgação desta Carta Constitucional, não se tem notícia de qualquer instituto semelhante no Direito pátrio.

Foi prevista inicialmente no art. 102, par. ún da Constituição Federal, sendo posteriormente renumerado pela EC 03/93, passando a § 1.º do mesmo art. 102, com a seguinte redação:

“A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A maior parte da doutrina nacional, entende que esta norma presente no § 1.º do art. 102, seria uma norma constitucional de eficácia limitada²³. Entendimento este, também compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal²⁴. Filiando-se a tal pensamento, Roberto Mendes Mandelli Junior assim colaciona: “utilizando a classificação de José Afonso da Silva, desenvolvida na obra Aplicabilidade das normas constitucionais, ter-se-ia o dispositivo como uma norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo e aplicabilidade mediata, na qual o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei”²⁵.

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes, “trata-se portanto de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a

²³ Em sentido contrário, STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²⁴ No processo crime de responsabilidade do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, quando pleiteava a nulidade da pena de inabilitação por oito anos, para o exercício de função pública, imposta pelo Senado Federal, em razão da anterior renúncia ao mandato, o STF apreciou a argüição, decidindo pela não possibilidade de processá-la e julgá-la, como ação cível originária, com base nos dispositivos do Regimento Interno, por ser regra não auto-aplicável, carente da edição de lei estabelecendo a forma pela qual será apreciada. PETQO 1365-DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03.12.1997, Tribunal Pleno. Precedente, AGRAG 145860-SP, 09.02.1993.

²⁵ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Op. cit.* p. 58

forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição”²⁶

A partir da previsão constitucional da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a doutrina procurou traçar as principais características do novo instituto. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins entendiam que o instituto “trataria de um meio especial de provocação da jurisdição constitucional, mas, principalmente, da inconstitucionalidade por omissão”²⁷

José Afonso da Silva relacionou²⁸ a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o *Verfassungsbeschwerde* da República Federal da Alemanha, assim caracterizando o instituto: “em alguns casos ele serve para impugnar decisões judiciais, e aí, sua natureza de meio de impugnação, de recurso, é patente. Em outros, contudo, é meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais”²⁹

Clèmerson Merlin Clève, assim se manifestou quanto à futura regulamentação da argüição: “caberia à lei (i) definir os preceitos fundamentais protegidos pelo meio processual, (II) caracterizá-lo como mecanismo supletivo (cabimento no caso de inexistência ou insuficiência de outro meio processual – recurso ou ação) e, finalmente, (iii) exigir a exaustão das vias ordinárias (sob pena de inflação de ações e de banalização do instituto)”³⁰

Além destes autores mencionados, muitos outros ainda tentaram traçar as principais características do novo instituto, que como veremos passaria onze anos sem regulamentação. Porém, não passava de mera especulação³¹, uma vez que

²⁶ MORAES, Alexandre (Comentários à Lei 9.882/99 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental in ROTHEMBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos, Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei 9882/99. Também neste sentido, ROTHEMBURG, Walter Claudius, p. 199. BASTOS, Celso Ribeiro. P. 77. Em sentido contrário, RAMOS, Elival da Silva. p. 111. TAVARES, André Ramos. Da argüição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo, 2000. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.p.75 “A norma é de aplicabilidade imediata já que pode, através de uma interpretação sistemática do Texto Magno, encontrar a necessária elucidação de seu conteúdo mínimo. E seu enquadramento essencial, como visto, outro não pode ser que aquele referente ao controle da constitucionalidade das leis.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 4. t. III. p. 234 e ss.

²⁸ A doutrina brasileira divergiu a respeito da origem da argüição de descumprimento de preceito fundamental, juntamente com José Afonso da Silva, Pinto Ferreira e Celso Bastos. Em posição contrária, negando a origem da argüição no instituto alemão, Celso Agrícola Barbi e Gilmar Ferreira Mendes.

²⁹ Op.cit. p. 559

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 409

³¹ Idem

caberia à lei ordinária traçar os contornos, definir as questões processuais, e determinar definitivamente qual seria o objeto sindicável através da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a ser apreciado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

3. INSTITUTOS SEMELHANTES NO DIREITO ESTRANGEIRO

Para uma melhor compreensão do instituto, faz-se necessário uma incursão no direito comparado, uma vez que o dispositivo em questão é inovador na história constitucional brasileira. Em razão disso, tentaremos realizar uma breve análise dos institutos estrangeiros que possam estar na origem da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Institutos estes que possuem traços de ações autônomas de fiscalização da constitucionalidade e incidentes de inconstitucionalidade, traços que por si só já os aproximariam muito da argüição de descumprimento de preceito fundamental, ainda que cada instituto guarde suas peculiaridades como veremos em momento oportuno.

3.1 O *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão

Foi instituído pela lei de 17/04/1951 da República Federal da Alemanha. Poderíamos traduzi-lo como “queixa constitucional”. A Constituição alemã prevê, em seu art. 93, 1, 4^a, a competência do Tribunal Constitucional Federal para “decidir sobre recursos constitucionais interpostos por cidadãos com base em violação pelo Poder Público dos seus direitos fundamentais ou dos direitos especificados nos artigos 20, n.º 4, 33, 38, 101, 103 e 104”.

Trata-se de um meio processual colocado à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, que sofreu uma violação pelo Poder Público em algum de seus direitos fundamentais, para ser decidido diretamente pelo Tribunal Constitucional³². Vislumbra-se assim um importante instrumento de salvaguarda dos direitos

³² Conforme art 90.1 da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão: “Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em alguns de seus direitos fundamentais ou em algum dos direitos contidos no art. 20.4, 33, 38, 101, 103, e 104 da Lei fundamental”.

fundamentais, bem como de proteção jurídica do Direito Constitucional objetivo, uma vez que serve como forma de controle de constitucionalidade apto a garantir a supremacia constitucional. Possui determinadas características que o aproximam da argüição de descumprimento de preceito fundamental da forma como esta foi regulamentada³³, quais sejam: a apreciação é restrita ao Tribunal Constitucional, pode ser feita sobre ato comissivo ou omissivo do Poder Público, é subsidiária, há preocupação com um controle objetivo da constitucionalidade, e finalmente há possibilidade de controle de atos pré-constitucionais. Apesar de todas estas características aproximarem os dois institutos, cabe ressaltar aqui, que existe uma característica que acaba por afastá-los, qual seja, a possibilidade do ajuizamento do instituto alemão por qualquer indivíduo que possua um direito fundamental lesado por ato do Poder Público, enquanto no Brasil a argüição só pode ser ajuizada pelos mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art 103 da Constituição Federal.

3.2 O *Beschwerde* do direito austríaco

Apesar de ter sido instituído em 1867, só passou a possuir maior importância, a partir da Constituição de 1920, que instituiu o controle concentrado da constitucionalidade das leis. Através dele permite-se que, por meio de um incidente de constitucionalidade, se ~~suspenda um processo em curso~~, submetendo a questão constitucional à decisão do Tribunal Constitucional. Decidida esta questão, retorna o processo ao tribunal de origem para que se proceda ao seu julgamento. Aqui, a exemplo do que ocorre com o *Verfassungsbeschwerde*, a legitimação ativa também é ampla, possibilitando a qualquer um que seja lesado por ato do Poder Público, a utilização do remédio constitucional.

“A *Beschwerde* propicia, dessa forma, uma fiscalização concreta e concentrada de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional austríaco, ao lado da fiscalização abstrata e concentrada, anteriormente existente, realizadas pelo mesmo tribunal”.³⁴

³³ Tema a ser tratado no próximo capítulo.

³⁴ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. cit. p. 82.

3.3 O *Recurso de Amparo* do direito espanhol

Guardando semelhanças tanto com o instituto alemão, quanto com o austríaco, encontramos o *recurso de amparo*, do direito espanhol. Assim como previsto no controle de constitucionalidade alemão, pode o juiz ordinário espanhol, enviar ao Tribunal Constitucional uma questão na qual tenha dúvida quanto a constitucionalidade de uma disposição legislativa que deveria aplicar. O instituto possui um procedimento especial e representa um processo independente que tem como objetivo proteger os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição³⁵. A exemplo do *Verfassungsbeschwerde* alemão e do *Beschwerde* do direito austríaco, o *recurso de amparo* também possui uma legitimidade ativa ampla, possibilitando que qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha direito fundamental seu violado por ato do Poder Público, se utilize de tal remédio perante o Tribunal Constitucional. Também a exemplo do que ocorre com os institutos supra mencionados, o recurso de amparo se presta à proteção objetiva da Constituição espanhola, defendendo seu conteúdo essencial. Ademais, aqui também encontramos o aspecto subsidiário, uma vez que para a impugnação de uma lei reputada inconstitucional, há meio próprio, devendo o *recurso de amparo* ser utilizado apenas para o questionamento de atos concretos do Poder Público, que violem direitos fundamentais.

“O instituto, portanto, proporciona, além da proteção de um direito do indivíduo (aspecto subjetivo), a defesa da própria Constituição, garantindo o cumprimento dos direitos fundamentais (aspecto objetivo). O *recurso de amparo* apresenta pontos semelhantes com a arguição de descumprimento pátria por propiciar um controle concreto concentrado de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, sob um prisma de defesa objetiva da própria Constituição, permitindo a declaração definitiva de inconstitucionalidade de ato do Poder Público”³⁶

4. A LEI 9.882/99

Após uma breve análise sobre a previsão constitucional do instituto, e de seus semelhantes no direito comparado, cabe uma apreciação quanto ao caminho trilhado por nosso legislador ordinário, até que finalmente, em 1999, onze anos após a

³⁵ Igualdade, vida, integridade física e moral, liberdade religiosa, ideológica e de culto, segurança, honra, intimidade, imagem, inviolabilidade de domicílio.

³⁶ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. Cit. p. 86

promulgação da Carta Constitucional de 1988, o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental fosse regulamentado pela lei 9882/99.

Em março de 1997, a então deputada Sandra Starling, apresentou o projeto de lei 2.872, com apenas três artigos, que previa o cabimento da “reclamação de constitucionalidade” a ser apreciada pelo STF, quando ocorresse descumprimento de preceito fundamental na interpretação dos regimentos internos de uma das Casas Legislativas ou do Congresso Nacional no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da CF.

Concomitantemente ao projeto apresentado pela deputada Sandra Starling, foi instituída pelo Ministério da Justiça, uma Comissão Especial, com a incumbência de apresentar sugestões ao Poder Executivo objetivando a regulamentação do disposto no art. 102, § 1.º. Esta comissão foi composta por Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, Arnaldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes.

Havia naquele momento, como salientado pelo próprio Gilmar Ferreira Mendes³⁷, uma preocupação com o que chamava de “guerra de liminares”, preocupação esta que curiosamente se amoldava à intenção do Governo Federal de neutralizar liminares concedidas contrárias à privatização da Vale do Rio Doce. Neste contexto surgiu a idéia de “transformar” a argüição de descumprimento de preceito fundamental em uma maneira de diminuir esta “guerra”, através do preenchimento de lacunas deixadas pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Em maio de 1998, o projeto da deputada recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, através de seu relator, o deputado Prisco Viana, que sugeriu a aprovação de um substitutivo de sua autoria. Este substitutivo era diretamente inspirado no anteprojeto apresentado

³⁷ A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”. MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizado por, MENDES, Gilmar Ferreira, WALD, Arnaldo. Mandado de Segurança, ação popular...25ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

pela comissão especial presidida por Celso Ribeiro Bastos, e infelizmente, como veremos mais adiante “possuía o pretense objetivo de defender outros interesses”³⁸.

