

Universidade Federal do Paraná
Setor de Ciências Jurídicas
Curso de Especialização em Direito Público com ênfase em Direito
Administrativo

A suposta subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental e as demais vias de controle jurisdicional da constitucionalidade

Curitiba, janeiro de 2005.

Adriana Vanessa Rabelo

A suposta subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental e as demais vias de controle jurisdicional da constitucionalidade

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista.

Curitiba, janeiro de 2005.

Adriana Vanessa Rabelo

A suposta subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental e as demais vias de controle jurisdicional da constitucionalidade

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo, da Universidade Federal do Paraná, sob coordenação do Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima e orientação da Prof. Dra. Regina Maria Macedo Nery Ferrari.

Curitiba, janeiro de 2005.

Sumário

<i>Introdução</i>	7
<i>Capítulo I - A natureza jurídica da argüição de descumprimento de preceito fundamental</i>	9
<i>Capítulo II - Delimitação e abrangência da argüição</i>	
2.1. Conceito de preceito fundamental.....	12
2.2. As normas credenciadoras da argüição.....	15
2.3. Preceito fundamental e princípios fundamentais.....	18
<i>Capítulo III - A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a sua localização constitucional</i>	21
3.1. A frustrada ampliação da tutela dos direitos fundamentais.....	22
<i>Capítulo IV - O princípio da subsidiariedade e a interpretação do art. 4, parágrafo 1, da Lei n. 9.882/99</i>	25
<i>Capítulo V - A argüição de descumprimento de preceito fundamental e as demais ações constitucionais</i>	30
5.1. Ação direta de inconstitucionalidade genérica.....	32
5.2. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva.....	34
<i>Capítulo VI - Objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental</i>	
6.1. Leis e atos normativos	
6.1.1. Direito pré-constitucional.....	35
6.1.2. Controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal.....	39

6.1.3. Atos normativos secundários (infralegais).....	44
6.2. Atos não normativos	
6.2.1. Atos políticos.....	45
6.2.2. Interpretação ou aplicação do Regimento Interno das Casas do Congresso Nacional.....	47
6.2.3. Atos de particulares.....	48
<i>Conclusões</i>	49
<i>Bibliografia</i>	52

Resumo

O presente trabalho objetivou traçar os principais contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com destaque para o seu aspecto material. Para tanto, discorreu-se sobre a delimitação e abrangência do novo instituto, especialmente com relação às divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do conceito de preceito fundamental, salientando-se a necessidade de uma interpretação em conformidade com a Constituição. Por outro lado, fez-se necessário discorrer sobre as normas credenciadoras da arguição e estabelecer a diferença entre preceitos, regras e princípios constitucionais. Em seguida, fez-se uma breve análise da real aplicabilidade do instituto na atual conjuntura política-constitucional, perquirindo-se acerca de uma possível ampliação da tutela dos direitos fundamentais ou da criação de mais um instrumento de defesa da Constituição Federal. Em contrapartida, salientou-se as mazelas decorrentes de uma interpretação literal e excessivamente restritiva do art. 4, parágrafo 1, da Lei n. 9.882/99, a qual, conduz, equivocadamente, à preponderância do princípio da subsidiariedade em detrimento da especificidade do instituto com relação aos demais instrumentos de controle de constitucionalidade no sistema pátrio. A fim de conferir ênfase a tal questão, principal enfoque do presente trabalho, diferenciou-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental das demais ações constitucionais, ressaltando-se a sua especificidade com relação a estas. Em seguida, indicou-se os principais objetos sindicáveis por meio desta ação, dentre eles o direito pré-constitucional, a lei e atos normativos municipais, os atos infralegais, os não normativos, os políticos, os legislativos e os de particulares. Do exposto, evidenciou-se a necessidade de repensar a aplicabilidade e extensão do instituto, conferindo-lhe a importância merecida, de modo a afastar antigos dogmas e preconceitos. Em contrapartida, conclui-se no sentido de que é preciso superar a resistência jurisprudencial ainda presente quanto ao novo instituto, a fim de que seja possível explorar as suas virtudes.

Introdução

O presente estudo tem por escopo demonstrar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, introduzida no texto constitucional pela Emenda n. 3, de 17.03.1993 e regulamentada pela Lei n. 9.882/99, não é meramente subsidiária com relação à ação direta de inconstitucionalidade, vez que é dotada de especificidade com relação a esta.

Para tanto, não se pode prescindir de uma correta hermenêutica dos dispositivos legais e, principalmente, do termo "preceito fundamental", privilegiando-se a interpretação conforme à Constituição, sob pena de tornar sem eficácia este importante instrumento de controle de constitucionalidade.

É certo que o controle de constitucionalidade por violação a preceito fundamental pode ser realizado por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, esta se dá através de um sistema repressivo.

Já no tocante à argüição de descumprimento de preceito fundamental, faz-se necessário enfatizar que não se trata de mais um mecanismo de tutela, equivalente àquele já existente, uma vez que permite tutelar, inclusive, a ameaça a preceito fundamental.

Ademais, a sua infinita abrangência em face da ação direta de inconstitucionalidade, é ressaltada pelo parágrafo único, do art. 1, da Lei n. 9.882/99, o qual permite o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos anteriores à Constituição Federal, até então considerado mera hipótese de revogação.

A amplitude da argüição de descumprimento de preceito fundamental, especialmente no que se refere à sua regulamentação infraconstitucional, ainda enfeixa a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal, circunstância até então vedada pela via direta e relegada à via de exceção ou de defesa.

Com a presente investigação científica procura-se enfatizar a abrangência da argüição de descumprimento de preceito fundamental, especialmente com relação às semelhanças e diferenças em face da ação direta de inconstitucionalidade, bem como

delimitar qual mecanismo de tutela é mais adequado para o controle da constitucionalidade.

As implicações de tal investigação transcendem, inclusive, os dispositivos da lei infraconstitucional (Lei n. 9.882/99), especialmente com relação à relevância da controvérsia constitucional, a qual não se restringe apenas ao preceito fundamental, ampliando os limites da arguição previstos na Constituição Federal.

Não obstante, a interpretação que tem sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal a tal mecanismo de tutela é extremamente restritiva, esvaziando seu conteúdo e destituindo-a do sentido que o legislador constitucional pretendeu conferir-lhe, razão pela qual se faz necessário estabelecer a sua exata abrangência e extensão, diferenciando-a e dotando-a de especificidade em face da ação direta de inconstitucionalidade.

Capítulo I

A natureza jurídica da argüição de descumprimento de preceito fundamental

Antes da regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a qual se deu através da Lei Federal n. 9.882/99, instalou-se grande controvérsia doutrinária acerca da natureza do novo instituto.

Assim, a argüição de descumprimento de preceito fundamental foi inserida dentre os instrumentos de combate à inconstitucionalidade por omissão, foi equiparada, ainda, ao recurso constitucional do direito germânico.

Contudo, pode-se dizer que a argüição de descumprimento de preceito fundamental se apresenta, em verdade, como uma ação constitucional destinada ao controle concentrado da constitucionalidade, não se restringindo apenas aos atos normativos, mas também a qualquer ato do Poder Público que ameace ou lese preceito fundamental.

Ao analisar o art. 102, parágrafo 1, da Constituição Federal, Juliano Taveira Bernardes assevera que em razão dos efeitos abstratos de sua decisão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental em muito se assemelha aos institutos processuais do controle concentrado de constitucionalidade¹.

Em sentido diverso, porém, é o entendimento adotado por Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Gálias de Souza Vargas, segundo os quais, o dispositivo constitucional insere a ação no controle concentrado de constitucionalidade das leis, que difere do controle abstrato, embora o pressuponha².

Trata-se de um instituto bivalente, vez que se situa na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal, podendo evidenciar um caráter processual autônomo (equivalente a uma ação sumária) na hipótese em que a argüição tenha por fim evitar a lesão de preceito fundamental por ato do Poder Público (art. 1, *caput*, da Lei n. 9.882/99) ou versar sobre questão prejudicial, de forma incidental numa causa em

¹ *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*, Revista Jurídica Virtual, n. 8, jan. 2000, p. 01.

juízo, aplicável quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição.

Pode-se concluir que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação autônoma, a qual visa a declaração de invalidade de atos do Poder Público atentatórios a preceitos fundamentais da Constituição ou, simplesmente, a concessão de uma ordem ao órgão competente do Poder Público, para que se abstenha de praticar um determinado ato reputado lesivo a tais preceitos.

O instituto, nos moldes do art. 1, *caput*, da Lei n. 9.882/99, é dotado de eficácia reparatória ou preventiva quanto à lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

Por outro lado, tal como assevera Elival da Silva Ramos, existe a possibilidade de cabimento da arguição como incidente processual nos feitos para cujo deslinde seja relevante a interpretação de preceito fundamental da Constituição. A medida poderá ser proposta por alguns dos órgãos, entidades ou autoridades arroladas no art. 103 da Constituição Federal, de tal sorte que, previamente à decisão definitiva da causa, o Supremo Tribunal Federal, incidentalmente, fixe a interpretação e as condições de aplicação do preceito fundamental em tela, cuja decisão vinculará o Juiz ou Tribunal quando da entrega da prestação jurisdicional no caso concreto.

