



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MARIANA DE ALMEIDA OLIVEIRA

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA
APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.882/99**

FORTALEZA
2011

MARIANA DE ALMEIDA OLIVEIRA

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA
APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.882/99**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade Federal do Ceará (UFC),
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Bruno Cunha Weyne.

**FORTALEZA
2011**

MARIANA DE ALMEIDA OLIVEIRA

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA
APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.882/99**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Bruno Cunha Weyne (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Esp. Emanuel Andrade Linhares
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Eric de Moraes e Dantas
Universidade Federal do Ceará - UFC

A Deus, pelo dom da fortaleza. Em Ti, a busca
contínua da sabedoria e do entendimento.

AGRADECIMENTO

A minha família, pelo amor puro e desmedido, e pelo suporte emocional inabalável nos momentos mais difíceis da irrenunciável caminhada da vida.

“Se é verdade que a filosofia não pode existir sem uma base científica, não é menos verdade que todo pesquisador da ciência deve ter uma base filosófica”.

(Leôncio Basbaum)

RESUMO

Esta pesquisa analisa a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instituto do Direito Constitucional, e verifica se o instrumento atende aos objetivos de evitar ou de reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como de solução dos casos (exame in abstracto) em que for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Examina o papel do Supremo Tribunal Federal como órgão apreciador da ação. Descreve as minúcias do processo legislativo de elaboração da lei regulamentadora da ADPF. Identifica os fins para os quais tem sido efetivamente proposta a argüição de descumprimento de preceito fundamental, com fulcro na eficácia ou aplicabilidade jurídica da lei.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Aplicabilidade. Argüição de descumprimento.

ABSTRACT

This research analyses the Fundamental Precept Allegation of Breach as Institute of Constitutional Law, and verifies if the legal instrument meets the objective of preventing or repairing damage to fundamental precept, resulting from government act, as well as solution of cases (in abstract exam) in which is relevant the merits of constitutional controversy over the federal, state, or municipal Law or normative act, including those prior to the Constitution. It examines the role of the Supreme Court as a connoisseur of action. It describes the minutiae of the legislative process of drafting the ADPF regulatory Law. It identifies the purposes for which it has been effectively proposed the petition for Breach of Fundamental Precept, with focus on the legal effectiveness or applicability of the law.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Judicial Review. Applicability, Allegation of Breach.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	10
1.1 Conceitos preliminares.....	10
1.2 Supremo Tribunal Federal	11
1.2.1 O alicerce de uma verdadeira Corte Constitucional	16
CAPÍTULO II – A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL: TRAÇOS GERAIS	19
2.1 A Argüição de Descumprimento como um dos mecanismos do controle concentrado de constitucionalidade	19
2.2 A classificação da norma constitucional do §1º do art. 102 no tocante à aplicabilidade	24
CAPÍTULO III – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	29
3.1 A regulamentação do dispositivo constitucional.....	29
3.2 O parâmetro de aplicabilidade da lei: os preceitos fundamentais	35
3.3 A ADPF e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, veio à baila no cenário jurídico nacional para a supressão de lacunas deixadas pelo legislador constituinte, bem como pelo legífero ordinário quando tratou das ações do controle de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. A norma, ainda incipiente, apesar de contar com mais de dez anos de publicada, provocou várias modificações na estrutura da jurisdição constitucional brasileira, pela redefinição das competências do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Relevou-se o papel do STF, pela admissão da análise abstrata da constitucionalidade do direito ordinário pré-constitucional, do direito municipal contestado diretamente em face da Constituição Federal, e pela tutela dos preceitos constitucionais fundamentais. Possibilitou ainda o controle indireto, de competência exclusiva do Pretório Excelso (controle concentrado), quando de interesse constitucional a questão a ser dirimida.

Apesar do caráter subsidiário da ação e da relativa prudência com que o Supremo Tribunal tem apreciado a Argüição de descumprimento como parte de sua competência de proteção das normas constitucionais, pode-se considerar que o controle de constitucionalidade no Brasil muito amadureceu, pela superveniência de fiscalização específica destinada a salvaguardar os preceitos constitucionais de maior importância para a ordem jurídica pátria.

Neste trabalho, analisar-se-á a Jurisdição Constitucional brasileira, com uma visão especialmente voltada ao Supremo Tribunal Federal, tendo este como órgão responsável pela salvaguarda das normas constitucionais. Deslindam-se os limites de exercício de sua competência, bem como se traça o perfil de um legítimo Tribunal Constitucional.