As únicas diferenças entre o substitutivo e o anteprojeto realizado pela comissão especial, eram referentes ao quorum de Ministros do STF para decisão quanto à procedência ou improcedência da argüição, à possibilidade de cabimento da argüição em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das Casas Legislativas, à determinação de prazo de vista ao Ministério Público antes do julgamento, e finalmente, à determinação realizada pelo STF, do imediato cumprimento da decisão.

Após ter sido aprovado pela deliberação parlamentar, o substitutivo foi submetido à deliberação executiva. Nesta deliberação alguns dispositivos foram vetados, uma vez que interpretados pelo Presidente da República como inconstitucionais ou contrários ao interesse público. Primeiramente, vetou o art. 1.º pár. ún.,II, que possibilitava o cabimento da argüição em face de interpretação dos regimentos internos das Casas Legislativas no processo de elaboração das normas do art 59 da CF, em razão de consistir em intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. Uma vez que o art. 5.º, § 4.º e 9.º diziam respeito aos efeitos das decisões nestes casos, também foram vetados.

Além desses dispositivos, foram também vetados o inc. II e o § 2.º do art. 2.º, que estabeleciam legitimidade aberta para o ingresso da argüição de descumprimento de preceito fundamental por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, e representação ao STF, no caso de indeferimento pelo Procurador Geral da República na solicitação para ingresso com a argüição.

Assim fundamentou seu veto, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso:

“A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por 'qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público'. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a

³⁸ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. Cit. p. 92

viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento³⁹.

Também entendeu, que a possibilidade de representação do interessado ao STF contra decisão do Procurador-Geral da República desqualificaria o seu exame de relevância e consistência, criando procedimento adicional e desnecessário.

Por fim, vetou também os parágrafos do art. 8.º, que se referiam a um quorum qualificado de dois terços dos Ministros do Tribunal, para julgar procedente ou improcedente a argüição:

“O § 1.º do art. 8.º exige, para o exame da argüição de descumprimento de preceito fundamental, *quorum* superior inclusive àquele necessário para o exame do mérito de ação direta de inconstitucionalidade. Tal disposição constituirá, portanto, restrição desproporcional à celeridade, à capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. A isso, acrescente-se a consideração de que o escopo fundamental do projeto de lei sob exame reside em ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade, o que certamente resta frustrado diante do excessivo *quorum* exigido pelo dispositivo ora vetado. A fidelidade à Constituição Federal impõe o veto da disposição por interesse público, resguardando-se, ainda uma vez, a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal e a presteza nas suas decisões. Opõe-se ao § 2.º do art. 8.º veto decorrente do veto oposto ao § 1.º do art. 8.º, de cujo conteúdo normativo o §2.º encontra-se inequivocamente dependente e de cujos vícios comunga”.⁴⁰

5. A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Para que possamos tratar da forma mais precisa possível, do instituto introduzido pela Constituição de 1988, e regulamentado pela lei 9882/99, é mister

³⁹ www.planalto.gov.br. Acesso em 26/08/04

⁴⁰ *Idem*. Acesso em 27/08/04

que primeiramente seja definido o sentido a ser retirado das expressões que o compõem.

5.1 Definição de argüição

Primeira questão a ser resolvida na análise à qual nos propomos, é determinar o sentido da palavra “argüição”. Maria Helena Diniz, assim define o vocábulo:

“a) interrogatório; b)acusação; c) arrazoado com que a parte argumenta com a outra. 2. Ação de argüir, publicamente, algum candidato, verificando seus conhecimentos”⁴¹ Percebemos, que em seu sentido literal, argüição significa pergunta, questão ou alegação.

A Constituição utiliza o termo, não apenas no art. 102 § 1.º, como também em seu art. 52, no qual define as competências exclusivas do Senado Federal. Porém, aqui interessa a análise do termo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, não cabendo o desenvolvimento do tema referente a qualquer outra forma de argüição contemplada por nosso ordenamento.

Segundo Roberto Mendes Mandelli Junior, o vocábulo argüição, utilizado no art. 102 § 1.º, tem sentido de verdadeira ação, ou seja, “instrumento colocado à disposição para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, para denunciar uma violação a um preceito fundamental da Constituição”⁴²

Também neste sentido a autora supra mencionada, ao tratar exclusivamente da argüição de descumprimento de preceito fundamental, afastando-se do sentido literal dado à palavra argüição, assim a conceitua: “alegação feita perante o Supremo Tribunal Federal de infração de norma constitucional.”⁴³

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 260

⁴² MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. cit. p. 102

⁴³ Op. cit. p. 260

5.2 Significado de descumprimento

Descumprimento significa deixar de fazer, não realizar, não cumprir determinada ordem, no caso da argüição de descumprimento de preceito fundamental, deixar de cumprir um preceito constitucional considerado fundamental.

“Cumprir é respeitar, seguir, obedecer. Descumprir é desrespeitar, não seguir, desobedecer”⁴⁴

Seguindo as lições de André Ramos Tavares⁴⁵, poderíamos apresentar três significados para a inconstitucionalidade. Num primeiro, chamado pelo autor de conceito lato, inconstitucionalidade seria qualquer incompatibilidade entre atos ou fatos e a Constituição. Haveria ainda um conceito amplo, no qual inconstitucionalidade seria toda a incompatibilidade entre a Constituição e o comportamento ativo ou passivo do legislador ou de quem lhe faça as vezes, do administrador, e do magistrado. Por fim, haveria ainda um sentido restrito de inconstitucionalidade, no qual seriam inconstitucionais, apenas os atos normativos realizados por órgãos ou agentes públicos situados no poder estatal.

“Adotado que seja este conceito mais restrito, os atos praticados pelos particulares, ainda que “normativos” e os atos materiais em geral, ainda que estatais, afastados encontrar-se-ão das noções de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. O conceito é reservado, nesse sentido, exclusivamente, ao mundo normativo, já que se revela como uma especial forma de invalidade. Só os órgãos públicos com capacidade normativa própria podem perpetrá-la e, dessa forma, ter estes seus atos sindicalizados pelas medidas judiciais específicas de controle concentrado contra a inconstitucionalidade.”⁴⁶

Após a breve análise realizada quanto aos conceitos de inconstitucionalidade, concluímos, que o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, possibilita ao STF declarar inconstitucional ato do Poder Público que contrarie a

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. vol. 6. p. 3.105.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In. ROTHEMBURG, Walter Claudius, TAVARES, André Ramos. Op. cit. p.56

⁴⁶ Em sentido contrário, Roberto Mendes Mandelli Junior estabelece que “a diferenciação proposta por André Ramos Tavares, portanto não deve prosperar, pois qualquer ato descumpridor ou contrário à Constituição poderá ensejar um juízo de inconstitucionalidade, seja por ato concreto ou normativo, seja o ato municipal, estadual ou federal, anterior ou posterior à Constituição. O conceito de inconstitucionalidade ultrapassa os limites restritos estabelecidos como objeto da ação direta de inconstitucionalidade, tanto que o próprio legislador constituinte o utilizou no art. 97 da Constituição, estabelecendo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, pelos tribunais, inclusive no âmbito do controle difuso, com eficácia *inter partes*, de qualquer lei ou ato normativo do Poder Público. MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. cit. p.108

Constituição, seja este ato normativo, ou material. O que parece indicar, que dentro da classificação proposta por André Ramos Tavares, o conceito de descumprimento seria equivalente à definição dada de inconstitucionalidade em sentido amplo, qual seja, inconstitucionalidade derivada de atos do Poder Público, sejam estes atos normativos ou não.

A Constituição fala em “descumprimento”, daí concluímos que não poderia ser utilizado tal instituto, para em sentido contrário reafirmar a constitucionalidade do ato praticado pelo agente público, ao contrário do que ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade. Inclusive assim afirma Roberto Mendes Mandelli Junior:

“Para a arguição, portanto, diferentemente do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade genérica e com a ação declaratória de constitucionalidade, não se pode pretender dar natureza dúplice ou ambivalente, pois esta pretende verificar o descumprimento, tão-somente, da Constituição Federal”⁴⁷

Em sentido contrário, Gilmar Ferreira Mendes entende que, “poderá ocorrer assim, a formulação de pleitos com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição”⁴⁸

5.3 Conceito de preceito fundamental

Na tentativa de buscarmos uma definição para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista em nossa Constituição, fundamental se faz a conceituação do que seria um preceito fundamental.

De acordo com Roberto Mendes Mandelli Junior⁴⁹ “preceito é termo genérico utilizado tanto para designar regra ou dispositivo, como para designar princípio, seja ele expresso ou implícito no texto constitucional”.

Ainda que brevemente, lembremo-nos aqui, do que seriam os princípios, e o que seriam as regras no direito constitucional. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho,

⁴⁷ Idem. p. 110.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In ROTHEMBURG, Walter Claudius, TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 143

⁴⁹ Op. cit. p. 112.

“regras e princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.”⁵⁰

O grau de abstração dos princípios é muito alto, ao contrário, o das regras é relativamente baixo. Estas por sua vez possuem maior grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, sendo aplicadas de forma direta, ao contrário dos princípios. Estes possuem papel estruturante no ordenamento jurídico, servindo inclusive de fundamento para as regras. Os princípios estão diretamente vinculados à idéia de justiça, enquanto as regras podem possuir um conteúdo meramente funcional.

Conclui-se portanto, que os princípios se apresentam como normas fundamentais do sistema, uma vez que servem de fundamento para as demais normas (regras). Porém, certos princípios são mais relevantes que outros, daí falar-se em princípios fundamentais. A Constituição brasileira utiliza a expressão “princípios fundamentais”, em diversas passagens, mas refere-se a preceito fundamental uma única vez.

“Nos quadrantes do Direito a noção de preceito ancora-se na idéia de ordem, mandamento, comando, identificando-se, uma vez mais, com o conteúdo que se encontra tanto em regras como em princípios. Assim, torna-se sinônimo de norma.”⁵¹

Parece, portanto, que o legislador constituinte, ao prever a arguição de descumprimento de preceito fundamental, objetivou não apenas a proteção dos princípios constitucionais fundamentais, como também das regras consideradas fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

É preciso agora delimitar a fundamentalidade dos preceitos. Juntamente com André Ramos Tavares, entendemos que não é qualquer preceito constitucional que pode ser objeto da arguição. Ainda que a Constituição seja a lei fundamental de todo o ordenamento jurídico, se assim entendêssemos, poderíamos facilmente concluir que a palavra fundamental é redundante. Seria suficiente que o constituinte tivesse utilizado a expressão “arguição de descumprimento de preceito decorrente da Constituição”.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 1146.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 51

O preceito (regra ou princípio), deve ser considerado fundamental quando se apresentar imprescindível, basilar ou inafastável. “São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição.”⁵²

Ainda que entre as normas constitucionais não exista uma hierarquia formal, podemos afirmar que existe sim uma hierarquia axiológica, o que faz com que determinadas normas, consideradas mais relevantes sejam consideradas como fundamentais, como opção política essencial do legislador constituinte.

Não existe, nem no art. 102, § 1.º, nem na lei 9882/99, um rol, de quais seriam os preceitos fundamentais. Parece ter agido bem o legislador constituinte, uma vez que assim é conferida maior flexibilidade à jurisprudência, permitindo que esta acomode melhor as mudanças na sociedade, permitindo que um preceito que hoje não é fundamental, possa vir a sê-lo. Ademais, se o legislador originário não enumerou os preceitos fundamentais, não caberia ao legislador ordinário fazê-lo, mantendo assim, a lei 9882/99, a possibilidade de interpretação construtiva na delimitação dos preceitos considerados fundamentais.