O parágrafo 3, do art. 10, da Lei n. 9.882/99 prevê que a decisão final terá eficácia "erga omnes" e efeito vinculante quanto aos demais órgãos do Poder Público.

Não obstante, a eficácia do instrumento, em sede de incidente processual, encontra-se na dependência da concessão de medida liminar pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes do parágrafo 3, do art. 5, da Lei n. 9.882/99, no sentido de determinar a suspensão do andamento do processo, bem como, desde logo, o efeito de decisão judicial eventualmente já proferida, desde que ainda não tenha transitado em julgado. Com isso, o legislador infraconstitucional excluiu a possibilidade de efeitos rescisórios.

² A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária, Revista Jurídica Virtual, n. 8, jan. 2000, p. 01.

Independentemente da ausência de previsão legal, no caso de a arguição ser intentada incidentalmente, existindo, porém, prévia decisão judicial em fase recursal, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, se divorciada da sentença ou acórdão quanto à interpretação ou aplicação do preceito fundamental sob análise, terá efeitos cassatórios, restituindo-se os autos ao órgão emissor da decisão reformada para nova manifestação, na oportunidade, com a observância dos limites traçados pelo Supremo Tribunal Federal.

Capítulo II

Delimitação e abrangência da argüição de descumprimento de preceito fundamental

2.1. Conceito de preceito fundamental

A delimitação da esfera de abrangência do termo “preceito fundamental” é de suma importância para a compreensão da argüição de descumprimento. Não obstante tenha o legislador constitucional albergado tal expressão tão-somente no art. 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.

O texto legal, ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, conferiu à doutrina e jurisprudência incansável tarefa no sentido de precisar o conteúdo e extensão do vocábulo, vez que o termo não foi aclarado nem pela norma constitucional, nem pelo legislador ordinário regulamentador.

Tal situação, contudo, longe de encerrar uma crítica ao texto legal, demonstra que o constituinte agiu com acerto, vez que somente a situação concreta é capaz de evidenciar quais os preceitos “fundamentais” que poderiam ser tutelados pela argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse passo, é oportuno salientar a lição de Daniel Sarmento, quando o ilustrado autor afirma que: “Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição”³.

Em contrapartida, em que pese a ausência de uniformidade doutrinária quanto à interpretação do que seja preceito fundamental, faz-se necessário trazer à lume os posicionamentos de alguns constitucionalistas, a fim de coibir restrições ou elastérios extremos, incompatíveis com a própria finalidade do instituto.

Numa acepção semântica da norma constitucional, convém salientar a interpretação de Maria Garcia que, calcada na redação literal do parágrafo primeiro do

³ “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

art. 102 da Constituição Federal: "descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição (...)", assevera o seguinte:

"(...) o termo decorrente (decursivo, derivado, conseqüente, segundo o Dicionário Aurélio) faz concluir, primeiramente, pela possibilidade de localização do preceito externamente à Constituição. Porquanto, se é decorrente da Constituição não deveria estar, necessariamente, contido na Constituição. Não expressamente. E, neste particular, obrigatória se torna a lembrança do disposto no parágrafo segundo do art. 5, que admite a existência de 'outros direitos e garantias', além daqueles expressos na Constituição, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (ou dos tratados internacionais firmados)"⁴.

Tal interpretação, conta com o aval, ainda, de Sergio Resende de Barros quando afirma que: "(...) um preceito que decorre da Constituição não precisa, necessariamente, nela ser visto ou estar previsto, mas pode ser ou estar simplesmente implícito"⁵.

A questão, contudo, é vista sob outro prisma pela maioria dos doutrinadores, segundo os quais a Lei Fundamental, ao instituir que relevantes são os preceitos decorrentes desta Constituição, estendeu somente a abrangência do dispositivo àqueles que estão inseridos no bojo da Carta Magna.

Por outro lado, é certo que não só os preceitos explícitos, mas também os implícitos são objeto de proteção por meio da argüição de descumprimento, vez que dotados de normatividade e, portanto, de observância obrigatória.

Assim, a análise das dimensões semântica e pragmática do enunciado da Constituição, calcado no estado democrático de Direito condiciona o horizonte interpretativo.

Ao buscar delinear os preceitos fundamentais André Ramos Tavares manifesta-se nos seguintes termos:

"Ademais, já que se trata de proteger pela argüição os preceitos constitucionais fundamentais, e não meros preceitos constitucionais, importa averiguar e controlar de perto o maior número de atos que os infrinjam, realizando, dessa sorte, uma fiscalização

⁴ *Argüição de descumprimento: direito do cidadão*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 32/99 - 106.

⁵ "O nó górdio do sistema misto". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180-197.

mais eficiente em seu raio de ação. Daí poder se realizar, pela arguição, o controle dos atos normativos editados anteriormente a atual constituição, dos atos normativos municipais e de todos os demais atos estatais, como se verá⁶.

O referido autor, ao tratar da questão referente ao significado de fundamentalidade dos preceitos, ainda afirma que "(...) é preciso afastar, de imediato, a possibilidade de que preceito fundamental seja toda e qualquer norma contida na lei fundamental. Se teoricamente essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quanto ao vigente sistema constitucional, por motivos que atendem à lógica⁷".

⁶ "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei", In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 42.

⁷ *Ibidem*, p. 52.

2.2. As normas credenciadoras da argüição

As normas credenciadoras da argüição devem, pois, revestirem-se do caráter de “fundamentalidade” porque se erigem em normas essenciais à estrutura social e estatal estabelecidas pelo constituinte originário que, uma vez subtraídas do texto, geram uma lacuna no conjunto posto.

Sob esse aspecto convém ressaltar o rol das “especificidades identificadoras do sentido e alcance do atributo normativo-constitucional da fundamentalidade”, conforme leciona Carlos Antonio de Almeida Melo:

a) refere-se a normas que se reportam às estruturas básicas do Estado Democrático de Direito, que embora estejam concentradas nos artigos 1º. a 17, não se exaurem neste elenco;

b) abrange, também, normas que disponham sobre estruturas básicas da sociedade, como família, educação, cultura e outras:

Partido deste esboço, os preceitos fundamentais podem ser divididos em duas espécies:

1ª- de natureza subjetiva, quando se refere a direitos que estão relacionados a dimensão dos indivíduos, protegendo valores que consagram a vida, a liberdade e a dignidade;

2ª- de natureza objetiva, quando seu conteúdo se refere ao interesse da coletividade e sociedade, enfim, a valores que expressam a generalidade do interesse público”⁹.

Nesse sentido, a extensão da fundamentalidade, embora albergue praticamente todo o texto constitucional, cinge-se às normas concernentes à estrutura basilar do Estado Democrático de Direito e da sociedade.

Assim, o primeiro passo para o intérprete é constatar se a norma contemplada diz respeito à estrutura do Estado ou da sociedade e, após, se a norma serve de suporte para a estrutura a que se vincula.

Não é demais ressaltar, ainda, que a questão resvala no conceito de constituição material, de modo que, exemplificativamente, o contido no artigo 92 da Constituição Federal erige-se em preceito fundamental, mas já o conteúdo do artigo 93, embora se refira à estrutura do Poder Judiciário, é composto de matéria infra-constitucional, ressalvado o disposto nos incisos IX, X e XI.

É razoável concluir, portanto, que ao menos os direitos fundamentais enunciados no artigo 5º., bem como as denominadas “cláusulas pétreas” (artigo 60, parágrafo 4º., da Constituição Federal) erigem-se em preceitos fundamentais bem como, os “princípios sensíveis”, cuja violação autoriza a intervenção federal ou estadual (artigo 34, inciso VII); acrescentando-se ainda os já referidos princípios fundamentais traduzidos em fundamentos (artigo 1º.), objetivos (artigo 3º.) e princípios retores das relações internacionais (artigo 4º.).

Salutar a abordagem de Elival da Silva Ramos que procura alargar a compreensão de preceitos fundamentais, estabelecendo um catálogo exemplificativo:

“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 mecanismos de participação política por meio de 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 alberguem os direitos e garantias fundamentais. Grosso modo, são essas, também, as matérias-sede dos princípios cujo menoscabo é autorizador de intervenção federal, como se pode verificar do confronto com o disposto no artigo 34, inciso VII da Constituição”⁹.

É certo, porém, que não há uniformidade doutrinária também no que tange a identificação dos preceitos fundamentais passíveis de constituir objeto da arguição. Não obstante, em que pese a divergência de opiniões, não se pode deixar de registrar as lições a seguir destacadas.

Gilmar Ferreira Mendes aponta os direitos e garantias individuais (artigo 5º., principalmente, entre outros)¹⁰, enquanto, José Afonso da Silva confere maior extensão aos direitos e garantias fundamentais (título II da Constituição Federal)¹¹.