Examinar-se-á também matéria de grande relevo no direito público: a aplicabilidade das normas constitucionais. Nada mais sensato, já que a lei a ser estudada insere-se no rol da aplicabilidade mediata, indireta e reduzida. A partir dessa investigação, chegar-se-á ao estudo da Argüição de descumprimento de preceito fundamental propriamente dita, nos termos do dispositivo constitucional, desde a regulamentação da lei de processo e julgamento da ação, com as discussões travadas pelos parlamentares no seio do Poder Legislativo organizado à época, até a análise da jurisprudência do STF, com fulcro na eficácia jurídica da norma.

Por fim, demonstrar-se-á o valor desse instituto para fins de garantia efetiva dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO I – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

1.1 Conceitos preliminares

O estudo da Jurisdição Constitucional Brasileira, bem como de seu protagonista, o Supremo Tribunal Federal, exige previamente a análise do termo Instituição.

Conquanto se trate de conceito abstrato, alguns filósofos e doutrinadores ocuparam-se do tema e estabeleceram-lhe definições. De fato, à ausência de identificação própria a cada elemento que conserve estrutura una, ou particular, mas que, ao mesmo tempo, comungue com outro no tocante a certos aspectos, ou seja, que possua “seu eixo analítico no referido conceito¹”, convencionou-se um vocábulo para generalizar, de sorte que, dado o recrudescimento da rede de instituições, exige-se “precisão teórica sobre o que se quer referir tal termo²”

Para Thorstein Veblen (1857-1929), instituições são rotinas de conduta inveteradas na sociedade, em dado momento histórico. Não obstante mais afinadas às ciências econômicas, as contribuições de Veblen mostram-se valiosas para perscrutar as origens da palavra, hoje indistintamente utilizada.

Após essas considerações, atente-se ao que regula a Constituição Federal acerca do STF. No capítulo em que cuida do Poder Judiciário, dispõe em seu primeiro artigo que o Supremo Tribunal Federal é órgão desse poder. Cabe buscar essa significação.

Segundo Miguel Reale, “o Estado é a organização do poder, ou, por outras palavras, [...] *é a sociedade ou a Nação organizada numa unidade de poder*, com a distribuição originária e congruente das esferas de competência segundo campos distintos de autoridade³” (grifo do autor). Já Hans Kelsen aproxima o Estado do Direito:

O Estado é um ordenamento jurídico. Mas nem todo ordenamento jurídico pode ser designado como Estado; só o é quando o ordenamento jurídico estabelece, para a produção e execução das normas que o integram, órgãos que funcionam de acordo com a divisão do trabalho. Estado significa ordenamento jurídico quando já alcançou certo grau de centralização⁴.

¹ CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. **Revista de economia contemporânea**. Rio de Janeiro. v. 6, n. 2, p. 119-146, jul./dez. 2002.

² Ibid.

³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 170.

Encerrada a fase da autotutela⁵, o Estado centralizou-se pelo desenvolvimento de órgãos – “um grupo de indivíduos, qualificado de modo específico” – cujo objetivo era a produção, a execução das normas jurídicas e a realização dos atos coercitivos do Estado⁶.

Os órgãos⁷, juntamente com as entidades e as pessoas – públicas ou privadas – integrantes da máquina estatal, são os responsáveis pelo desempenho das funções administrativas do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello define órgãos públicos como “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado⁸”. O professor Hely Lopes Meirelles afirma que órgãos são “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem⁹”. São dotados de funções, cargos e agentes, mas destituídos de personalidade jurídica.

Vê-se, pois, que órgãos e instituições são entes distintos, apesar de estas serem utilizadas, amiúde, como sinônimos daqueles. O Supremo Tribunal Federal, mais do que dita a letra da Magna Carta, faz parte da organização da Administração Pública brasileira.

1.2 Supremo Tribunal Federal

A expressão *jurisdição constitucional* remete desde logo à idéia de guarda da Constituição. A experiência histórica tem mostrado que a proteção da Lei Maior de um Estado deve ser exercida por um órgão especial, seja ele um tribunal com competências definidas para tanto, seja uma verdadeira Corte Constitucional (grifo nosso).

⁵ “Nas primitivas comunidades jurídicas pré-estatais, a produção das normas jurídicas gerais realiza-se através do costume, ou seja, pela prática de cada um dos seus membros; e nem para o estabelecimento da norma individual e nem para a execução do ato coercitivo existem, originariamente, tribunais centrais. A verificação da situação antijurídica, assim como a realização da consequência antijurídica, é deixada àqueles – protegidos exatamente pelo ordenamento jurídico – cujos interesses foram violados”. Ibid., p. 171.