É certo portanto, que preceitos fundamentais, são todas as normas (regras e princípios) constitucionais, consideradas axiologicamente mais relevantes à finalidade da plena realização do Estado democrático de direito. Seria um grande equívoco restringir a argüição apenas aos direitos e garantias fundamentais do Título I da Constituição, bem como estendê-la a todas as normas constitucionais. Elival da Silva Ramos, parece sintetizar muito bem o pensamento aqui exposto:

“Por conseguinte, são preceitos fundamentais, igualmente, os que estruturam a federação, como, por exemplo, os que tratam da repartição de competências entre os entes federados; os que disciplinam os mecanismos de participação política, por meio do voto, direto, secreto, universal e periódico, ou por meio de outros direitos políticos; os que consubstanciam a organização dos Poderes, assegurando-lhes a independência ou deferindo-lhes competências próprias; e, enfim, os que albergam direitos e garantias fundamentais.”⁵³

Finalmente, na análise da redação dada ao art 102 § 1.º, encontramos a expressão “decorrente desta Constituição”. No entendimento de André Ramos Tavares, isto significa que poderiam ser objeto da argüição também, aqueles

⁵² Idem. p. 53.

⁵³ RAMOS, Elival da Silva. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 124.

preceitos (regras e princípios), que não estão explícitos no texto constitucional, mas que dele derivam diretamente.

5.4 Inserção do instituto no controle de constitucionalidade brasileiro

Uma vez que a argüição de descumprimento de preceito fundamental qualifica-se como um modo concentrado, e eventualmente concreto, de fiscalização de constitucionalidade, vem para incrementar o nosso sistema misto de controle de constitucionalidade. Em relação à fiscalização abstrata de constitucionalidade, a argüição vem ampliar o objeto, passando a possibilitar o controle da constitucionalidade por via de ação, dos atos normativos municipais, anteriores à Constituição e atos não normativos do Poder Público. Além disso a argüição permite que ocorra o exame da constitucionalidade de uma caso concreto, a ser realizado de forma concentrada perante o Supremo Tribunal Federal. Até o advento da lei 9882/99, tal controle a ser realizado no caso concreto só era possível na modalidade difusa (realizada pelo juízo da causa), podendo chegar ao Supremo apenas em grau de recurso.

No entender de Walter Claudius Rothemburg, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, ao autorizar a apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, de uma questão constitucional vinculada a um caso concreto, racionaliza a prestação jurisdicional, pois:

“cria uma ponte entre o sistema difuso e o concentrado, uma vez que a decisão proferida incidirá sobre os diversos processos em curso. Com isso, permite-se antecipar o deslinde de uma questão jurídica que percorreria a via crucis do sistema difuso até chegar ao Supremo Tribunal Federal.”⁵⁴

⁵⁴ ROTHEMBURG, Walter Claudius. In ROTHEMBURG, Walter Claudius TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 203.

6. ESPÉCIES DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A doutrina procura classificar as espécies de argüição de descumprimento de preceito fundamental. A primeira classificação que se faz, é em argüição preventiva e repressiva. Como o caput do art 1.º da lei 9882/99, estabelece que caberá argüição que tenha por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, seriam duas as formas de argüição, uma antes de ocorrida a lesão e outra após. Neste sentido, Alexandre de Moraes:

“Caberá, preventivamente, argüição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitarem lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.”⁵⁵

Porém esta não é a classificação mais importante, possuindo maior relevância aquela que procura classificar a argüição em autônoma e incidental, como veremos.

6.1 Argüição autônoma

A argüição autônoma, que também poderia ser chamada de direta ou principal, uma vez que se presta ao controle abstrato da constitucionalidade, da mesma forma que a ação direta de inconstitucionalidade, constitui um mecanismo de controle objetivo da constitucionalidade de um ato do Poder Público, que seja lesivo a um preceito constitucional fundamental. O que se busca primacialmente nesta forma de argüição, é a proteção da ordem jurídica objetiva.

Assim estabelece o art. 1.º da lei 9882/99:

“A argüição prevista no § 1º do art 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

⁵⁵ MORAES, Alexandre In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 19.

Parágrafo único. *Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental;*

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (Vetado).”

André Ramos Tavares⁵⁶, e Lênio Luiz Streck⁵⁷, ao realizarem a leitura deste dispositivo, concluem que o *caput* refere-se à argüição autônoma, enquanto o par. ún. trataria do cabimento da modalidade incidental, porque a controvérsia com relevante fundamento constitucional só pode ser aquela que se apresenta em juízo e não qualquer controvérsia que se instale entre os particulares.

Preferimos no presente trabalho, nos filiar a posição defendida por Roberto Mendes Mandelli Junior⁵⁸ e Walter Claudius Rothemburg⁵⁹, que afirmam existir um equívoco nesta correspondência, uma vez que ela limitaria os objetos sindicáveis em cada espécie de argüição. Realmente, se adotada a posição anterior, não seria possível o cabimento de argüição incidental para ato que não fosse normativo, e nem argüição direta para proteção de preceito lesado por direito anterior à Constituição. Rothemburg inclusive salienta que esta correspondência direta não pode prosperar, apesar de ser a vontade dos idealizadores da lei 9882/99. Além disso, se o requisito da relevância do fundamento constitucional se aplicasse apenas à argüição incidental, o Supremo Tribunal Federal perderia a oportunidade de recusar argüições diretas de pouca relevância. Por fim talvez o melhor argumento para nosso posicionamento seja o de que, se há previsão de argüição para reparar lesão causada por ato normativo municipal e anterior à Constituição, e tal controle já era possível na via difusa e concreta da constitucionalidade, o art. 1.º par. ún. I da lei 9882/99 seria redundante se fosse aplicado exclusivamente em caso de argüição incidental.

Assim, concluímos que os textos devem ser compreendidos como informadores de uma mesma norma, que traça o perfil completo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em ambas as modalidades (direta ou

⁵⁶ TAVARES, André Ramos In ROTHEMBURG, Walter Claudius TAVARES, André Ramos. Op. cit. p.63

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit. p. 645.

⁵⁸ Op. cit. p. 106.

⁵⁹ Op. cit. p. 204.

incidental), estabelecendo que o objeto poderá ser, em qualquer caso, ato do Poder Público, compreendidos lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, desde que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional.

6.2 Argüição incidental

Ao lado da argüição direta, vislumbra-se pela redação dada a alguns dispositivos da lei 9882/99, a chamada argüição incidental,⁶⁰ que proporcionaria um controle também concentrado, porém agora concreto da constitucionalidade. Seu objetivo já não seria mais proteger o ordenamento jurídico objetivo, mas sim através de um incidente processual da constitucionalidade, levar a questão até o Supremo Tribunal Federal, para que este resolva a questão prejudicial, protegendo um direito subjetivo da parte. Esta modalidade de argüição pressupõe um processo anterior, submetido a qualquer juízo ou tribunal, envolvendo uma questão constitucional, cujo parâmetro de controle seja um preceito constitucional fundamental. É exatamente aqui, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental se aproxima dos institutos do direito comparado anteriormente analisados (o *Verfassungsbeschwerde*, o *Beschwerde*, e o Recurso de Amparo). Esta espécie de argüição teria como finalidade a proteção de um direito fundamental que estivesse sendo lesado, e cuja reparação fosse urgente, não podendo aguardar a solução pelas vias ordinárias. Como veremos oportunamente, apesar da argüição incidental possuir dimensão subjetiva, já que suscitada em razão de um caso concreto, e uma dimensão objetiva, pois se destina também à garantia da supremacia constitucional, o aspecto objetivo acaba por se destacar, uma vez que com o veto presidencial ao inciso II, art. 1.º da lei 9882/99, que legitimava qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público a propor a argüição perante o Supremo Tribunal Federal, o instituto esvaziou-se sensivelmente em seu caráter subjetivo de proteção dos direitos fundamentais da parte lesada ou ameaçada de lesão.

⁶⁰ Art 5.º § 3.º (a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo....) Art. 6.º § 1.º (...poderá o relator ouvir as partes no processo...)

7. OBJETO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

7.1 Controle preventivo

Como mencionado no capítulo anterior, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, pode ser repressiva, para reparar lesão a preceito fundamental realizada por ato do Poder Público, ou para evitar lesão a preceito fundamental da mesma ordem.

Estabelece, o art. 1.º da lei 9882/99, que caberá argüição para “evitar” lesão a preceito fundamental decorrente da CF. Considerando portanto como objeto de argüição de descumprimento de preceito fundamental, um controle preventivo, que busca não permitir sequer que a lesão ocorra.

“Trata-se de norma semelhante ao recurso de amparo espanhol. O art. 161, b, da Constituição espanhola prevê que o Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo território espanhol e é competente para conhecer do recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades referidos no art. 53.2, da Constituição, nos casos e formas que a lei estabelecer”.⁶¹

Daniel Sarmiento, por sua vez salienta que o art. 1.º da lei 9882/99,

“pode sugerir o cabimento do controle abstrato preventivo de constitucionalidade de leis. Como se sabe, essa possibilidade até então inexistia no ordenamento pátrio. No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade é, em princípio, repressivo, afora as hipóteses de controle concreto preventivo, reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal...De qualquer maneira, o controle abstrato de normas, no Brasil, pelo menos até o advento da Lei 9882/99, era sempre repressivo. Será que este quadro, no Direito brasileiro, se alterou com a nova lei? Parece-nos que não. Apesar da redação do caput do art, 1.º, o certo é que foram vetados, por alegada inconstitucionalidade, o art 5.º, § 4.º, e o art. 9.º, da lei em questão, que conferiam explícito amparo ao controle preventivo de constitucionalidade das leis, por via da ADPF. Nas razões de veto, constantes da Mensagem n.º 1807, de 3-12-1999, o Presidente da República afirmou que tais normas conferiam poder exagerado ao Supremo Tribunal Federal para realizar a intervenção em questão *interna corporis* do Legislativo. Em nossa opinião, uma mudança tão drástica no sistema de controle de constitucionalidade seria até salutar, por reforçar ainda mais a supremacia da Constituição, mas não poderia ser implementada por meio de simples lei ordinária, demandando emenda constitucional”.⁶²

⁶¹ MORAES, Alexandre. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 19.

⁶² SARMENTO, Daniel. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 97.

De acordo com o entendimento deste autor, portanto, a única forma de arguição de descumprimento de preceito fundamental possível, de caráter preventivo, seria a modalidade incidental, não sendo admitido um controle preventivo abstrato, de possíveis lesões a preceitos fundamentais.

7.2 Atos não normativos do Poder Público

Dispõe o art. 1.º da lei 9882/99, “A arguição prevista no §1.º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Observamos no dispositivo que em nenhum momento o legislador utilizou a expressão “normativo”, o que parece indicar que seriam sindicáveis por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, não apenas os atos normativos realizados pelo Poder Público que venham a lesar ou ameaçar de lesão preceitos fundamentais, mas todos e quaisquer atos realizados por ele, ainda que de caráter meramente administrativo.