Já Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Gálias de Souza Vargas elencam como fundamentais “os princípios e regras basilares da Constituição”, dentre os quais se

⁸ *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o horizonte interpretativo da constituição*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. vol. 36, ano 33. Síntese Editora, 2001, p. 126-127.

⁹ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto”. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 124.

¹⁰ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128.

¹¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 530.

inserem a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais¹².

Luiz Alberto David Araújo, em breve passagem, leciona que preceito fundamental "(...) seria o conflito que estivesse ferindo os princípios fundamentais inscritos nos artigos 1º. a 4º., constantes do título I da Constituição Federal"¹³.

Já nas palavras de Cibele Fernandes Dias e Clèmerson Merlin Clève "os preceitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantem a identidade da Constituição"¹⁴.

¹² *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária*. Revista Jurídica Virtual n. 8, jan 2000, p. 1, disponível no site <http://www.planalto.gov.br>.

¹³ *Curso de Direito Constitucional*, 4ª. edição. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52.

¹⁴ "Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, Adércio Leite (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 4.

2.3. Preceito fundamental e princípios fundamentais

É digno de registro que qualquer pretensão no sentido de igualar a expressão preceito fundamental e princípios fundamentais não passa de flagrante equívoco, pois a simetria entre eles não é perfeita. Nem todos os preceitos fundamentais são princípios e nem todos os princípios são preceitos. Os princípios erigem-se em preceitos somente quando apresentam latente fundamentalidade.

Nesse passo, cumpre ressaltar a colocação de Jerzy Wróblewski, ao asseverar que "a termos diferentes não se deve atribuir o mesmo significado. Essa diretriz pressupõe que a linguagem legal carece de sinonímia"¹⁵.

Por outro lado, excluir as regras da noção de preceito fundamental implicaria em fazer tábula rasa do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Não obstante a sua baixa abstratidade, as regras devem se apresentar como vigas mestras da ordem constitucional, tais como aquelas que declaram ou reconhecem direitos concretos dos cidadãos tidos como fundamentais ou instituem órgãos constitucionais ou lhes traçam a competência e o campo de atuação.

Registra André Ramos Tavares que uma simples regra pode revestir-se da qualidade de preceito fundamental na medida em que se apresenta como crucial, vital dentro do sistema jurídico pátrio, embora sem chegar a alcançar o patamar de um princípio, dado a sua baixa abstratividade por se tratar de uma regra. Nem por isso se deixa de compreender algumas regras como cardeais dentro do sistema¹⁶.

Logo, ao hermeneuta não é dado restringir a amplitude do termo preceito, identificando-o somente com os princípios, nem tampouco, somente com as regras. Caso o constituinte visasse essa similaridade o faria de forma expressa. Portanto,

¹⁵ *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Reimp. Trad. Arantxa Azurza; Rev. por Juan Igartua Salaverría. Madri: Civitas, 1998, p. 48, t.a., apud "Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 51.

¹⁶ "Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50-53.

preceito é um termo que abrange, como restou esclarecido, as duas espécies normativas.

Digna de registro é a tese de Oscar Dias Corrêa acerca do tema, vez que, na condição de integrante da comissão elaboradora do anteprojeto da Lei n. 9882/99 pontificou, no voto proferido na Ação Direta de Preceito Fundamental 01 que:

"Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obedientes a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo possível. Está na sua discricção indicá-los¹⁷".

Apesar do Ministro Corrêa ter registrado que os contornos jurídicos de preceito fundamental devem ser extraídos da ordem jurídica, de forma mais ampla possível, apresenta algum princípios que, desde logo, podem ser indicados como essenciais, vale dizer, são todos aqueles que:

"(...) pelo próprio texto não podem ser objeto de emenda, deliberação e menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político: os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativo, (...)"¹⁸.

Nessa questão, Walter Claudius Rothenburg, em lapidar preleção, afirma que:

"Somente a situação concreta, no momento dado, permitiria uma adequada configuração do descumprimento a preceito fundamental da Constituição. Qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva; e a restrição agravada pela interpretação restritiva que um rol taxativo recomenda. O custo está na dificuldade de reconhecimento, que implica certa dose de discricionariiedade do intérprete/aplicador, o que é inafastável em sede de jurisdição constitucional"¹⁹.

¹⁷ Oscar Dias Corrêa, *apud* Carlos Mário da Silva Velloso, "A argüição de descumprimento de preceito fundamental". Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa. Disponível no site <http://www.stf.gov.br>.

¹⁸ *Idem*, *ibidem*.

¹⁹ "Argüição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 212-213.

Portanto, é certo que a ausência de um rol específico de preceitos fundamentais, não impedem que sejam estabelecidas dentre as normas constitucionais, algumas as quais certamente não se poderia negar a qualidade de fundamentais, em vista da sua basilaridade e essencialidade. Nesse sentido, o magistério de Regina Maria Macedo Nery Ferrari: "A Constituição oferece um conteúdo mínimo a expressão preceito fundamental"²⁰.

²⁰ *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*, p. 182.

Capítulo III

A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a sua localização constitucional

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi incluída dentre as competências originárias do Supremo Tribunal Federal pelo parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal com a seguinte redação: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal, na forma da lei".

Já em 1993, a Emenda Constitucional n. 3 acrescentou novo parágrafo ao citado artigo, inseriu vírgulas no parágrafo único e transformou-o em parágrafo primeiro, conferindo ao dispositivo em comento a redação ora transcrita:

"Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

Parágrafo 1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo STF, na forma da lei. (...)".

A emenda, como visto, manteve intacta a natureza do dispositivo, norma declaratória de princípio institutivo, de eficácia limitada e pendente de regulamentação por lei ordinária, a qual adveio somente em 03/12/1999, sob o n. 9.882, estabelecendo normas sobre o processo e julgamento deste instrumento da jurisdição constitucional.

Segundo José Afonso da Silva:

"A norma constitucional dependente de legislação também entra em vigor na data prevista na constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência da lei integrativa. A distinção não é acadêmica. Tem consequências práticas de relevo. Pois tais normas, desde que entrem em vigor, são aplicáveis até onde possam, devendo notar-se que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão-só para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade".²¹

²¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.130.

É certo que antes da edição da Lei regulamentadora o Supremo Tribunal Federal rejeitava processar arguição de descumprimento de preceito fundamental, vez que a exigência de lei formal era prevista pelo texto constitucional.²²

A criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental inseriu no ordenamento jurídico brasileiro um instituto cotejado por alguns autores ao recurso constitucional germânico e ao recurso de amparo espanhol²³.

Já Gilmar Ferreira Mendes aproxima a arguição de descumprimento de preceito fundamental da "writ of certiorari" do direito norte-americano.

3.1. A frustrada ampliação da tutela dos direitos fundamentais

A primordial idéia do instituto, a par das polêmicas instaladas entre os constitucionalistas, perpassou pela ampliação da tutela dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, tanto que a idéia, embora incorporada ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional foi vetada pelo Presidente da República quanto ao direito conferido a "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (art. 2, II) para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

²² a respeito, a ementa ora transcrita: "101157. JCF.102.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: art. 102, parágrafo 1., da CF/88. Decreto estadual de intervenção em Município. Arts. 4 da Lei de Introdução ao CC e art. 126 do CPC. 1. O parágrafo 1 do art. 102 da CF/88 é bastante claro ao dispor: 'a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo STF, na forma da lei'. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, caput). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (art. 48 et seq. da CF). 5. E nem se trata aqui de mandado de injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a lei de que trata o parágrafo 1, do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5, LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, sub judice, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4, da LICC, segundo o qual 'quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, para resolver lide inter partes. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito'. 7. De resto, para se insurgir contra o decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo STF (STF, AgRg em Pet 1.140-7/TO, Plenário, rel. Min. Sydney Sanches, DJU 31.05.1996, Juris Síntese Millenium, CD-ROM)".

²³ MORAES, Alexandre de. "Comentários à lei n. 9.882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.15.

Nesse passo, as razões consignadas para o veto cingiram-se à afronta ao interesse público, vez que a medida ensejaria o ajuizamento de um número elevado de feitos, desprovidos de relevância social e consistência jurídica, inviabilizando a funcionalidade do Supremo Tribunal Federal. Ademais, entendeu o Chefe do Poder Executivo que o amplo rol de legitimados pela Constituição Federal garante a veiculação e seleção das questões constitucionais de maior relevância e consistência, tomando-se desnecessária a amplitude inicialmente desejada.

Assim, convém reproduzir as razões do veto:

"(...) a inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo STF, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas."²⁴

Inferese, portanto, das razões ora transcritas, que o Chefe do Executivo receava que a possibilidade de qualquer indivíduo manusear este instituto congestionasse, sobremaneira, o Supremo Tribunal Federal com uma sobrecarga de processos, dos quais muitos sequer possuiriam correlata relevância jurídica ou interesse público na fiscalização abstrata da constitucionalidade.

Em que pese tais argumentos não se pode deixar de destacar as críticas tecidas por Maria Garcia, a qual entende que o instituto deve ensejar a participação direta do cidadão brasileiro no controle da constitucionalidade dos atos normativos, razão pela qual a regulamentação do dispositivo constitucional não atendeu a sua finalidade, carecendo de novo regulamento²⁵.