⁶ “Pode-se mesmo dizer que o progresso da cultura humana, que anda *pari passu* com o da vida jurídica, obedece a esta lei fundamental: verifica-se uma passagem gradual na solução dos conflitos, do plano da força bruta para o plano da força jurídica. Nas sociedades primitivas, tudo se resolve em termos de vingança, prevalecendo a força, quer do indivíduo, quer da tribo a que ele pertence. Ofendido o indivíduo, a ofensa se estende imediatamente ao clã, que reage contra o outro grupo social, numa forma de responsabilidade coletiva” REALE, Miguel, op. cit., p. 75.

⁷ A Teoria do Órgão é a mais aceita para justificar a relação entre o Estado e as pessoas que em seu nome agem. Por essa teoria, o Estado – ou pessoa jurídica de direito público –, tem sua vontade manifestada através de órgãos. Tais órgãos integram a estrutura da pessoa jurídica.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68.

No Brasil, a defesa da Constituição cabe ao órgão que “pontifica a estrutura do Poder Judiciário brasileiro”, conforme assinalou Gérson Marques em recente obra acerca do tema¹⁰.

Na Seção que lhe é dedicada, o legislador constitucional restringiu-se a descrever sua composição e competências originárias e recursais, reservando um parágrafo apenas à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹¹.

No entanto, o órgão de cúpula do Poder Judiciário não surgiu como hoje se o conhece. Relata a História que aos primeiros colonizadores foram concedidos amplos poderes jurisdicionais nas recém descobertas terras.

Depois, com o estabelecimento das Capitanias Hereditárias, esse poder foi transmitido aos governadores das capitanias e aos Ouvidores. Posteriormente, ao Ouvidor-Geral coube a organização judiciária da colônia. Adiante, entre os séculos XVI e XIX, foram criadas as Relações, organismos constituídos por desembargadores, aos quais foi transferida a antiga competência do Ouvidor-Geral.

As raízes do Supremo Tribunal Federal remontam à Constituição do Império do Brasil, que dispunha, em seu art. 163, sobre o Supremo Tribunal de Justiça. Aliás, o constitucionalismo mesmo no Brasil só foi experimentado a partir do período imperial.

Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho¹².

A Constituição de 1824, de marcada inspiração franco-inglesa, não previa, dentre as competências do Supremo Tribunal de Justiça, o controle de constitucionalidade. Cabiam ao Poder Legislativo da época – influência do constitucionalismo francês – as funções de

¹⁰ Na íntegra: “Previsto na vigente Constituição Federal (CF/1988), o Supremo Tribunal Federal (STF) pontifica a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, compondo-se de 11 Ministros (vitalícios), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O Tribunal tem sede em Brasília – DF e seus Ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

¹¹ “O Supremo Tribunal Federal tem a função básica de decidir, em última e definitiva instância, questões de índole constitucional, interpretando a Carta Maior e afastando as normas inferiores a ela ofensivas, no controle concentrado de constitucionalidade das leis e de outros atos normativos [...]”. Ibid., p. 69.

¹² BRASIL. **Constituição do Império do Brasil**, de 26 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 5 maio 2011.

confeção, de interpretação, de suspensão, de revogação das leis e de resguardo da Constituição. O Supremo Tribunal de Justiça limitava-se a dirimir conflitos entre particulares.

Esse Tribunal era integrado por dezessete juízes e foi instalado em 9 de janeiro de 1829, após projeto de lei de Bernardo Pereira de Vasconcelos, tendo subsistido até 27 de fevereiro de 1891. Não detinha, no entanto, competência para o controle dos demais poderes (Moderador, Executivo e Legislativo). Seria já o esperado de uma Monarquia Constitucional de nuances parlamentaristas e absolutistas, na qual um Poder, açambarcado pelo monarca, sobrepunha-se aos demais. A “repartição tetradimensional de poderes”, de Benjamin Constant, disfarçava-se no ainda latente absolutismo.

A segunda fase do constitucionalismo brasileiro, a Primeira República, orientada pelos dogmas norte-americanos do presidencialismo e do federalismo, tornou possível a efetiva organização do Supremo Tribunal Federal, através do Decreto de nº 848, de 11 de outubro de 1890. Aqui, emergiu uma suprema corte “apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder¹³”. Já mencionava o primeiro artigo do decreto que a Justiça Federal brasileira seria exercida “por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados – Juízes de Secção”.