“Atos do Poder Público são atos jurídicos, revestidos de finalidade pública, que emanam de órgãos ou instituições de natureza pública, criados para realizar os fins do Estado, sejam federais, estaduais, distritais ou municipais, os quais se encontram em situação de autoridade relativamente aos particulares, por perseguirem o interesse público”.⁶³

Assim colaciona Daniel Sarmiento:

“Pela própria redação do caput do art. 1.º, é possível notar a enorme abrangência da ADPF, que pode ser utilizada não apenas com o objetivo de censurar atos normativos, mas também atos administrativos e até mesmo jurisdicionais, agora sujeitos também ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade. As hipóteses são as mais diversas: contratos administrativos, editais de licitação e de concurso, decisões dos tribunais de contas, entre inúmeros outros atos estatais”.⁶⁴

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p. 91.

7.2.1 Atos políticos

São definidos como atos políticos ou atos de governo os atos praticados pelo Poder Público com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função meramente política.

Poderíamos afirmar que os atos políticos comportariam, a exemplo dos atos administrativos discricionários, a adoção do critério da conveniência e oportunidade, cabendo ao administrador dentro de uma margem de discricionariiedade, decidir qual a melhor forma de sua realização. Daí, ser questão de máxima importância, e também de certa polêmica, a possibilidade ou não de controle de constitucionalidade sobre tais atos.

No entendimento de Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Mello, e Roberto Mendes Mandelli Junior⁶⁵, os atos políticos são controláveis pelo Poder Judiciário, uma vez que o art. 5.º, XXXV, da CF assim estabelece: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Ademais, a própria Constituição Federal admitiu a apreciação de ato de governo pelo Poder Judiciário, ao dispor em seu art. 102, III, que caberá recurso extraordinário quando a decisão recorrida “*julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*”.

Em sentido contrário, apesar de adotar uma interpretação restritiva de ato político em razão do princípio da supremacia da Constituição e da inafastabilidade do controle jurisdicional, Daniel Sarmiento⁶⁶, para quem só é ato político judicialmente insindicável aquele cuja prática a Constituição deferir, com exclusividade, à discricionariiedade do Executivo ou Legislativo, sem estabelecer parâmetros minimamente objetivos que legitimem seu controle por via jurisdicional.

Independentemente do posicionamento adotado, os quatro autores, assim como nós no presente trabalho, entendemos ser criticável a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 1- RJ. Assim entendeu o Pretório Excelso, nesta argüição proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) contra veto parcial imotivado, do Prefeito do Rio de Janeiro a projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal, que

⁶⁵ Op. cit. p. 124.

⁶⁶ In. ROTHEMBURG, Walter Claudius TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 99.

elevava o valor do imposto predial e territorial urbano (IPTU), fundamentada na violação ao princípio de separação dos poderes:

“o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1.º da lei 9882/99”⁶⁷.

Entendemos, que apesar de o veto consistir ato político do Poder Executivo, o seu exercício deve obedecer um requisito mínimo de constitucionalidade, qual seja, deve ser motivado. A falta de motivação seguida da ausência de controle pelo STF compromete a supremacia da Constituição.

7.2.2 Atos de particulares

A lesão que enseja argüição de descumprimento de preceito fundamental, de acordo com o art. 1.º da lei 9882/99, deve ser provocada por ato do Poder Público. De acordo com Walter Claudius Rothemburg⁶⁸ esta lei operou uma indevida restrição, não contida no texto constitucional (que ao contrário da referência à autoridade pública relativa ao mandado de segurança – art. 5.º, inciso LXIX, - não se ateve a ato do Poder Público quando instituiu a argüição de descumprimento de preceito fundamental – art. 102 §1.º). Uma interpretação conforme a Constituição impõe-se, para admitir a argüição também na eventualidade de um preceito fundamental ser violado por ato de particular em condições de equiparação a ato do Poder Público.

No entendimento de Roberto Mendes Mandelli Junior⁶⁹ e Daniel Sarmento⁷⁰ a expressão “*ato do Poder Público*”, deve ser entendida em sentido lato, alcançando também os atos dos particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. Sendo cabível uma analogia com o mandado de segurança, que pode ser impetrado contra atos de pessoas jurídicas de direito privado, no exercício de atribuições do Poder Público.

⁶⁷ Informativo 176 STF, Rel. Min. Néri da Silveira.

⁶⁸ In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 216.

⁶⁹ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. Cit. p. 126

⁷⁰ In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p.91 e 92.

7.2.3 Atos normativos secundários

Já há jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, de que somente os atos normativos primários (aqueles que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal), são passíveis de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, por via de ação direta de inconstitucionalidade⁷¹. De acordo com este entendimento, ficam excluídos do controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, mesmo quando não observarem preceitos constitucionais, pois seria caso de ilegalidade e não de inconstitucionalidade. Entendemos que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, como forma subsidiária de controle concentrado de constitucionalidade, pode se prestar a tal controle, representando uma superação da resistência oferecida pelo STF quanto à análise de atos realizados pelo Poder Executivo. Chegamos a tal conclusão da leitura do próprio art. 1.º da lei 9882/99, que menciona, qualquer ato do Poder Público, que viole preceito fundamental da Constituição. Ora, se não é exigido pelo artigo em questão nem sequer que o ato seja normativo, seria uma grande contradição que se exigisse que este ato fosse primário⁷².

7.3 Atos normativos municipais

O art. 1.º parágrafo único, I, da lei 9882/99, assim dispõe:

“Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Da leitura deste dispositivo, podemos perceber a clara intenção do legislador ordinário de suprir uma lacuna em nosso controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos. Qual seja, a possibilidade de controle direto da constitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal.

⁷¹ ADIn MC 360, ADIn MC 519, ADIn MC 1253, ADIn 1258, ADIn MC 1383, ADIn MC 1590.

⁷² Neste sentido, MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes Op. Cit. p. 126 e 127 e SARMENTO Daniel Op. Cit. p. 95.

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade, conforme o art 102, I, da CF, só é possível o controle abstrato de constitucionalidade sobre leis ou atos normativos estaduais ou federais. Os atos normativos municipais por sua vez seriam objeto do controle difuso, podendo também ser controlados de forma concentrada, através da representação de inconstitucionalidade, a ser julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado em caso de afronta à Constituição estadual, nos termos do art. 125 § 2.º da CF.

A argüição vem, portanto, para possibilitar um controle concentrado da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a ser realizado sobre atos normativos municipais que afrontem diretamente a Constituição Federal, desde que estes atos lesem ou ameacem lesar preceitos fundamentais.

Alexandre de Moraes⁷³, sustenta que a extensão do controle abstrato de constitucionalidade aos atos normativos municipais seria inconstitucional, pois violaria o desígnio do constituinte originário de restringir este controle às normas federais e estaduais, cristalizado na redação do art. 102, I, alínea a do texto magno.

Em sentido oposto, Daniel Sarmento⁷⁴ entende que não se trata de extensão da competência do Supremo Tribunal Federal, mas de mera regulamentação de um instituto cuja competência para o julgamento já era atribuída constitucionalmente a este órgão. Concluindo este autor, que

“é digna de encômios a extensão do controle abstrato à lei municipal, que permitirá ao Supremo Tribunal Federal resolver, de uma vez por todas e com eficácia *erga omnes*, as controvérsias envolvendo a constitucionalidade do Direito municipal, evitando com isso o congestionamento ocioso do Judiciário, acarretado pela repetição desnecessária de demandas idênticas, com atrasos na prestação jurisdicional e riscos à isonomia do jurisdicionado”.

Finalmente, cabe transcrever a opinião de Gilmar Ferreira Mendes, quanto à argüição de descumprimento de preceito fundamental frente a ato municipal do Poder Público que afronte preceito fundamental:

“Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão padrão com força vinculante. Se o STF afirmar, em um processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, que a Lei “X”, do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU progressivo, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais”⁷⁵

⁷³ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 646.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 93

⁷⁵ In MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, ação popular...25 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

7.4 Atos normativos anteriores à Constituição

Prevê também, o art. 1.º párr. ún. I da lei 9882/99, que poderá ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ato normativo anterior à Constituição.

A exemplo do que ocorreu com o controle de constitucionalidade sobre atos normativos municipais, aqui também quis o legislador, preencher uma lacuna, deixada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que ato normativo anterior à Constituição não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pois é caso de não recepção, por se tratar de normas revogadas, e não de inconstitucionalidade, sendo resolvido segundo os princípios do direito intertemporal (*lex posterior derogat priori*):

“o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as”⁷⁶

Porém, a questão não é pacífica, tanto os votos vencidos, quanto Gilmar Ferreira Mendes, e Daniel Sarmento entendem, que “há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de diferentes hierarquias, o postulado *lex superior* afasta outras regras de colisão. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior* pudesse afastar a norma constitucional enquanto *lex generalis* ou *lex prior*”.⁷⁷

A possibilidade de fiscalização de constitucionalidade, através de um controle abstrato e concentrado das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, é importante, na medida em que pode proporcionar maior segurança jurídica no ordenamento vigente⁷⁸

⁷⁶ ADIn 02-DF, rel. Min. Paulo Brossard. Tal entendimento não é pacífico. Foram votos vencidos os Ministros Marco Aurélio Mello, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

⁷⁷ In ROTHEMBURG, Walter Claudius TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 94.

⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit. p. 833, 834. “pode haver um interesse jurídico relevante na apreciação de constitucionalidade de normas já revogadas. Basta pensar nos diferentes efeitos de revogação de normas e da declaração de inconstitucionalidade. Aquela opera para o futuro, isto é, tem efeitos *ex nunc*, esta tem efeitos retroactivos, ou seja produz efeitos *ex tunc*. Isso justificará, algumas vezes, a admissibilidade dos pedidos de

A regulamentação trazida pela lei 9882/99, parece ter sido uma boa oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal reveja seu posicionamento em relação à inconstitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição, inclusive entrando em sintonia com o direito comparado (Alemanha, Portugal, Itália, Espanha)⁷⁹

7.5 Relevante controvérsia constitucional

A lei 9882/99, permite ao Supremo Tribunal Federal, obstar o acesso quando considerar irrelevante o fundamento da causa. Estabeleceu assim uma espécie de filtro para o conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, “ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional”. De acordo com André Ramos Tavares, “relevante para fins de cabimento da arguição é aquilo que é apreciável, tem fundamento, é legítimo, é razoável, em virtude do que se mostra admissível, evidente, insuperável”⁸⁰ Uma vez que este autor considera que o par. ún. do art 1.º da lei 9882/99 refere-se exclusivamente à arguição incidental, para ele, só existiria este filtro quanto à relevância da questão constitucional, nesta modalidade de arguição. Em sentido oposto, Walter Claudius Rothemburg⁸¹, considera, que ainda que a relevância da questão constitucional não assuma a mesma magnitude na arguição direta, aplica-se às duas, aumentando assim a margem de apreciação do Supremo Tribunal Federal quanto à admissibilidade da questão.

Preferimos porém, nos filiar a uma terceira posição, assumida por Roberto Mendes Mandelli Junior⁸². Para ele, não é possível estabelecer uma densidade às expressões “relevante fundamento da controvérsia constitucional” ou “existência de controvérsia constitucional relevante” que esteja dissociada de preceito constitucional fundamental. A controvérsia na qual se discute o descumprimento de preceito

declaração de inconstitucionalidade de normas já revogadas, justamente para se destruírem os efeitos por elas produzidos até o momento da revogação. Dada a excepcionalidade desta situação, compreende-se a exigência dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. Não deve recorrer-se à declaração de inconstitucionalidade sempre que os efeitos já produzidos sejam pouco relevantes ou possam ser eliminados recorrendo a outros meios ou remédios para a defesa de direitos.

⁷⁹ Na ADPF, rel. Maurício Corrêa, foi concedida liminar, suspendendo ato normativo, anterior à Constituição, do regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

⁸⁰ TAVARES, André Ramos. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. cit. p. 74.