Não se pode olvidar, portanto, que tal situação ensejou que a Lei n. 9.882/99 viesse a regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental como mais um instrumento de defesa da Constituição Federal do que de defesa dos direitos fundamentais, voltado, ainda, ao predomínio do controle concentrado de constitucionalidade.

²⁴ Mensagem n. 1807, publicada no Diário Oficial em 06.12.1999, p. 10, seção I.

²⁵ *Arguição de descumprimento: direito do cidadão*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 105-106, jul/set. 2000.

Em que pese tais circunstâncias, o Projeto de Lei n. 17, de 1999, foi parcialmente sancionado, recebendo a forma da Lei n. 9.882/99, publicada no dia 03/12/1999, data em que entrou em vigor.

Capítulo IV

O princípio da subsidiariedade e a interpretação do art. 4, parágrafo primeiro, da Lei n. 9.882/99

O art. 4, parágrafo 1, da Lei n. 9.882/99 traz expressa vedação quanto à possibilidade de se propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando existir qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Convém acentuar, contudo, que uma leitura excessivamente literal desse dispositivo conduziria à aplicação pura e simples do princípio da subsidiariedade, vigente no direito alemão e no direito espanhol. Não obstante, tomando por base o ordenamento jurídico brasileiro, a adoção de tal princípio, divorciado do contexto da ordem constitucional, implica em solapar desse instituto qualquer aplicação prática, já que ao contrário dos sistemas alemão e espanhol, o controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro e a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental está vinculada à higidez da ordem constitucional e não à defesa de situações jurídicas específicas.

Assim, uma leitura mais atenta do dispositivo propicia um enfoque objetivo do instituto, afastando-o da simplista, mas não menos deletéria, interpretação no sentido de que, se cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade (por ação ou inação) ou Ação Direta de Constitucionalidade, descabida a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesse sentido, vale consignar o entendimento de Walter Claudius Rothenburg, ao asseverar o seguinte:

“(...) quando o objeto também for passível de ação direta de inconstitucionalidade, em vez de subsidiariedade, haverá preferência para a arguição, em função da maior importância da norma constitucional violada (preceito fundamental) e da relevância que venha a ser reconhecida no caso à questão constitucional”²⁶.

²⁶ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.225.

Não é outro o entendimento adotado por André Ramos Tavares, ao alertar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental "(...) não é instituto de caráter residual em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais) e é essa a razão de sua existência"²⁷.

Portanto, o autor sustenta, com altivez, que a argüição conclama todos os casos em que se constate o descumprimento de uma norma constitucional fundamental, de modo que, em se tratando de preceitos fundamentais, independentemente do objeto controlado, as controvérsias porventura constatadas serão inteiramente absorvidas pelo novel instituto.

Outrossim, a norma do parágrafo 1, do art. 4, da Lei n. 9.882/99 não limita o cabimento da argüição, mas sim o expande. Nesse sentido, mais uma vez a lição de André Ramos Tavares:

"(...) a argüição emerge como instituto confeccionado especificamente para conferir proteção aos preceitos fundamentais, destacando-os daquela proteção realizada para as demais normas constitucionais. Bem a compreendeu Gilmar Ferreira Mendes ao ponderar que a nova ação 'introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade'. E, ainda, de maneira enfática, sublinha o autor: 'O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade'²⁸.

Não se pode olvidar, portanto, que a argüição não é mero instituto de caráter "residual" quanto aos demais mecanismos de controle da constitucionalidade, de modo que resta inadmissível restringir o seu cabimento apenas àquelas hipóteses em que o legislador infraconstitucional não vislumbrasse outra medida hábil para combater determinada lesão.

Nesse passo, não é demais registrar que a lei não pode restringir as hipóteses de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental quando estas já vêm traçadas pela própria Constituição.

²⁷ "Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.45.

²⁸ Idem. Ibidem.

Assim não fosse, forçoso seria concluir que o legislador infraconstitucional restringiu indevidamente mecanismo de controle de constitucionalidade criado pelo constituinte originário, tornando subsidiário instituto que é específico, razão pela qual deve preponderar o princípio da especificidade e não o da subsidiariedade.

Contrária a tal entendimento é a posição adotada por Zeno Veloso, segundo o qual a arguição é "remédio excepcional, último, extremo" e, tratando-se de uma ação subsidiária, afirma que "não há como deixar de concluir que sua utilização será possível em casos muito raros e limitados"²⁹.

Já Gilmar Ferreira Mendes sustenta que:

"(...) a simples existência de ações ou de outros recursos processuais - vias processuais ordinárias - não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, a mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia"³⁰.

Não há dúvida que será tanto maior a possibilidade de incongruências interpretativas e jurisprudenciais quando decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos, de modo que, ao menos em homenagem ao preceito fundamental da segurança jurídica, recomenda-se uma hermenêutica mais complacente da exigência legal, admitindo-se o ajuizamento da ação especial toda a vez que seja necessária uma solução imediata da controvérsia para repelir aplicações incongruentes, capazes de pôr em risco o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva.

Desse modo, ao contrário do que sustenta Zeno Veloso, conforme a citação acima transcrita, a existência de outras ações e recursos processuais não pode obstar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vez que, conforme salientado, a multiplicação de processos e decisões acerca de um referido tema constitucional exige, na maioria das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, capaz de resolver de forma definitiva e abrangente a controvérsia, motivo pelo qual não há que se vincular a cláusula da subsidiariedade ao princípio da exaustão das instâncias, especialmente num modelo pluralista de jurisdição constitucional.

²⁹ *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 306.

Por outro lado, a sustentar a preponderância da especificidade sobre a subsidiariedade, surge a relevância do interesse público, fórmula esta que se encontra implícita no sistema legislativo pátrio, especialmente em virtude do caráter objetivo do instituto.

É legítimo, portanto, concluir que o juízo de subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental restringe-se às hipóteses em que não sejam cabíveis as ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e, desde que não se vislumbre meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, definitiva e imediata.

Já nas demais hipóteses, é nítida a especificidade do instituto, ou seja, quando se fala em controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nos conflitos acerca do direito pós-constitucional, é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vez que inadmissível a ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, pode-se cogitar da aplicação específica da arguição de descumprimento de preceito fundamental quando se pretende a declaração de constitucionalidade de lei estadual ou municipal, cuja legitimidade seja questionada pelo juízo "a quo".

Da mesma forma, não se pode prescindir da arguição de descumprimento de preceito fundamental quando dos conflitos relativos ao princípio da legalidade (lei e regulamento), cuja controvérsia não pode ser veiculada mediante controle direto de constitucionalidade.

Digno de nota é o comentário do Ministro Carlos Velloso a respeito do princípio da subsidiariedade:

"Praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o STF der interpretação literal, rigorosa, ao parágrafo 1, do art. 4, da Lei n. 9.882/99, a arguição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o STF, na construção da doutrina dessa arguição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição

³⁰ *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: demonstração da inexistência de outro meio eficaz*, In: Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, jun./2000.

Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis, nem seria suportável pelo Supremo Tribunal, dado que temos mais de cinco mil municípios³¹

A conclusão do Ministro da Suprema Corte revela, por seu turno, fundada preocupação com a utilidade e aplicabilidade do instituto se aplicado restritivamente o princípio da subsidiariedade:

"A questão, ao que penso, não está solucionada em definitivo e o STF certamente voltará ao tema, devendo considerar, repito as palavras ditas anteriormente, que, praticamente, sempre existirá, no controle difuso, ações e recursos que poderiam ser utilizados a fim de sanar a lesividade. Para que serviria, então, a arguição de descumprimento de preceito fundamental?"³².

³¹ *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, disponível no site: <http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discurso-homenagem.htm>.

³² *Ibidem*, mesma página.

Capítulo V

A arguição de descumprimento de preceito fundamental e as demais ações constitucionais

O sistema pátrio conta com as seguintes ações constitucionais aptas a provocarem o controle abstrato da constitucionalidade das normas: ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da Constituição Federal), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2, da Constituição Federal), ação direta de constitucionalidade (art. 103, parágrafo 4, da Constituição Federal), ação direta interventiva federal (art. 36, I a IV, da Constituição Federal), ação direta interventiva estadual (art. 35, I a IV, da Constituição Federal) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo 1, da Constituição Federal e Lei n. 9.882/99). Esta, conquanto tenha natureza de uma ação direta para o Supremo Tribunal Federal destina-se ao controle "in concreto" de normas, equiparando-se à dinâmica do controle concentrado pela via da provocação da questão prejudicial.

Convém destacar que todas as ações supra elencadas visam a provocar o exercício da jurisdição constitucional e congregam as características a seguir expostas.

As ações constitucionais destinam-se à tutela da própria ordem constitucional, pois não visam à produção de norma individualizada. O exercício da função jurisdicional não está voltada à tutela de direito subjetivo.