O Supremo Tribunal Federal então estruturado compunha-se de quinze juízes nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. A instalação ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês. Diferente do Judiciário Imperial, o Supremo Tribunal Federal da República elevou-se enormemente no plano político do país. Além das controvérsias individuais, era o responsável por decidir os conflitos advindos de abusos do Executivo e do Legislativo, inclusive quando tais atos contrariavam o texto constitucional.

A terceira e, até agora, última fase do constitucionalismo pátrio, o constitucionalismo do Estado Social, deitou suas bases axiológicas e principiológicas – extraídas da Alemanha – a partir de 1930, mas sua primeira manifestação formal foi a Constituição de 1934. O documento mudou a denominação do Supremo Tribunal republicano para “Corte Suprema” e manteve o número de onze Ministros, alterado previamente na Revolução de 1930. A Constituição de 1937 restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”.

O Ato Institucional n.º 2, de 1965, na Ditadura Militar, aumentou o número de Ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição 1967. Com o Ato Institucional

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 365.

n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.

Posteriormente, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu o número de onze Ministros.

Foi com a Carta Política de 1988 que o STF recebeu a função principal de defesa dos preceitos constitucionais. O STF é, pois, um tribunal constitucional por excelência. Ruy Barbosa assim se expressou diante da missão constitucional do STF: “Fê-lo a Constituição a guarda de sua letra, de seu espírito e de sua honra. O arbítrio do seu destino. Por isso mesmo o erigiu sobre a rocha da *estabilidade* e da *inapenalidade*”¹⁴ (grifo do autor).

O Supremo Tribunal tem sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional. Está acima, inclusive, dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM). É composto atualmente por onze ministros, escolhidos entre *cidadãos de notável saber jurídico* e de *reputação ilibada* (grifos nosso). Devem contar com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade. O art. 12 § 3º, IV, ademais, exige a condição de brasileiro nato aos Ministros do STF.

De acordo com a doutrina nacional, *cidadãos* são pessoas que estão em pleno gozo de seus direitos políticos e detêm capacidade eleitoral ativa e passiva; *notável saber jurídico* não significa necessariamente formação jurídica, apesar de um parecer do Senado Federal apontar nesse sentido; já a *reputação ilibada* é juízo subjetivo do Presidente da República e do Senado Federal (grifos nosso).

Com tamanha atribuição e tão relevante papel, os membros do STF precisam, evidentemente, ter notório saber jurídico e reputação ilibada. Mas, o notório saber, a rigor, não pode ser apenas o jurídico. É preciso um conhecimento interdisciplinar muito maior, um amadurecimento profissional e como pessoa; um domínio do Direito e uma compreensão dos fenômenos sociais, econômicos e políticos, ao que deve se juntar uma formação humanística, de profundo senso de justiça e, enfim, ético¹⁵.

A nomeação dos membros do Tribunal é ato administrativo complexo, em que há manifestação e conjugação da vontade de dois órgãos (Presidência da República e Senado) para a prática de um único ato.

Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As

¹⁴ SOARES, Orlando. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69.

¹⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de, op. cit., p. 73.

vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins¹⁶.

Gérson Marques chama a atenção para o caráter político da escolha dos membros do STF, noticiando que as nomeações dos Ministros têm recaído em velhos conhecidos das pastas governamentais ou dos mais altos escalões do Governo. Já houve mesmo casos de Ministros nomeados à revelia de manifestações oposicionistas travadas no seio da sociedade.

Não obstante, é quase impossível dissociar a essência política das competências constitucionais do Supremo. Antes de tudo, ele é órgão máximo de um dos poderes do Estado, em cuja harmonia e independência está assentado o sistema de freios e contrapesos. Já observou Gérson Marques que “Todos os tribunais do mundo encarregados de aplicar a *jurisdição constitucional* têm um caráter e uma função política, até porque sua atividade envolve um controle dos demais poderes¹⁷”.

Submetem-se a seu crivo as questões atinentes aos destinos políticos do país, incluindo discussões relativas aos demais Poderes da República. Graças à Teoria da Separação dos Poderes, de Montesquieu, adotada por nossa Constituição em seu segundo artigo, um poder exerce controle sobre o outro, como forma de garantia de independência e harmonia entre eles¹⁸. Em suma,

[...] constata-se uma função também política do STF. Primeiro, por ele se colocar no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das Instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária); e por não existir poder apolítico dentro da formação estatal. Segundo, por serem as decisões do Judiciário, nesta esteira, manifestações de índole política (não partidária) do Estado, no desempenho da jurisdição. Terceiro, porque habitualmente se submetem ao seu crivo questões referentes à condução do País [...]¹⁹.