⁸¹ In ROTHEMBURG, Walter Claudius TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 210.

⁸² MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. Cit. p. 119.

fundamental será sempre relevante. A Constituição já estabeleceu um parâmetro de sindicabilidade (lesão ou ameaça a preceito fundamental), não sendo permitido ao legislador ordinário estabelecer outro requisito. Até porque, já serve como filtro tanto o princípio da subsidiariedade (que será tratado no próximo capítulo), quanto o rol de legitimados ativos, não sendo necessária uma forma suplementar de filtragem.

8. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Assim determina o art 4.º §1.º da lei 9882/99: “*Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”. Percebemos, tratar-se, juntamente com a expressão “preceitos fundamentais”, e com a legitimidade ativa restrita, de um requisito de admissibilidade, a servir como mecanismo de filtragem.

Observe-se porém, que o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental não exige a inexistência de outro meio capaz de sanar ou evitar a lesividade, mas simplesmente a ineficiência de outro meio.

“Portanto, 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 de argüição”.⁸³

Porém, como ressaltado por Roberto Mendes Mandelli Junior⁸⁴, a lei não estabelece o prévio esgotamento do outro meio, mas seu prévio esgotamento sem real efetividade.

Gilmar Ferreira Mendes, salienta que de uma perspectiva meramente subjetiva, a ação só poderia ser proposta se já tivessem se exaurido todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Mas que através de uma análise mais cuidadosa, podemos perceber que deve predominar um enfoque objetivo, de proteção da ordem constitucional. “Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os

⁸³ MORAES, Alexandre. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 27.

⁸⁴ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. Cit. p. 131.

demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Neste caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental”.⁸⁵ Concluindo que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento, quando esta for o único meio capaz de dar uma solução definitiva e abrangente para a controvérsia.

Não admitindo o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental, alegando que caberá argüição sempre e absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental, André Ramos Tavares, assim colaciona:

“Ainda que reconhecidamente incompleto o sistema, nem por isso o instituto que aqui se estuda teria caráter residual, porque a compreensão da Carta Constitucional não oferece qualquer sinal para que assim fosse interpretada. De outra forma, por que não atribuir caráter residual à ação direta de inconstitucionalidade? Afinal, tanto esta quanto a argüição de descumprimento são formulações do mesmo poder constituinte e estão incorporadas a um mesmo documento, do que decorre idêntica estatura jurídica”.⁸⁶

Para ele, a argüição é medida tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade, apresentando mesmo relevância superior se quiserem, uma vez que é instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais).

Ainda que os argumentos sejam consistentes, parece-nos que a razão está com o restante da doutrina que admite o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o que deriva da própria letra da lei.

Admitindo-se esta subsidiariedade, podemos definir em quais situações a argüição servirá como complemento para as demais ações previstas para o controle concentrado de constitucionalidade. Uma vez que serão sindicáveis através de ação direta de inconstitucionalidade os atos normativos estaduais ou federais contrários à constituição, subsidiariamente, caberá à argüição um controle dos atos não normativos do Poder Público, bem como de atos normativos municipais e anteriores à Constituição que venham a lesar ou ameaçar de lesão preceitos fundamentais.

⁸⁵ In MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular...p. 416.

⁸⁶ TAVARES, André Ramos. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 44.

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem um caráter residual se comparada à ação direta de inconstitucionalidade. Esta permite a fiscalização concentrada de constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, posteriores à Constituição, contrários a quaisquer normas constitucionais. Já aquela possibilita a mesma fiscalização dos demais atos do Poder Público, no entanto, adota como parâmetro de sindicabilidade somente os preceitos constitucionais fundamentais”⁸⁷

A arguição também complementa a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que permite a sindicabilidade de uma omissão do Poder Público de caráter não normativo, tal como provimento de cargo, pelo Presidente da República, de Ministro do STF.

Importante observar a relação existente entre a arguição de descumprimento e a representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual, previsto no art. 125 §1.º da CF. Se a Constituição Estadual possuir norma repetida da Constituição Federal, inclusive versando sobre preceitos fundamentais, haverá outro de meio de sanar a lesividade, que se for eficaz deve ser utilizado, preterindo o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, limitado pela característica da subsidiariedade.

Difícilmente no ordenamento jurídico brasileiro não existirá um outro meio que possibilite evitar ou reparar lesão a um direito fundamental. No entanto, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental não ser admissível, não basta a existência de outro meio, é preciso que seja também eficaz. A eficácia do meio é a aptidão deste para atingir a finalidade para a qual foi criado. A ADPF transcende os limites do processo subjetivo, proporcionando uma defesa objetiva da Constituição.

9. O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A ADOÇÃO DO SISTEMA MISTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ocorreram grandes mudanças no controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988, com a ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade. Não podemos negar, que nosso sistema misto de controle, que consagra tanto o controle direto pelo Supremo Tribunal

⁸⁷ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. Cit. p. 135.

Federal quanto o incidental, a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, parece ter ganhado novos contornos. Houve na realidade um reforço do controle concentrado sobre o difuso, dando maior importância àquele modelo, inspirado no direito austríaco e alemão.

Não obstante tenha ocorrido esta consagração do controle concentrado, Gilmar Ferreira Mendes⁸⁸, membro integrante da Comissão Especial responsável pelo anteprojeto da Lei 9882/99, nos lembra que subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso, relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado. Segundo este autor, é exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”. Em resposta a esse quadro de incompletude, surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado incidente de inconstitucionalidade.

Daí, ter ocorrido em nosso entendimento, um desvirtuamento do instituto previsto na Constituição Federal. Não há dúvida que quando o legislador constituinte previu a argüição de descumprimento de preceito fundamental, não estava a tutelar uma suposta “guerra de liminares”, mas sim preceitos fundamentais feridos por atos do Poder Público.

Assim colaciona Daniel Sarmento:

“É bom que se diga com clareza que a nova lei teve como principal motivação o combate à decantada indústria de liminares. Ela está em perfeita sintonia com a filosofia que inspira várias outras reformas legislativas que vêm sendo empreendidas durante o governo do atual Presidente da República, e que tem por objetivo, de modo explícito ou velado, reduzir os poderes dos juízes e tribunais inferiores, reforçando a competência do Supremo Tribunal Federal, considerado mais confiável pela forma política de investidura de seus membros”⁸⁹

Concluindo mais adiante que o instituto foi criado visando muito mais a tutela da governabilidade e de interesses estatais, do que a proteção do cidadão em face do Poder Público.

Para que tenhamos uma melhor compreensão do instituto da argüição incidental, é mister uma análise, ainda que sucinta, do que seria este incidente de inconstitucionalidade.

⁸⁸ In MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. p.395.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 86

“O incidente, em termos genéricos, instituto do direito processual, é uma questão que revela uma dúvida ou controvérsia que se forma, com procedimento próprio descrito na lei processual, como questão acessória do processo. Deve ser, primeiramente, solucionado pelo juiz, em razão dele depender a lide”⁹⁰

No controle difuso de constitucionalidade, o sistema brasileiro reconhece como questão incidental a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, solucionada pelo próprio juiz ou tribunal ao qual está submetida a causa.

O incidente de inconstitucionalidade existente no direito estrangeiro, é um incidente processual que permite transportar uma questão constitucional, que tenha surgido na jurisdição ordinária, diretamente ao Tribunal Constitucional, quando a demora da sua solução possa ocasionar um dano irreparável às partes, que tenham direitos fundamentais seus violados, ficando suspenso o processo principal que deu origem ao incidente, até que o Tribunal Constitucional decida a questão prejudicial.

Porém é importante ressaltar, que os ordenamentos jurídicos alienígenas que contemplam tal possibilidade, adotam o controle concentrado puro de constitucionalidade, ao contrário do Brasil, que adota o sistema misto. Além disso, nestes Estados a legitimidade para proposição do incidente é aberta, reconhecida a todo o indivíduo que sofreu uma violação pelo Poder Público.

Entre nós, na revisão constitucional de 1994 tentou-se introduzir, por meio de emenda constitucional de revisão, o incidente de inconstitucionalidade, não tendo sido aprovada nenhuma proposta neste sentido.

Desde então, surgiram vários projetos prevendo tal instituto. Assim determina o substitutivo apresentado pelo deputado Jairo Carneiro, ao Projeto de EC 96/92 (Reforma do Judiciário) art. 107 § 5.º:

“Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98 § 1.º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de

⁹⁰ MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 2 ed. Campinas: Millennium, 1998. vol 4. p. 81 e ss.

proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional”

Apesar do incidente de inconstitucionalidade ter sido rejeitado em 1994, pela Revisão Constitucional, a Lei 9882/99, que regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, pretendeu, como já demonstrado anteriormente, contemplar algumas características de tal instituto.

Como lembra Roberto Mendes Mandelli Junior⁹¹, desejou, o legislador ordinário, e não mais o legislador constituinte, inserir no ordenamento aspectos tendentes ao incidente de inconstitucionalidade, quando regulamentou a argüição de descumprimento, tratando de várias questões constitucionais em sede de legislação ordinária. O que por si só já seria questionável. Ressalta ainda, que determinadas ausências verificadas na argüição de descumprimento de preceito fundamental causam preocupações, ocasionando uma desnaturação do instituto.

Outra questão importante que se coloca, é quanto à semelhança entre este incidente de inconstitucionalidade propiciado pela regulamentação da argüição, e antiga advocatória. Daniel Sarmiento⁹² entende não haver relação entre ambas, uma vez que ao conhecer a argüição incidental, o Supremo não julgará a causa, manifestando-se exclusivamente em relação à questão constitucional e devolvendo o processo ao juízo de origem para que julgue o mérito da causa.⁹³

No mesmo sentido Nelson Nery Junior, para quem o incidente de inconstitucionalidade,

“não se trata de advocatória, pela qual o STF requisitaria o processo e decidiria a lide por inteiro, subtraindo do juiz natural o exame da causa. Ao contrário, o incidente funciona como uma espécie de juízo prévio acerca da interpretação, pelo STF, do preceito constitucional fundamental questionado no juízo ordinário. Assemelha-se mais ao incidente de inconstitucionalidade (ou prejudicial de inconstitucionalidade) dos países europeus que

⁹¹ Op. cit. p. 90

⁹² In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 87.

⁹³ Também neste sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. Revista Jurídica virtual n.º 8. “Entretanto, difere-se, em muito, da antiga advocatória, através da qual o Supremo Tribunal Federal podia chamar para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante. Não se trata mais disso. Como dito, trata-se de mecanismo de controle da constitucionalidade, originalmente previsto na Lei Maior, que amplia a cidadania brasileira e a segurança jurídica, através do qual, mediante a provocação dos legitimados pelo artigo 103 da Carta Magna, o Excelso Pretório poderá suspender os processos liminarmente e proferir decisões com efeito vinculante apenas sobre a questão constitucional. O juiz de direito não é mais afastado da sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no caso, julgamento do feito, mas tão somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional através da argüição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo no papel de guardião da Constituição.

têm Corte Constitucional. Não fosse assim o incidente seria inconstitucional como inconstitucional se nos afigura a advocatória”.⁹⁴

Em sentido contrário Lênio Luiz Streck⁹⁵ considera que a Lei 9882/99 nitidamente introduz o efeito advocatório em sede de ADPF:

“Ou bem se mantém a ação direta, ou bem se parte para sua substituição pelo incidente de inconstitucionalidade, que passaria então a acarretar a obrigatoriedade da suspensão prejudicial do processo em andamento. Não há como contemplar, lado a lado, as duas fórmulas. Mas sejamos sinceros: o intuito do dispositivo é claramente o de uma advocatória disfarçada”.