Via de consequência, trata-se de uma ação sem partes, sem contraditores, e que, como tal, se desenvolve através de um processo objetivo e que não tem outro escopo senão a defesa da ordem fundamental.

Tendo em vista que com a propositura da ação provoca-se a jurisdição constitucional, através de um processo objetivo, não se admite pedido de desistência, assistência ou litisconsórcio, à exceção do litisconsórcio ativo facultativo entre os próprios legitimados.

As ações constitucionais ainda se revestem de caráter dúplice, ou seja, o pedido versa sobre a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei ou ato normativo, mas se o Supremo Tribunal Federal julgar improcedente a ação

proposta, poderá declarar, respectivamente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, em flagrante contraposição, portanto, ao pedido.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, não se vincula aos fundamentos deduzidos na ação, podendo, conforme alerta Gilmar Ferreira Mendes, decidir à base de outros, nos moldes do princípio "iura novit cura"³³.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, guarda determinadas distinções com relação às demais ações do controle de constitucionalidade das leis, já que, ao contrário das demais, propicia também a impugnação de atos concretos, o que jamais esteve no âmbito de incidência das ações genéricas de controle de constitucionalidade.

Por outro lado, a argüição de descumprimento de preceito fundamental ao estender-se a circunstâncias sujeitas à fiscalização abstrata de constitucionalidade não implica em qualquer confusão de objetos com as demais ações constitucionais, pois, conforme salienta André Ramos Tavares "(...) as ações tradicionais de controle de constitucionalidade perderam parte de seu objeto para a argüição que, ademais, contemplou hipóteses outras que, embora relacionadas ao controle de constitucionalidade, nunca estiveram no espectro daquelas ações e, assim, encontravam-se fora do alcance do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro"³⁴.

³³ *Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado*. *Ajuris*, ano XXVI, n. 76, dez. 1976, p. 28-29. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade - aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 248-249.

³⁴ "Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.46.

5.1. Ação direta de inconstitucionalidade genérica

Eventual superposição de objetos entre a argüição de descumprimento de preceito fundamental (na sua modalidade direta) e a ação direta de inconstitucionalidade, conforme alerta Walter Claudius Rothenburg, não conduz à coincidência dos institutos³⁵.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, embora possua alguns pontos de semelhança com a ação direta de inconstitucionalidade, dela destoa por ter cabimento de forma preventiva (evitar lesão a preceito fundamental) ou corretiva (para reparar a lesão provocada), dirigindo-se contra ato do Poder Público, colhendo, neste particular, maior abrangência, pois se estende a um vasto rol de atividades e autoridades, inclusive as de natureza jurisdicional e, sob este prisma, a argüição de descumprimento de preceito fundamental alberga uma seara não abrangida pela ação direta de inconstitucionalidade, a qual é cabível apenas frente a leis ou atos normativos federais ou estaduais.

Com relação ao objetivo, convém salientar que a ação direta de inconstitucionalidade cinge-se apenas à expulsão da lei ou ato inconstitucional do ordenamento jurídico, enquanto a argüição de descumprimento de preceito fundamental, com a declaração de inconstitucionalidade, tem por escopo pedidos de natureza preventiva e corretiva em relação aos preceitos fundamentais, buscando mais que o expurgo da norma.

É certo, ainda, que na matéria em que tiver cabimento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, também será viável a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, quando a pretensão tiver por fundamento evitar ou reparar lesão oriunda de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade não encontrará guarida, pois somente poderá ser proposta contra lei ou ato normativo federal ou estadual em face de qualquer norma constitucional, buscando expurgá-la do ordenamento jurídico, enquanto a argüição de

³⁵ "Argüição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.232.

descumprimento de preceito fundamental refere-se tão-somente a preceitos fundamentais, em busca de prevenção ou reparação de lesão.

Em contrapartida, a argüição inclui o âmbito municipal nos embates entre leis e atos contrários à Constituição Federal, o que não é possível sob o prisma da ação direta de inconstitucionalidade, conforme assente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que pese tal inclusão restringir-se aos preceitos fundamentais.

Sob outro vértice, a argüição dá ensejo a que sejam questionados atos do Poder Público anteriores a 1988, estendendo seu alcance que não mais se encontra adstrito à vigência do atual texto constitucional.

Contudo, a efetivação de uma perfeita dissociação entre os dois institutos de controle da constitucionalidade, ora em confrontação, dependerá sobremaneira do modo como o Supremo Tribunal Federal interpretar o sentido de *relevante fundamento da controvérsia constitucional*, conforme previsão do art. 1, parágrafo único, da Lei n. 9.882/99.

Os atos normativos primários, sejam federais ou estaduais e, ainda, que sob a forma omissiva, podem ser objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental ou da ação direta de inconstitucionalidade, tal como mencionado alhures. Porém, a adoção do princípio da subsidiariedade viria em detrimento da argüição, redundando na sua inaplicabilidade aos casos de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual, ou seja, o que o art. 1, parágrafo 1, inciso I, havia considerado como objeto da argüição, o parágrafo 1, do art. 4, retiraria³⁶.

Havendo concorrência entre a argüição e a ação direta de inconstitucionalidade, aquela deve preferir a esta, vez que seu campo de incidência é mais restrito e específico, versando sobre o descumprimento de preceito fundamental e exigindo-se a relevância do fundamento da controvérsia constitucional.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental tem cabimento também na hipótese de omissão, aplicando-se à concorrência entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a argüição em sua forma direta as mesmas

³⁶ "Argüição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 232.

considerações supra. Ainda com mais razão aqui, deve sobressair a especificidade sobre a subsidiariedade da argüição, vez que esta não possui as restrições do art. 103, parágrafo 2, da Constituição Federal, pois o art. 10, *caput*, da Lei n. 9.882/99, confere à argüição de descumprimento de preceito fundamental a possibilidade de fixar as condições e o modo de interpretação a aplicação do preceito fundamental.

5.2. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

Da intersecção entre a ação direta interventiva e a argüição de descumprimento de preceito fundamental extrai-se que a primeira possui como legitimado ativo apenas o Chefe do Ministério Público, tendo como objeto atos do Poder Público que violem os ditos “princípios sensíveis” (art. 34, inciso VII, da Constituição Federal), já a segunda possui múltipla legitimação ativa, a teor do disposto no art. 2, inciso I, da Lei n. 9.882/99, tendo por objeto atos do Poder Público violadores de preceito constitucional fundamental, objetivando a invalidação do ato ou o reconhecimento da omissão, além da fixação das condições e do modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (arts. 10 e 11 da Lei n. 9.882/99).

Não é demais frisar, ainda, que a ação direta de inconstitucionalidade interventiva não está vinculada ao princípio da subsidiariedade, sustentado com relação a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Capítulo VI

Objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

6.1. Leis e atos normativos

6.1.1. Direito pré-constitucional

A Constituição Federal de 1988 não trata expressamente da questão da recepção do direito infraconstitucional anterior à sua promulgação, silenciando, também, no que se refere à verificação da constitucionalidade do direito pré-constitucional.

Já as Constituições pátrias de 1891, 1934 e 1937 estabeleciam “cláusulas de recepção” que, a exemplo das Constituições de Weimar e de Born, continham as seguintes disposições:

- “a) assegurava-se, de um lado, a vigência plena do direito pré-constitucional;
- b) estabelecia-se, de outro, que o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem perdia a vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição”³⁷.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, à luz da Constituição Federal de 1988, adotou entendimento no sentido de que o controle abstrato de normas cinge-se à mensuração da constitucionalidade de normas pós-constitucionais.

Já a colisão entre norma pré-constitucional e a Constituição solucionava-se através da aplicação do princípio “lex posterior derogat priori”, de direito intertemporal, e que se resolveria no âmbito do controle incidente de normas.

A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustenta que não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo anterior à Constituição Federal, circunstância esta passível de mera revogação e não de inconstitucionalidade superveniente, adotando-se um critério cronológico de resolução de antinomias, e não hierárquico³⁸.

Já na vigência da atual Constituição a questão foi exaustivamente discutida na Adin n. 2, em que figurou como relator o Ministro Paulo Brossard, cuja tese prevaleceu, mantendo-se a histórica jurisprudência sustentando a simples revogação.

³⁷ BARBALHO, João. Constituição federal brasileira: comentários. Rio de Janeiro, 1902, p. 356.

³⁸ conforme assevera Daniel Sarmento. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.94.

Por sua vez, o Ministro Sepúlveda Pertence defendeu a aplicação do princípio da supremacia da Constituição à lei pré-constitucional³⁹.

Já a Lei n. 9.882/99 contrapõe-se ao entendimento até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal, admitindo expressamente como objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental a análise do direito pré-constitucional. Com isso, a legislação infraconstitucional põe termo a uma antiga contenda, preenchendo o vácuo até então existente no sistema brasileiro de controle abstrato de normas, complementando o controle concentrado de constitucionalidade e fazendo-o em perfeita sintonia com a jurisdição constitucional no direito comparado⁴⁰.