Independentemente da posição que se adote, percebemos, inclusive pelo posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes, e Celso Ribeiro Bastos, ambos membros da Comissão Especial, que o motivo que dirigiu a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental não foi a defesa dos preceitos fundamentais, antes disso, foi o intuito de combater uma “guerra de liminares” e com isso prestigiar uma pretensa segurança jurídica. Como muito bem colacionado por Walter Claudius Rothemburg,

“As leis 9868/99 e 9882/99 representam um movimento de reação e vieram de propostas do Poder Executivo federal. Esse dado de origem e conjuntural não deve ser desprezado para a compreensão da arguição de descumprimento de preceito fundamental instituída agora no Brasil: a Lei 9882/99 nasceu de um anteprojeto de iniciativa do Governo federal e num momento em que há grande número de decisões judiciais (muitas delas liminares) contestando atos do Poder Público”⁹⁶.

Caso a interpretação dada à ADPF, sirva de proteção de medidas governamentais, centralizando a discussão judicial de atos do Poder Público, o que se terá na realidade é um instrumento colocado à disposição do governo para implementação de suas políticas.

Senão, como salientado por Roberto Mendes Mandelli Junior⁹⁷, na relação Estado x indivíduo, em vez de o instituto estar inserido como meio de proteção de direitos fundamentais do indivíduo, cria-se um instituto de proteção dos interesses do Estado, um verdadeiro “incidente de inconstitucionalidade às avessas”.

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.1478 e 1479.

⁹⁵ Op. cit. p. 646.

⁹⁶ In ROTHEMBURG, Walter Claudius TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 236.

⁹⁷ Op.cit.p. 93.

10. ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, se presta como já demonstrado, tanto a um processo objetivo de defesa da Constituição, quanto à proteção subjetiva de direitos fundamentais. Embora seja tradicional a distinção entre processo constitucional objetivo e processo constitucional subjetivo, ambos se prestam às duas tarefas. Na defesa subjetiva, não está ausente o propósito de uma defesa objetiva, enquanto no objetivo está também presente a idéia de proteção de direitos e interesses juridicamente protegidos.

Justamente por se tratar de instituto que proporciona a jurisdição constitucional, a própria Constituição, no art. 102 § 1.º, estabelece que o STF será competente para processar e julgar a argüição de descumprimento.

Mandelli Junior⁹⁸, lembra que é possível ainda a existência de argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Estadual, uma vez que a ausência de previsão constitucional não poder ser considerada uma negativa implícita. A competência neste caso seria do Tribunal de Justiça do Estado, seguindo parâmetro estabelecido pelo art. 125§ 2.º, da Constituição Federal.

10.1 Legitimidade ativa restrita

O art. 2.º, I, da Lei 9882/99 dispõe que “*podem propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade*”. Que de acordo com o art. 2.º da Lei 9868/99, são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁹⁸ Op.cit. p.148.

O Presidente da República vetou⁹⁹ o inciso II, do parágrafo único, do art. 1.º, da Lei 9882/99 que permitia a propositura ampla da argüição de descumprimento de preceito fundamental, por qualquer prejudicado. Desta forma, a regulamentação dada ao instituto pela Lei 9882/99 acabou por afastar a argüição de seus semelhantes no direito austríaco, alemão e espanhol. Alterando mesmo, a essência do próprio instituto. Se antes era um instrumento vocacionado à proteção dos direitos fundamentais lesados pelo Poder Público, acabou com a regulamentação, a converter-se num processo de caráter predominantemente objetivo, destinado à garantia da ordem constitucional.

No veto, afirmou-se que a referida norma inviabilizaria o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, que teria de apreciar uma quantidade enorme de feitos. Seria um alargamento irrestrito e individual do acesso ao Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas.

Como salienta Walter Claudius Rothemburg¹⁰⁰ os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade conferiram uma abertura impressionante a tal instituto, traduzindo anseios dos mais diversos setores da sociedade.

Uma vez que a argüição direta busca precipuamente a proteção da ordem constitucional, parece que a restrição de legitimação ativa não prejudicou tanto esta modalidade de argüição. O mesmo não se pode afirmar quanto a argüição incidental, que possuía talvez uma das maiores virtudes do instituto, que era a possibilidade de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público suscitar incidentalmente o descumprimento de preceito fundamental e levar a questão constitucional direto até o Supremo Tribunal Federal.

André Ramos Tavares inclusive não admite que a restrição imposta pelo veto presidencial atinja a modalidade incidental:

“Conclui-se pois, que o veto criado pelo Poder Executivo, quanto a possibilidade de propositura por qualquer pessoa lesada, não surtiu efeitos práticos, uma vez que a natureza da argüição incidental exige um sistema de legitimados

⁹⁹ Ver razões do veto no capítulo 4.

¹⁰⁰ In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p.221.

diverso daquele engendrado para a ação autônoma”¹⁰¹. Segundo este autor, se pretendêssemos aplicar à argüição incidental, a legitimidade restrita, ocorreria um completo dismantelamento desta modalidade, uma vez que os legitimados optariam sempre pela modalidade de ação autônoma. Para ele, a legitimidade ampla estaria alicerçada em dúplice fundamento constitucional. O princípio democrático e o princípio de acesso ao Judiciário.

No mesmo sentido Lênio Luiz Streck afirma que o veto bate de frente com a Constituição, propondo uma interpretação conforme, inclusive lembrando que foi neste sentido que o texto foi aprovado no Congresso Nacional.¹⁰²

Rothemburg e Mandelli, pensam diferente, afirmando que o veto se refere não apenas à modalidade direta, mas atinge também a forma incidental da argüição de descumprimento, uma vez que a Lei 9882/99 com o respectivo veto é clara quanto à legitimidade restrita.

Assim também pensamos. Por mais esforço que se faça, a argüição (nem mesmo na modalidade incidental) não possui legitimidade aberta, o que de certa forma impede caracterizá-la como incidente de inconstitucionalidade.

Concluimos portanto, que o veto desnaturou a argüição incidental, restando esta descaracterizada, permanecendo unicamente a argüição autônoma, a ser proposta pelos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, quanto à legitimidade ativa, ainda cabe ressaltarmos a questão referente ao § 1.º do art. 2.º da Lei 9882/99 que estabelece: “ *na hipótese do inc. II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo* ”

Rothemburg¹⁰³ considera este dispositivo totalmente despiciendo, uma vez que a possibilidade de representar ao Ministério Público enquadra-se tradicionalmente no amplo “direito de petição” previsto como garantia fundamental no art. 5.º XXXIV.

¹⁰¹ Idem. p.72.

¹⁰² Op. cit.p. 640. Também propondo uma interpretação que permitiria legitimidade ativa ampla à argüição incidental, em razão do princípio constitucional do direito de ação, NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 1482.

¹⁰³ In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p.222.

Sérgio Rezende de Barros¹⁰⁴, por sua vez considera que o veto deixou o § 1.º solto no ar, pois seu sentido dependia do inciso vetado.

Concordamos com o segundo posicionamento, uma vez que o próprio § 1.º faz referência ao inciso vetado. Desta forma não faz qualquer sentido entendermos que a expressão “na hipótese do inciso II” seja independente da existência ou não do referido inciso II.

Porém, adotando o posicionamento de Walter Claudius Rothemburg, talvez até como forma de compensação ao veto, o STF decidiu pela utilização do § 1.º, na ADPF 11 -SP, ajuizada por particular, não relacionado entre os legitimados constitucionais, que pretendia suspender o bloqueio de seus bens e de suas empresas, bem como suspender sentença falimentar em face da indisponibilidade de seus bens. O STF negou seguimento ao pedido e determinou seu arquivamento, em virtude da falta de capacidade processual ativa, recomendando a solicitação ao Procurador Geral da República, na forma do art. 2º, § 1.º, da Lei 9882/99.¹⁰⁵

10.2 Petição Inicial

A Lei 9882/99 não previu prazo para o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A petição inicial, deve conter, de acordo com o art. 3.º da Lei 9882/99, *“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, se for o caso, a comprovação das existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.”*

Como primeiro requisito da petição inicial, além dos requisitos genéricos dos arts. 282 e 283 do CPC, exige a Lei 9882/99, a indicação do preceito fundamental, e a prova de sua violação. Em seguida a lei parece exigir a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de preceito fundamental que se considera violado. Porém, já nos posicionamos anteriormente, no sentido de considerar que toda a controvérsia em que se discuta descumprimento de preceito

¹⁰⁴ Idem. p.195.

¹⁰⁵ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. Cit. p.152 e 153.

fundamental, será relevante. Parece-nos, que quando o presente artigo utiliza a expressão “se for o caso”, está justamente a se referir à argüição incidental, pois “controvérsia”, no sentido técnico, como nos lembra André Ramos Tavares¹⁰⁶, é aquela instaurada perante o Poder Judiciário, e não qualquer controvérsia. Assim, apenas em caso de processo anterior tramitando na jurisdição ordinária, no qual foi suscitada a questão constitucional como incidente, há que se falar em comprovação da existência de controvérsia judicial relevante¹⁰⁷.

Cabe ressaltar, que não seria possível retirar deste requisito uma argüição por equiparação. A própria Constituição já estabelece o parâmetro de sindicabilidade a ser utilizado na argüição, qual seja, preceito constitucional fundamental. Não poderia o legislador ordinário criar novo parâmetro (controvérsia judicial relevante), pois estaria extrapolando as delimitações constitucionais do instituto, em flagrante inconstitucionalidade.

Estabelece ainda o par. ún. do mesmo artigo, que a petição inicial será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação, e se for o caso deverá ser acompanhada de instrumento de mandato.

Não podemos confundir a capacidade processual, estabelecida no art. 2.º, I da Lei 9882/99, com a capacidade postulatória. Enquanto aquela diz respeito à aptidão para ser parte, esta se refere à capacidade de realização eficaz dos atos processuais. Roberto Mendes Mandelli Junior¹⁰⁸, entende que entre os legitimados para a argüição de descumprimento, apenas o Procurador Geral da República possui capacidade postulatória. Walter Claudius Rothemburg¹⁰⁹, considera, que tanto o Procurador Geral da República, quanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil possuem esta capacidade postulatória. Em sentido contrário, Alexandre Moraes¹¹⁰ estende a todos os legitimados à propositura da argüição, a capacidade postulatória, excluindo apenas partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁰⁶ In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p 64.

¹⁰⁷ Neste sentido, MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. cit. p. 155. TAVARES, André Ramos. BASTOS, Celso Ribeiro. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p 64 e 81.

¹⁰⁸ Op. cit. p. 156.

¹⁰⁹ In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p 231.

¹¹⁰ In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 26.

Por fim, seguindo o entendimento de Roberto Mendes Mandelli Junior, concluímos, que o processo objetivo em que se verifica a constitucionalidade de um ato normativo ou de um comportamento do Poder Público, está sujeito ao princípio da indisponibilidade de instância, não admitindo a desistência da ação proposta. Podendo inclusive, ser traçado um paralelo entre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, e a ação direta de inconstitucionalidade, que expressamente não admite desistência.¹¹¹

11. CONCESSÃO DE CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A possibilidade de concessão de cautelar na argüição de descumprimento de preceito fundamental, está prevista no art. 5.º da Lei 9882/99: “*O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental*”.

A possibilidade de medida cautelar, tem fundamento no amplo poder geral de cautela que é dado ao Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional. Tradicionalmente, a tutela cautelar sempre se fundamentou na segurança e garantia do desenvolvimento eficaz das demais atividades jurisdicionais (cognição e execução), criando condições para que seja atingido o escopo geral da jurisdição, assegurando o resultado do processo principal e eliminando situações de perigo. Portanto, o procedimento cautelar sempre teve como finalidade a proteção do processo principal. Modernamente, tem-se alterado este entendimento. O processo cautelar não mais visaria a proteção de um processo de conhecimento ou de execução, mas sim a proteção do próprio direito material. A proteção do bem da vida almejado pela parte. Porém não cabe aqui maiores discussões sobre o polêmico tema, uma vez que não é objeto do presente trabalho. É suficiente, para nosso estudo, que tenhamos em mente que a tutela cautelar é uma medida assecuratória que busca garantir a preservação do direito lesado ou ameaçado de lesão.

¹¹¹ Art 5.º Lei 9868/99 “proposta ação direta , não se admitirá desistência.”

Clèmerson Merlin Clève¹¹², salienta que uma vez que o STF define a medida cautelar como providência excepcional, devendo esta excepcionalidade ser a medida da sua concessão (afinal os atos estatais gozam de presunção relativa de legitimidade); seria exigido para tanto, a satisfação simultânea dos seguintes requisitos: plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni jùris*), possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados, necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

11.1 Competência para concessão de cautelar

Percebemos, na redação do art. 5.º da Lei 9882/99, que o legislador exigiu para a concessão da liminar em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, um quorum de maioria absoluta dos ministros. Significa que o deferimento da liminar depende do voto favorável de pelo menos seis ministros.

Excepcionalmente, de acordo com ao art 5.º § 1.º, “*em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno*”. Portanto, quando o pedido de liminar tiver de ser apreciado com urgência ou houver o risco de grave lesão pela espera, vale dizer, quando não for possível aguardar a sessão na qual se reúne o plenário, é conferido poder ao relator para que conceda a liminar *ad referendum* do tribunal pleno. Podendo ocorrer também esta concessão em caso de recesso.

Dispõe ainda o art. 5.º § 2.º que “*o relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias*”. Portanto, o relator pode ouvir o Procurador-Geral da República, enquanto representante do MP que estiver atuando como *custos legis*, os responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União. Nelson Nery Junior afirma que “caso a urgência reclame, pode o relator decidir o pedido de liminar *inaudita altera*

¹¹² Op. cit. p. 236 e 237.

pars, postergando para momento posterior do procedimento a colheita da manifestação dos interessados”.¹¹³

11.2 Efeitos da decisão cautelar

Assim determina o art. 5.º § 3.º da Lei 9882/99, “*a liminar poderá consistir na 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.*”

Esta possibilidade de suspensão do andamento de processo ou dos efeitos de decisões judiciais foi muito criticada por parte da doutrina que entendeu se tratar de uma espécie de avocatória. Assim colaciona Lênio Luiz Streck:

“Trata-se de uma nítida avocatória, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Mais do que isso, a previsão avocatória do art. 5.º se coloca em contradição com o próprio instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, que, ao contrário do que determina o art. 5.º, serve para a realização de direitos fundamentais e para impedir que sejam solapados pelo Poder Público”.¹¹⁴

Preferimos entretanto nos filiar ao entendimento de Roberto Mendes Mandelli Junior¹¹⁵, que na busca de uma maior efetividade para o instituto da argüição de descumprimento, assim colaciona:

“A fim de retirar do dispositivo essa pecha avocatória, preservando sua constitucionalidade, é necessário estabelecer uma interpretação conforme, com o objetivo de proporcionar à medida uma condição de incidente de inconstitucionalidade nos moldes daqueles instituídos no direito europeu, em defesa

¹¹³ Op. cit. p. 1486.

¹¹⁴ Op. cit. p. 648. No mesmo sentido Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade, RDA 220/14, abr – jun. 2000: “o objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de avocatória, concentrando nas mãos do STF questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”. Ou, ainda, voto em separado do Deputado Jarbas Lima, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, sobre o projeto de lei que resultou na Lei 9868/99, que tem previsão semelhante em seu art. 21: “Na verdade, a previsão contida no art. 21, que de cautelar nada possui, pretende instituir às avessas, o chamado incidente de inconstitucionalidade per saltum na via do controle difuso, ou seja, a famigerada avocatória que a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 rejeitou sem hesitações!” In Ingo Wolfgang Sarlet. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 155.

¹¹⁵ Op.cit. p. 164.

dos direitos fundamentais, e não de um verdadeiro incidente de inconstitucionalidade às avessas, em defesa de medidas governamentais”.¹¹⁶

Nos lembra ainda o mesmo autor, que o STF, atuando no controle concentrado de constitucionalidade, deve agir com moderação, para não sufocar de forma prematura, a formação da livre convicção dos juízes e tribunais inferiores. Sendo que a concessão de medida cautelar, só estará de acordo com a Constituição, se tiver por objetivo evitar ou reparar lesão a outro direito fundamental.

A defesa de uma política governamental, através de atos do Poder Público por meio da concessão de cautelares em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental deve ser descartada, sob pena de desvirtuar o controle de constitucionalidade.

12. DECISÃO FINAL EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

12.1 Competência para a decisão final

Assim estabelece o at. 8.º da Lei 9882/99:

“A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros”

Verifica-se, da leitura do dispositivo, a exigência de um quorum de instalação da sessão de julgamento, qual seja, a presença de pelo menos 8 Ministros. Quanto ao quorum de decisão, este estava previsto no § 1.º do mesmo artigo, mas foi vetado pelo Poder Executivo, que considerou excessiva a exigência de 2/3 dos Ministros.

Desta forma, seguindo o pensamento de Roberto Mendes Mandelli Junior,¹¹⁷ parece correto a interpretação que exige a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, que assim estabelece em sede de controle difuso de constitucionalidade:

¹¹⁶ Ver a respeito da diferença entre a advocatória e o incidente de inconstitucionalidade, cap. 9, supra.

¹¹⁷ Op. cit. p. 167.

“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”

Outra interpretação possível, também no mesmo sentido, é a trazida por Gilmar Ferreira Mendes,¹¹⁸ “Embora o texto seja silente, também aqui se há de aplicar a regra do art. 23 da Lei 9868/99, segundo o qual a decisão de procedência ou improcedência haverá de ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal”, concluindo que não se poderia adotar critério menos rigoroso para a decisão final do que o adotado para a liminar.

Determina ainda o art. 10 da Lei 9882/99, que o STF, depois de julgada a ação, comunicará às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato impugnado, fixando as *“condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”*.

Parece ter pretendido o legislador ordinário, inserir no julgamento da argüição de descumprimento, técnicas de decisão, que já vinham sendo admitidas pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade. Técnicas estas expressamente previstas no art. 28 párr. ún. da Lei 9868/99, quais sejam, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto¹¹⁹.

12.2 Efeitos na decisão final da ADPF

O art. 10 § 3.º, da Lei 9882/99 determina que a decisão em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público. Desta forma, uma vez julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

¹¹⁸ In MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 442.

¹¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 64 e 65. “interpretação conforme, é o aproveitamento de um dos sentidos possíveis de interpretação de uma lei, desde que compatível com o texto constitucional, desprezando outras possibilidades interpretativas que levariam à inconstitucionalidade da norma”. Declaração parcial de nulidade sem redução de texto, é quando órgão jurisdicional não indica qual a interpretação adequada, mas só exclui uma ou algumas das possibilidades interpretativas existentes, deixando a critério do intérprete a aplicação das diversas outras existentes”.

“A eficácia *erga omnes* confere à decisão uma força obrigatória geral, determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumpridor de preceito fundamental), a sua não aplicação pelos tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado, sempre que confrontado com uma situação que poderia ensejá-lo”¹²⁰. Não esquecendo que a parte da decisão que proporciona a eficácia *erga omnes*, é tão somente o seu dispositivo, ou seja, a sua conclusão. O próprio art 10 § 2.º, determina a publicação apenas da parte dispositiva.

Desta forma, graças a este efeito, o legislador ficará impedido de editar novas normas com o mesmo conteúdo daquela declarada como lesiva a preceito fundamental. Aos juízos e tribunais restará afastado o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que estarão vinculados à decisão do Supremo Tribunal Federal. E finalmente, as autoridades administrativas, não poderão aplicar a norma declarada incompatível com o preceito fundamental, devendo pautar sua conduta pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal. É exatamente esta uniformização, o objetivo primordial do controle concentrado de constitucionalidade, na busca de maior segurança jurídica nas decisões.

Questão de maior relevo, e que tem causado maiores polêmicas, diz respeito ao efeito vinculante, sem previsão constitucional, inserido pelo art. 10 § 3.º da Lei 9882/99 e à manipulação dos efeitos da decisão final, a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art 11 da mesma lei, que assim determina:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, 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”.

Ora, tanto o efeito vinculante, quanto esta manipulação temporal dos efeitos da decisão foram criados pelo legislador ordinário. Não havia qualquer previsão

¹²⁰ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Op. cit. p. 172.

constitucional para tais efeitos da decisão em sede de argüição de descumprimento. Isto demonstra que ambos os dispositivos são de duvidosa constitucionalidade.

Neste sentido, colaciona Ingo Wolfgang Sarlet:

“O efeito vinculante em sede de controle abstrato, 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. De outra parte, constata-se, com base em experiências oriundas do Direito Comparado, que o efeito vinculante e a flexibilização dos efeitos da declaração proferida pela Corte Constitucional – notadamente quanto a sua amplitude e conseqüências – ou encontra-se expressamente prevista na Constituição, ou foi regulamentada em Lei, neste caso todavia, por expressa delegação da Constituição”¹²¹

Este autor prossegue, afirmando que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal postergar no tempo para além das alternativas *ex-tunc* e *ex-nunc*, os efeitos da decisão, constitui fator de grande insegurança jurídica e institucional. Ilustrativamente nos traz o seguinte exemplo, em sede tributária:

“apenas com a fórmula razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (e por que não 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 determinado tributo, mesmo sendo manifestamente inconstitucional poderá continuar sendo cobrado por meses, quem sabe por anos. Assim o contribuinte – apesar de ver reconhecido 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 isso, já que – em virtude do efeito vinculante e a depender de sua amplitude e rigor – também não adiantará recorrer às instâncias judiciais inferiores) a continuar pagando pelo prazo que vier a ser fixado pelo Tribunal!”¹²²

De acordo com Roberto Mendes Mandelli Junior¹²³, o ato do Poder Público que descumpre preceito fundamental deve ser declarado inconstitucional, implicando esta declaração nulidade do ato impugnado, que produz efeitos *ex-tunc*, ou seja, retroativos ao momento da edição ou realização do ato, posto que não são admitidos como válidos os efeitos produzidos por ato nulo, contrário à Constituição. Segundo este autor, trata-se de uma declaração, e como tal, gera a nulidade do ato *ab initio*. O provimento pretendido nas ações que provocam o controle concentrado de constitucionalidade é declaratório e não desconstitutivo. A natureza do provimento vincula os efeitos temporais das decisões. O processo declaratório tem por objetivo a

¹²¹ In. ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 158.

¹²² Idem. Também neste sentido Elival da Silva Ramos In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p.125.