Nesse aspecto, a inovação legislativa conta com dois argumentos de peso. Primeiro, a aplicação do princípio "lex posterior derogat prior" somente encontra guarida diante de duas normas de idêntica densidade normativa, ou seja, apenas uma norma constitucional, destinada a substituir outra norma constitucional, poderá fazê-lo. Idêntico entendimento aplica-se ao conflito de leis ordinárias no tempo.

Inviável, contudo, cogitar-se que a norma infraconstitucional possa sobreviver em contraposição à Lei Fundamental, pois neste caso, constata-se um caso de falta de fundamentação ou de validade.

Nesse passo, convém salientar as lições de Jörn Ipsen sobre o tema:

"As regras de colisão da ordem jurídica não representam juízos lógicos *a priori*, mas normas que, juntamente com outras regras de interpretação e de aplicação, podem ser designadas como 'direito de aplicação' (*Rechtsanwendungsrecht*). Sua contingência histórica já foi ressaltada inúmeras vezes. O postulado da *lex superior* é fruto do moderno pensamento constitucional, enquanto o princípio da *lex posterior* é consequência do pensamento jurídico racional. (...) A lei posterior pode ser, simultaneamente, uma lei geral, o que permite indagar se a lei especial ou a lei posterior há de ter a primazia. Esses problemas de aplicação do direito não se deixam solver de forma abstrata; (...) Tem-se, assim, que a regra sobre a força derogatória da *lex posterior* refere-se a uma constelação totalmente diferente daquela pertinente à supremacia do postulado da *lex superior*.

Questão relativa à aplicação da *lex prior* ou da *lex posterior* somente pode surgir no caso de normas de idêntica densidade normativa. Se duas leis, para situações idênticas, determinarem consequências diversas, estará o aplicador do direito diante do

³⁹ conforme Adin n. 2, Rel. Paulo Brossard, DJ 12.02.1992. Ver, tb, PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos. Arquivos do Ministério da Justiça n. 180 (jul/dez. 1992), p. 148 (170).

⁴⁰ Na Alemanha, em Portugal, na Itália e na Espanha é admissível o controle abstrato de constitucionalidade do direito anterior à Constituição. A propósito, ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3 ed. Madri: Civitas, 1988, p. 83-94.

problema sobre a aplicação da Lei 'A' ou da Lei 'B', se o conflito não puder ser solvido mediante interpretação (redução teleológica ou extensão). A decisão não fica ao seu alvedrio, devendo, segundo o postulado da *lex posterior*, deixar de aplicar a lei anterior e decidir a questão segundo os parâmetros da lei posterior.

Outra é a situação quando se tem um conflito entre lei e Constituição. A Constituição estabelece, freqüentemente - seja nos direitos fundamentais, nos princípios constitucionais ou nas disposições programáticas -, apenas assertivas gerais que reclamam concretização para que possam desenvolver eficácia normativa. Se o juiz ou outro aplicador chegar à conclusão de que a lei contraria a Constituição, não poderá ele aplicar, indiscriminadamente, a Constituição em lugar da lei, uma vez que, a despeito de qualquer esforço, dificilmente se logra extrair da Constituição uma regulação positiva sobre situações específicas. (...) Enquanto a regra de colisão relativa à *lex posterior* pressupõe duas leis contraditórias de idêntica densidade normativa, surge na contradição entre a lei e a Constituição um déficit normativo: a *lex superior* não logra colmatar diretamente as lacunas surgidas. (...). Pode-se avançar um passo: Quando se cuidar da colisão de normas de diferente hierarquia, o princípio da *lex superior* afasta outras regras de colisão. A utilização de uma ou de outra regra de colisão poderia levar ao absurdo de permitir que a lei ordinária - enquanto lei especial ou posterior - afastasse a incidência da Constituição enquanto lei geral ou *lex prior*⁴¹.

Assim, não é demais ressaltar que havendo uma diversidade hierárquica entre as normas, não pode o hermeneuta utilizar pura e simplesmente o brocardo que enuncia que a regra posterior revoga a anterior. Caso contrário, a questão redundaria no absurdo entendimento de que a lei ordinária posterior poderia revogar norma advinda diretamente do texto constitucional.

Havendo colisão entre normas que se encontrem em degraus hierárquicos diversos, o postulado da lei superior afasta outras regras de colisão. Conforme já asseverado, falta validade à norma infraconstitucional que esteja em desconformidade com a lei fundamental, por falta de fundamentação.

O segundo argumento hábil a amparar a novel legislação, diz respeito às regras disciplinadoras do recurso extraordinário no direito brasileiro, através do qual se reforça a defesa do controle de constitucionalidade das normas anteriores à Constituição vigente, através da via concentrada.

Disciplinam as alíneas "a", "b", e "c", do inciso III, do art. 102 da Constituição Federal, que o recurso extraordinário só será admitido quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

⁴¹ *Rechtsfolgen der Verfassungsgidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden Baden, 1980, p. 164, apud MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, p. 165-166.

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição.

Diante do texto constitucional, infere-se que o instituto em comento foi concebido pelo constituinte para salvaguardar a Constituição vigente. Tal intenção é inequívoca diante da expressão “desta Constituição” aposta no dispositivo, em suas alíneas “a” e “c”.

Já do teor da alínea “b” extrai-se que a Constituição aceita como declaração de inconstitucionalidade a decisão que realizar juízo de compatibilidade entre tratado e lei federal e a lei fundamental. Frise-se que tal dispositivo não tece qualquer diferenciação entre direito pré e pós-constitucional, o que leva à conclusão de que a solução, no caso em tela, não decorre das regras de direito intertemporal.

Basta que a decisão recorrida declare, em única ou última instância, a inconstitucionalidade de norma editada antes da Constituição Federal de 1988, para que seja viável o controle de constitucionalidade pela via incidental, concretizada pela possibilidade de interposição do recurso supremo.

Com base nos argumentos supra delineados, afigura-se recomendável, a fim de afastar eventuais incongruências do sistema constitucional pátrio, que o controle abstrato de normas seja estendido ao direito pré-constitucional, tal como fez o art. 1, parágrafo único, da Lei n. 9.882/99.

Desse modo, sempre que se verificar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição em face de preceito fundamental desta, quaisquer dos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, podem ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Não há dúvida que a solução em foco preencheu um vácuo no sistema constitucional brasileiro, de tal modo que controvérsias relevantes relativas ao direito pré-constitucional sejam solucionadas pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia geral e efeito vinculante⁴².

⁴² conforme afirma Gilmar Ferreira Mendes. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.141-142.

Não é demais dizer que a reiterada posição do Supremo Tribunal Federal acerca da fiscalização dos atos anteriores conduz a decisões conflitantes e à injustificável demora na uniformização da solução dos feitos levados a julgamento.

6.1.2. Controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal

A arguição de descumprimento de preceito fundamental trouxe inovação de relevo ao propiciar o exercício do controle concentrado de constitucionalidade sobre leis e atos normativos municipais e distritais.

Até então, o sistema constitucional brasileiro não albergava a possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Federal, propiciando-se, tão-somente, o controle difuso e o abstrato em face das constituições estaduais, realizado pelos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 125, parágrafo 2, da Constituição Federal).

Para melhor compreensão do tema, não se pode deixar, primeiramente, de traçar um esboço do controle do direito municipal antes da referida inovação.

Antes da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela Lei n. 9.882/99, os delineamentos do controle de constitucionalidade de leis municipais baseava-se na forma de controle (concreto ou abstrato) e no parâmetro utilizado como fonte de validade (Constituição Federal ou Constituição Estadual).

Quanto ao método difuso próprio da via de defesa ou exceção, convém distinguir os casos em que a impugnação da inconstitucionalidade da lei municipal dá-se em função da Constituição Federal ou Constituição Estadual.

Em se tratando de afronta da lei municipal à Lei Fundamental nacional, é certo que as decisões emanadas dos Tribunais inferiores podem culminar com a interposição de recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, atentando-se, porém, para os requisitos de admissibilidade elencados no art. 102, inciso III, da Constituição Federal.

Contudo, vislumbrando-se ofensa de lei municipal à Constituição do Estado-membro, as decisões oriundas dos órgãos judiciais inferiores são revistas somente pelo Tribunal de Justiça do respectivo ente federado. Nesse passo, o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal através da súmula n. 280, veda a interposição de recurso extraordinário por ofensa ao direito local.

Quanto ao controle concentrado, referente à via direta, na qual a inconstitucionalidade de lei municipal é argüida em tese, abstratamente, e não incidentalmente, no decorrer de uma demanda, urge diferenciar as hipóteses de violação da Constituição Estadual e Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da autonomia federativa, vez que confere ao Poder Constituinte dos Estados-membros a competência para criar mecanismos de defesa de suas Constituições, por meio do controle concentrado, pela via direta, visando verificar abstratamente a conformidade das leis locais (estaduais e municipais).

Assim, existe a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em tese, por meio de ação direta, da lei estadual ou municipal frente à Constituição Estadual.

No caso em tela, pode-se vislumbrar um conflito entre lei municipal e norma exclusiva da Constituição do ente federativo. Tal situação, de conformidade com as afirmações inerentes ao controle difuso, deve ser solucionada, em última instância, pelo Tribunal de Justiça, cuja decisão, contudo, não autoriza o manejo do recurso extraordinário.

Situação diversa afigura-se quando a invalidade do dispositivo normativo municipal ocorre em relação à regra ou princípio constitucional estadual, que reproduz o texto da Constituição Federal.

Nesse aspecto, convém distinguir as normas de reprodução obrigatória e as normas de imitação⁴³.

As normas ditas de reprodução obrigatória devem ser observadas compulsoriamente pelo constituinte estadual. Ao passo que as normas de imitação

⁴³ classificação de HORTA, Raul Machado. "Poder Constituinte do Estado-membro". Cfr. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 404.

revelam uma opção do ente federativo que, no exercício de sua autonomia, reproduziu a solução adotada pelo Constituinte originário.

Clèmerson Merlin Clève assevera que “apenas as primeiras podem ensejar, no caso de deficiente interpretação, a interposição de recurso extraordinário. As segundas, configurando normas constitucionais estritamente estaduais servem de parâmetro definitivo e único para aferição de validade dos atos normativos e das leis estaduais”⁴⁴.

Resta, portanto, a análise de uma última configuração viável. O Supremo Tribunal Federal não permite a análise da constitucionalidade de lei municipal através de ação direta de constitucionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes assevera que a ausência de previsão constitucional representa “o silêncio do legislador constituinte”, o qual há de ser interpretado como “expressa vontade de restringir o controle de constitucionalidade abstrato ao modelo explicitamente definido no Texto Magno”⁴⁵.

Com o advento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o panorama mudou significativamente, vez que a controvérsia pode ser aferida abstratamente pelo Supremo Tribunal Federal quando a norma tida por violada erija-se em preceito fundamental e a controvérsia constitucional seja relevante.

Acerca do tema, contudo, elevam-se vozes contrárias à inovação.

Alexandre de Moraes aduz que estender o controle abstrato de constitucionalidade aos atos normativos municipais implica em inconstitucionalidade, pois viola a vontade do constituinte originário no sentido de restringir tal controle às normas federais e estaduais, tal como prevê o art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal⁴⁶.

Contudo, balizada doutrina contrapõe-se ao entendimento do ilustrado autor, dentre eles Daniel Sarmento, o qual assevera que o constituinte apenas limitou o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade às normas federais e estaduais, mas tal regra, por certo, não se aplica a todos os mecanismos de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Eventual analogia que seja traçada entre a argüição de

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ *Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 319.

⁴⁶ *Direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.616.

descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade não tem o alcance de restringir o controle de atos normativos municipais, pois não é este o entendimento que se extrai do art. 102, parágrafo 1, da Constituição Federal.

A passagem a seguir transcrita resume com precisão o entendimento de Daniel Sarmiento:

"Ao contrário do que afirma Alexandre de Moraes, não se trata, em nosso entendimento, de extensão da competência do Supremo Tribunal Federal por meio de lei, o que efetivamente seria vedado, já que a competência do Supremo Tribunal Federal foi discriminada, de modo exaustivo, pelo texto constitucional. Na verdade, há expressa previsão constitucional da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e a Lei n. 9.882/99 cingiu-se a regulamentar dito instituto, como lhe determinara a Constituição"⁴⁷.

Pode-se cogitar que o controle concentrado não é meio hábil para controlar a conformidade das leis dos milhares de municípios, prevendo-se uma inundação de causas que congestionarão ainda mais a funcionalidade do Supremo Tribunal Federal. Esta assertiva, contudo, não é verdadeira.

Primeiro porque com uma única decisão, dotada de eficácia "erga omnes" o Supremo Tribunal Federal é capaz de firmar o entendimento acerca de determinada matéria e a interpretação de uma norma constitucional essencial, evitando infindáveis demandas de idêntico teor e, conseqüentemente, a demora na prestação jurisdicional e prejuízos à isonomia do jurisdicionado.

Nesse sentido, o magistério de Gilmar Ferreira Mendes:

"Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o Supremo Tribunal Federal aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante.

Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade do Município "A", mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas"⁴⁸.

⁴⁷ "Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.93.

⁴⁸ "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.142.

Em segundo lugar, não é correto supor que o julgamento de arguições de descumprimento de preceito fundamental sobre lei municipal irão sobrecarregar ainda mais os trabalhos do Supremo Tribunal Federal, uma vez que cada julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental evitará um sem número de recursos extraordinários de idêntico teor.

Outrossim, na hipótese de normas do Distrito Federal, desde que editadas no exercício de competência legislativa tipicamente municipal, é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental, permitindo-se, assim, um maior aprimoramento no controle abstrato de normas.

6.1.3. Atos normativos secundários (infralegais)

O controle abstrato de constitucionalidade quanto aos atos normativos secundários inexistia antes do advento da Lei n. 9.882/99, regulamentadora da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Exceção a tal entendimento restringia-se aos regulamentos autônomos, na hipótese em que invadia esfera reservada à lei⁴⁹.

Segundo o entendimento da Suprema Corte a questão inerente aos atos normativos secundários cingia-se à hipótese de ilegalidade ou inconstitucionalidade indireta. Desse modo, o conflito estava excluído da órbita constitucional, pois a antinomia verificava-se entre lei e ato regulamentar.

Nesse sentido foi o entendimento adotado pelo Ministro Celso de Mello, no relatório da Adin 1347-5:

“Se a instrução normativa, em decorrência de má interpretação das leis e de outras espécies de caráter equivalente, vem a positivar uma exegese apta a romper a hierarquia normativa que deve observar em face desses atos estatais primários, aos quais se acha vinculada por um claro nexo de acessoriedade, viciar-se-á de ilegalidade - e não de inconstitucionalidade - , impedindo, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. Precedentes: RTJ 133/69; RTJ 134/559”.

Este posicionamento, contudo, é questionável. Primeiro, porque a utilização indiscriminada de regulamentos pode implicar em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Segundo, porque o princípio da reserva legal conduz à necessidade de lei no caso de imposição de limitação ou restrição a direito fundamental, sob pena de afronta à ordem constitucional.

Clèmerson Merlin Clève tece interessante comentário acerca do tema, sustentando que:

“A posição da Suprema Corte desafia questionamentos. Com efeito, o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição normativa

⁴⁹ nesse sentido: STF. Adin 1258/PR, Rel. Min. Neri da Silveira, j.26/05/1995, DJU 20/06/1997; STF. Adin 1369/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/06/1998, DJU 17/08/1998, assim ementado: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1590/SP, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997”.

autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei, e, mesmo, o da separação dos poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata⁵⁰.

A regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, diante de seu aspecto complementar do sistema de constitucionalidade pátrio, concretiza a possibilidade de realização de controle concentrado - abstrato de constitucionalidade dos atos normativos infralegais, desde que em face de descumprimento de norma constitucional fundamental.

6.2. Atos não normativos

6.2.1. Atos Políticos

Atos políticos ou de governo definem-se como aqueles praticados no exercício de função meramente política, com grande margem de discricionariedade, em direta obediência à Constituição⁵¹.

Nesta classe de atos, incluem-se, exemplificativamente, a concessão de indulto, a iniciativa de lei, convocação de sessão extraordinária do Legislativo, a decretação de intervenção, a declaração de guerra ou celebração de paz, a nomeação de ministros de Estado, a sanção de projeto de lei e o veto político, por contrariedade ao interesse público.

Os atos políticos, conforme se infere, são oriundos do poder público e, assim, podem ser impugnados através de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No entanto, no julgamento da ADPF n 1 (RJ), o Supremo Tribunal Federal rejeitou a ação, que fora proposta pelo Partido Comunista Brasileiro (PC do B) contra veto parcial imotivado do Prefeito do Rio de Janeiro a projeto de lei aprovado pela

⁵⁰ *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 212.

⁵¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 338).

Câmara Municipal, sob o argumento de que "o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de Poder Público, previsto no art. 1, da Lei n. 9.882/99"⁵².

A orientação em tela, voltada para a impossibilidade de sindicância dos atos políticos, predomina na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, o referido entendimento não parece ser o que melhor atende aos reclamos do ordenamento jurídico pátrio, culminando até mesmo com o enfraquecimento do princípio da supremacia da Constituição.

Quanto ao veto, em especial, cumpre ressaltar que, certamente, seu mérito constitui questão política e, como tal, insuscetível de controle jurisdicional. Já com relação a questão levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal é flagrante a ofensa a preceito constitucional sobre processo legislativo, através do qual se exige a motivação do veto, omitido no caso em comento.

Dessa forma, conclui-se que o intérprete deve atuar restritivamente no que tange ao conceito de ato político, pautando-se, ademais, pelos princípios da supremacia da Constituição e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Assim, havendo um parâmetro minimamente objetivo, o ato político é passível de controle por via jurisdicional, o que não implica em intervenção excessiva no âmbito dos outros poderes.