¹²³ Op. cit. p. 177.

declaração da existência ou inexistência de um estado, no caso, de um descumprimento de preceito fundamental por um ato do Poder Público, o qual é preexistente ao provimento judicial que reconhece o vício. Portanto reconhecida pelo STF a lesão de preceito fundamental, o ato responsável por esta lesão é nulo desde seu nascimento, pois não podem ser reconhecidos como válidos os efeitos produzidos pelo ato declarado inconstitucional.

Importante ainda neste sentido a contribuição de Ives Gandra Martins, que fez parte da Comissão Especial que elaborou o ante-projeto da Lei 9882/99:

“Embora as decisões tomadas pela Comissão tenham sido quase sempre consensuais, em um ponto divergi de meus ilustres colegas Arnoldo Wald, Celso Bastos, Oscar Corrêa e Gilmar Mendes, qual seja, na extensão dada ao art. 11. Este artigo, nitidamente afronta a tradição do Direito brasileiro de que a norma ou é constitucional ou não é. Sendo dedicado a disciplinar a declaração final de inconstitucionalidade – pois se refere ao processo de argüição de preceito fundamental –, o dispositivo fere o Direito brasileiro e a própria orientação da Suprema Corte de que as normas são constitucionais e têm eficácia, ou são inconstitucionais e não têm eficácia. Se uma norma tiver sido afastada do cenário jurídico nacional pelo vício maior da inconstitucionalidade, não há como considerar seus efeitos válidos, como se constitucional fosse no passado ou – o que é pior – mantê-los com validade ainda por certo período de tempo, como ocorre no Direito germânico, de conformação diversa do Direito brasileiro.”¹²⁴

Em sentido contrário, Sérgio Resende de Barros,¹²⁵ afirma que:

“o apego à separação de poderes clássica impediu ver que, quando o Supremo julga da constitucionalidade das lei, nessa função ele é tribunal constitucional e, como tal, profere decisões político-jurídicas, as quais – por serem assim – devem e podem ter seus efeitos graduados e modelados no tempo e no espaço, bem como em sua compreensão e extensão, conforme a necessidade político-social que as enforma.”¹²⁶

Prosegue o mesmo autor, para concluir que por insistirmos e persistirmos na idéia de que o ato inconstitucional é um natimorto, possuindo a decisão que o declara como tal, o efeito meramente declaratório e necessariamente *ex tunc*, acabamos por criar um “nó górdio” no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Preferimos nos filiar à primeira corrente, que parece ser maioria em nossa doutrina, concluindo que ao atribuir efeito vinculante, e possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a manipulação dos efeitos da decisão, em sede de argüição de

¹²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. In. ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p.178 e 179.

¹²⁵ In. ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p.189 e 191.

¹²⁶ No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. In MEIRELLES Hely Lopes. Op. cit. p. 357.

descumprimento de preceito fundamental, o legislador ordinário acabou por interferir direta e significativamente no âmbito do controle difuso e incidental. Interferência esta, flagrantemente inconstitucional, uma vez que não havia qualquer previsão no texto original de nossa Carta Magna, que permitisse ao legislador ordinário, estabelecer efeito vinculante, eficácia *ex nunc*, ou ainda eficácia *pro futuro*, da decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

CONCLUSÃO

1. Apoiados nos postulados de Hans Kelsen, e levando em conta a tendência dos Estados modernos em conferir à Constituição status de norma fundamental do sistema, e como tal fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, não poderíamos deixar de tratar a questão referente à supremacia constitucional. Nossa carta constitucional é formal, escrita e foi elaborada de uma só vez por órgão dotado de poder constituinte. É também rígida, exigindo requisitos especiais para alteração de seu texto, e protegendo determinados direitos, colocando-os como intangíveis pelo poder reformador. Desta feita, qualquer ato, normativo ou não, que venha a ferir de alguma forma a Constituição, deve ser passível de controle, a ser realizado por um ou mais órgãos competentes para o exercício do controle de constitucionalidade.

2. Considerada como lei fundamental do sistema, a Constituição exige a existência de mecanismos aptos a garantir a sua supremacia, verificando a adequação formal e material do direito infraconstitucional. A primeira forma de controle de constitucionalidade conhecida por nós, foi o controle difuso, introduzido pela Carta Constitucional de 1891. Com forte influência norte americana, esta forma de controle de constitucionalidade consiste na possibilidade de apreciação de uma questão constitucional incidente, por qualquer juiz ou tribunal, vinculando à decisão apenas as partes, não gerando efeitos *erga-omnes*. A outra forma de controle de constitucionalidade, introduzida no Brasil pela Constituição de 1934, inspirada nos modelos austríaco e alemão, foi o controle concentrado, a ser realizado por via de ação principal, por uma Corte Constitucional, e cuja decisão proferida gera efeitos vinculantes com eficácia *erga omnes*.

3. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi prevista pela primeira vez em nosso ordenamento, na Constituição de 1988, e buscou sua inspiração no *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, o *Beschwerde* do direito austríaco e o *Recurso de Amparo* do direito espanhol.

4. Uma vez que a Constituição foi muito sucinta a respeito do novo instituto, coube ao legislador ordinário determinar quais seriam os limites e as possibilidades

do novel instituto. Tal regulamentação ocorreu apenas em 1999, através da Lei 9882/99.

5. Infelizmente, nesta época havia uma preocupação muito grande com o que se chamava de “guerra de liminares”, inclusive se amoldando ao intuito do Governo Federal de neutralizar liminares concedidas contrárias à privatização da Vale do Rio Doce. Exatamente neste contexto surgiu a preocupação de encontrar uma maneira de diminuir esta guerra, através do preenchimento de lacunas deixadas pelo controle concentrado de constitucionalidade. Desta forma percebemos que a regulamentação do instituto acabou por servir mais como forma de facilitação da governabilidade, do que como meio de proteção de preceitos fundamentais feridos por atos do Poder Público.

6. A partir da promulgação desta lei, a doutrina procurou classificar a argüição de descumprimento em duas grandes modalidades, a argüição autônoma, que seria uma forma de controle objetivo de atos do Poder Público lesivos a preceitos fundamentais, e a argüição incidental, que proporcionaria um controle concentrado, concreto, a ser realizado incidentalmente protegendo um direito subjetivo da parte lesada.

7. A regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental veio para preencher lacunas deixadas pelo controle de constitucionalidade. Antes da lei 9882/99, não era possível a realização de qualquer tipo de controle sobre: atos normativos municipais frente à Constituição Federal, atos normativos anteriores à Constituição de 1988, e finalmente, atos não normativos realizados pelo Poder Público e que venham a ferir preceitos fundamentais.

8. Alguns autores entendem que a lei 9882/99 estabeleceu uma espécie de filtro para o conhecimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, “ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional”. Porém, não nos filiamos a tal posicionamento, por entendermos que a controvérsia da qual se discute o descumprimento de preceito fundamental, será sempre relevante.

9. Discutida na doutrina, foi também, a questão referente à subsidiariedade da argüição de descumprimento, em relação às demais formas de controle de constitucionalidade. Apesar de algumas vozes no sentido de considerar a argüição

como principal, nos casos de lesão a preceitos fundamentais, a maior parte da doutrina, entende, e assim também entendemos, que a própria lei 9882/99, determinou expressamente em seu art. 4.º, que não será admitida a argüição, quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Cabe ressaltar porém que não é suficiente a existência de outro meio, mas sim que este meio seja realmente eficaz.

10. A introdução de uma forma incidental e concentrada de controle de constitucionalidade, através da previsão da argüição incidental pela lei 9882/99, causou preocupação a alguns juristas. É verdade que o direito comparado prevê o incidente de inconstitucionalidade, que permite que qualquer cidadão que tenha direito fundamental seu lesado, transporte a questão constitucional diretamente à Corte Constitucional, para que esta resolva a questão prejudicial. Porém, nos países que prevêm esta forma de controle, não é adotado o controle de constitucionalidade difuso. Ademais, a legitimidade para a propositura do incidente é aberta. Entre nós, o art. 2.º, inc. II e § 2.º foram vetados pelo Presidente da República, sob o argumento de excessiva elevação do número de feitos a reclamar apreciação do Supremo Tribunal Federal. Através deste veto, os legitimados para a argüição incidental passaram a ser os mesmos da argüição autônoma, o que acabou por desnaturar completamente o instituto.

11. Alguns autores entendem ter ocorrido uma aproximação muito grande entre a regulamentação dada à argüição de descumprimento de preceito fundamental, e a antiga advocatória. Porém, não vamos tão longe. Entendemos que enquanto na advocatória o Supremo Tribunal Federal poderia julgar a causa, na argüição de descumprimento caberá a ele julgar apenas a questão prejudicial, devolvendo o processo ao juízo de origem para que julgue o mérito da causa.

12. Caso a interpretação dada à ADPF sirva de proteção de medidas governamentais, ao invés de meio de proteção dos direitos individuais do indivíduo, estaria criado um verdadeiro “incidente de inconstitucionalidade às avessas”.¹²⁷

13. Ao lado do veto à legitimação ampla para a propositura da argüição, e ao objetivo de combate à “guerra de liminares”, talvez o que demonstre com maior clareza os verdadeiros objetivos dos elaboradores da lei 9882/99, seja a redação dada

¹²⁷ MANDELLI JUNIOR. Roberto Mendes. Op. cit. p. 93.

ao seu art. 11: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, 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”. Ora, ou um ato é inconstitucional, e como tal deve ser declarado, ou é constitucional, e poderá continuar surtindo seus efeitos. Manipular os efeitos de uma ato declarado inconstitucional, é ferir a Constituição, e atribuir um caráter muito mais político do que jurídico à argüição de descumprimento. Ainda mais se esta manipulação é inserida por meio de lei ordinária. Se a inconstitucionalidade é declarada, e não constituída, os efeitos necessariamente deveriam ser *ex tunc*, e não *ex nunc*, e muito menos manipuláveis *pro futuro*.

14. Entendemos portanto, que apesar da tentativa do legislador ordinário, e do Presidente da República, de desnaturar o instrumento da argüição de descumprimento de preceito fundamental; através de uma interpretação constitucional da lei 9882/99, na busca de efetivação máxima dos direitos e garantias fundamentais, se faz possível sim, uma utilização efetiva do instituto. Talvez para isto, a melhor solução seja seguir as lições de Roberto Mendes Mandelli Junior¹²⁸, no sentido de não permitir que através da argüição de descumprimento de preceito fundamental, se declare a constitucionalidade de um ato, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, mas tão somente a sua inconstitucionalidade. Seria a melhor forma, em nosso entender, de dar maior efetivação ao instituto na defesa dos direitos fundamentais, e de dificultar a sua utilização, em prol da governabilidade.

¹²⁸ Idem. P. 110. “Para a argüição, portanto, diferentemente do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade genérica e com a ação declaratória de constitucionalidade, não se pode pretender dar natureza dúplice ou ambivalente, pois esta pretende verificar o descumprimento, tão somente, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. **O Nó Górdio do Sistema Misto**. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001

BARROSO, Luís Roberto. **Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In SARMENTO, Daniel (organ.) **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora**. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 4. t. III.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. vol. 6.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. Campinas: Millennium, 1998. vol 4.

MARTINS, Ives Gandra. **Descumprimento de Preceito Fundamental: eficácia das decisões**. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: comentários à lei 9868/99, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Mandado de Segurança**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto**. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Comentários à Lei n.º 9882/99 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

POLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: delineamento do instituto**. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos.** In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Da Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental.** Tese de doutorado. São Paulo: PUC, 2000.

_____. **Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei.** In ROTHEMBURG, Walter Claudius. TAVARES, André Ramos (organ.). **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei 9882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.