Sob esse aspecto, Daniel Sarmiento alerta que na hipótese do ato sob apreciação afrontar, de forma manifesta, a Carta Constitucional, a "doutrina da insindicabilidade dos atos políticos" não pode ser invocada⁵³.

Sobre o tema, convém ressaltar a clássica, porém atual, lição de Rui Barbosa:

"Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos Tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando direito nela consagrado"⁵⁴.

⁵² STF. ADPF 1/ RJ, Rel. Min. Neri da Silveira, j. 3/2/2000.

⁵³ "Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.99.

⁵⁴ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.291.

6.2.2. Interpretação ou aplicação do Regimento Interno das Casas do Congresso Nacional

O projeto que resultou na Lei n. 9.882/99 continha dispositivo que estendia o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental “em face da interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal” (art. 1, parágrafo único, inciso II).

Tal decisão, contudo, foi objeto de veto presidencial, alegando-se suposta inconstitucionalidade por ser defeso ao Supremo Tribunal Federal a “intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional”. Isto porque “tais questões constituem matéria ‘interna corporis’ do Congresso Nacional”⁵⁵.

A orientação em tela, porém, não é compatível com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, afastando-se sobremaneira do devido processo legal, já que a questão em apreço cinge-se à regularidade formal das normas jurídicas, matéria esta de interesse de toda a população e não só dos parlamentares⁵⁶.

Entretanto, no intuito de conferir aplicabilidade prática ao dispositivo indevidamente vetado, é possível sustentar a inutilidade do veto presidencial diante da própria desnecessidade da previsão legal, ou seja, ao compreender-se a interpretação e a aplicação dos regimentos internos das Casas Legislativas como atos do poder público, os mesmos estariam incluídos no conceito do *caput* do art. 1, da Lei n. 9.882/99, evidenciando-se, assim, a própria intenção do legislador que, ao que parece, pretendeu ampliar as hipóteses de controle concentrado.

⁵⁵ Mensagem de veto n. 1.807, publicada em 03 de dezembro de 1999.

⁵⁶ nesse sentido, Daniel Sarmento. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.97.

6.2.3. Atos de Particulares

A parte final do art. 1 da Lei n. 9.882/99 faz menção exclusivamente a ato do Poder Público quando se refere à lesão (potencial ou atual) capaz de ensejar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Contudo, há que se ter em mente que não apenas o Estado, mas também os particulares podem dar ensejo a lesões a preceitos fundamentais, especialmente porque o instituto não se restringe aos atos normativos.

Nesse contexto, é certo que a Lei n. 9.882/99 criou uma indevida restrição, não prevista no texto constitucional, impondo-se, portanto, a aplicação de uma interpretação conforme a Constituição, de modo a admitir-se a arguição também na hipótese em que o preceito fundamental seja violado por ato de particular em condições de equiparação a ato do Poder Público.

Em contrapartida, André Ramos Tavares limita a possibilidade de controle de constitucionalidade de ato de particular através da arguição de descumprimento de preceito fundamental à sua modalidade incidental e, desde que observada a relevância da questão debatida⁵⁷.

Outrossim, o referido autor sustenta a necessidade de reforma da lei regulamentadora, asseverando que os atos particulares contrários à Constituição devem ser enquadrados no conceito de "ineficácia constitucional" e não nos conceitos de "inconstitucionalidade" ou de "descumprimento", os quais ensejam fiscalização concentrada⁵⁸.

Nesse sentido, convém ressaltar, ainda, a lição de Daniel Sarmento:

“(...) a expressão ato do Poder Público, empregada pelo legislador, deve ser compreendida em seu sentido mais lato, e alcança também, em nosso entendimento, os atos de particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e de serviço público”⁵⁹

⁵⁷ *Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental*. São Paulo, 2000. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 163-164 e 226-227.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ "Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p.91-92.

Conclusões

O sistema pátrio de controle da constitucionalidade aprimorou-se com o advento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, insculpido no art. 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.

Não obstante, por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, declaratória de princípio institutivo, o novo instituto carecia de lei regulamentadora, a qual só veio a lume em dezembro de 1999, através da Lei n. 9.882/99, que dispôs sobre o seu processo e julgamento.

A argüição, tal como delineada pela Constituição Federal e pela Lei n. 9.882/99, aplica-se às hipóteses em que houver violação (descumprimento) de preceito fundamental, erigindo-se em importante instrumento de defesa da ordem constitucional.

O vocábulo preceito, na acepção jurídica do termo, abrange tanto os princípios quanto as regras. Contudo, as normas credenciadoras da argüição devem revestir-se de fundamentalidade, erigindo-se em essenciais para a estrutura social e estatal estabelecidas pelo poder constituinte, de tal sorte que, se forem extirpadas do texto, geram uma lacuna no conjunto posto.

Entretanto, em que pese as divergências doutrinárias acerca da extensão e abrangência do termo, a noção de preceitos fundamentais somente pode ser obtida pela interpretação da própria Constituição.

Desse modo, a argüição passou a abranger parcela que anteriormente era ocupada pelas ações diretas de inconstitucionalidade, atingindo todo ato emanado de quaisquer das esferas do Poder Público, incluídos os atos não normativos e os atos de particulares investidos na função pública.

Sob tal aspecto, convém analisar o disposto no art. 4, parágrafo primeiro, da Lei n. 9.882/99, o qual veda a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental quando existir qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Não obstante, uma leitura meramente literal do citado dispositivo, conduz à aplicação do princípio da subsidiariedade, cuja adoção, divorciada do contexto

da ordem constitucional, implica em subtrair do novel instituto qualquer aplicação prática, conferindo-lhe um caráter residual quanto aos demais mecanismos de controle da constitucionalidade.

Outrossim, cabe consignar que a ação de descumprimento de preceito fundamental trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), justificando-se a preponderância da especificidade sobre a subsidiariedade, sob pena de esvaziar-se a utilidade e aplicabilidade do instituto.

Através da arguição de descumprimento de preceito fundamental é possível a impugnação de qualquer comportamento estatal que afronte preceito fundamental, abrangendo, inclusive, as violações não normativas da Constituição Federal, ou seja, os atos administrativos e até materiais que contrariem o texto constitucional.

Em contrapartida, admite-se a arguição com relação aos atos normativos municipais e aqueles anteriores à Constituição em vigor, o que era vedado através de ação direta.

O novo instituto conta, ainda, com duas modalidades, sendo uma delas autônoma (art. 1, *caput*, da Lei n. 9.882/99) e a outra incidental (art. 1, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.882/99).

A arguição, erigindo-se em ação autônoma, difere das demais ações constitucionais e, embora possua contornos que lhe conferem semelhança com a ação direta de inconstitucionalidade, dela difere por ter cabimento de forma preventiva ou corretiva, colhendo vasto leque de atividades e autoridades e revestindo-se de natureza preventiva e corretiva.

É certo que por meio dessa nova ação torna-se possível o preenchimento de importantes lacunas até então existentes no sistema pátrio de controle da constitucionalidade, especialmente no que se refere ao controle concentrado das normas municipais, infralegais e anteriores à Constituição.

Entretanto, a efetiva aplicabilidade do instituto encontra-se na dependência da interpretação que seja conferida aos dispositivos legais, a qual

terá de afastar muitos pontos ainda obscuros acerca da nova Lei, o que, deverá suscitar, ainda, muita polêmica.

Em que pese o retraimento do Supremo Tribunal Federal na aplicação do novo instituto, evidenciando-se, por ora, que a arguição tem sido destinada para proteger a governabilidade, descuidando-se a jurisprudência de seu importante papel na tutela dos direitos constitucionais da sociedade em face do Estado, é certo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deve ser analisada sob a égide da vontade constitucional, incumbindo aos operadores do Direito reconhecê-la como importante instrumento em favor do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira: comentários*. Rio de Janeiro, 1902.

BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Aléxis Gálias de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 3, jan./mar. 2000.

.....A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória. *Revista Jurídica Virtual*, n. 8, jan. 2000. Disponível no site <http://www.planalto.gov.br>.

BERNARDES, Juliano Taveira. Lei 9.882/99: arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 13, jan. 2000. Disponível no site <http://www.planalto.gov.br>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed., rev atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, Adércio Leite (coord). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3 ed. Madri: Civitas, 1988.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de constitucionalidade das leis municipais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento: direito do cidadão. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, jul./set. 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o horizonte interpretativo da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. vol. 36. ano 33. Síntese Editora, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 13, jun. 2000. Disponível no site: www.planalto.gov.br.

.....*Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1990.

.....*Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

.....*Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado*. *Ajuris*, ano XXVI, n. 76, dez. 1976.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, Mauro Sérgio. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e o aprimoramento do controle brasileiro da constitucionalidade. *In: Congresso do Ministério Público do Estado do Paraná, 2001. Londrina. O Ministério Público e a cidadania plena: livro de teses. Londrina, PR: Ministério Público; Núcleo de Comunicação Institucional, 2001.*

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

.....*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental*. São Paulo, 2000. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

.....ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa. Disponível no site: <http://stf.gov.br>.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868/99 de 10/11/1999 e 9.888 de 03/12/1999*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.