As competências do Supremo foram divididas em três níveis: originária, recursal ordinária e recursal extraordinária. A ele cabe o exercício da jurisdição constitucional, *de forma não exclusiva*, através do controle de constitucionalidade. Constitui esta a função

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 215 (grifo do autor.)

¹⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de, op. cit., p. 76.

¹⁸ “A separação dos Poderes não elimina o possível conflito entre eles e não impede, por si só, a sobreposição de um sobre os outros. O sistema de freios e contrapesos, sem olvidar a harmonia entre os Poderes, abre espaços para que um Poder fiscalize os demais, a fim de assegurar o Estado de Direito e tolher o absolutismo de um em detrimento do real interesse público”. Ibid., p. 92.

¹⁹ Ibid., p. 74.

precípua de defesa da Constituição, com o exame da constitucionalidade dos atos normativos levados a seu crivo (grifo nosso).

Responsável também é o STF pela chamada *tutela constitucional das liberdades*, visando à salvaguarda dos direitos fundamentais através dos remédios constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção.

Por fim, cabe ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de ações originárias em que figurem certas autoridades nacionais. É a Jurisdição Constitucional sem controle de constitucionalidade.

1.2.1 O alicerce de uma verdadeira Corte Constitucional

A criação dos tribunais constitucionais no mundo foi envolvida pela atmosfera típica das grandes mudanças. Derivou da experiência européia no pós-guerra. O controle por um poder político estatal há bem pouco opressor tornou necessária a restituição das liberdades individuais²⁰.

O Supremo Tribunal Federal, a despeito de cuidar da proteção constitucional, não se reveste dos caracteres de uma verdadeira Corte Constitucional, a exemplo do *Bundesverfassungsgericht* alemão.

O Supremo Tribunal Federal relaciona-se diretamente com os outros órgãos constitucionais, tribunais e autoridades do mais alto escalão do Governo, sem a intermediação de Ministérios nem de autoridades, o que demonstra a sua natureza de órgão constitucional, [...]. Mas este caráter, apesar da redação do art. 102, CF, não o torna, por si só, *Corte Constitucional*²¹.

Um Tribunal Constitucional, ou Corte Constitucional por excelência, deve empenhar-se em duas questões básicas: o controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos e os conflitos entre autoridades e unidades políticas, devotando-se primordialmente à preservação da supremacia constitucional e à defesa dos direitos fundamentais.

O princípio da supremacia é decorrência direta da rigidez constitucional. Esta, cuja conseqüência é a estabilidade das instituições elevadas ao texto da Lei Fundamental, é a

²⁰ A História não nos dá a certeza, porém, não se sabe se justamente pela motivação referida, a Alemanha, com seu *Bundesverfassungsgericht*, tornou-se modelo de bem-sucedida Corte Constitucional. “É impossível reportar-se a Corte Constitucional sem mencionar o exemplo alemão, que tem prestado a todo o mundo histórica contribuição na aplicação de princípios constitucionais, nas regras de interpretação da Constituição e na relevância de uma Corte desse porte na organização do Estado” LIMA, Francisco Gérson Marques de, op. cit., p. 43.

²¹ *Ibid.*, p. 123 (grifo do autor).

responsável, em última análise, pela legitimidade dos poderes e das normas fundamentais do Estado.

Controvérsias individuais devem ser trazidas à baila apenas por exceção, quando de tal relevância que atinjam o próprio sistema constitucional. Tem-se constatado no STF, ao contrário, predominância das questões individuais frente aos assuntos de cunho efetivamente constitucional.

Como se sabe, o STF não é o único órgão competente para o exercício da jurisdição constitucional em sede de controle de constitucionalidade. O Brasil adotou o sistema misto de controle, combinando as vias difusa e concentrada. Isso autoriza o exame da inconstitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal do país. Além disso, o excesso de competência e o volume de processos envolvendo disputas individuais impedem que o STF dedique-se apenas à análise abstrata do ordenamento constitucional.

A indicação destas funções já demonstra, por si só, a relevância do papel do STF no cenário nacional. Deveras, encarregado de interpretar e aplicar, em última instância, a norma, sua decisão é definitiva, não comportando recurso para mais ninguém. Neste órgão, discutem-se atos os mais variados e matérias as mais diversas, oriundos tanto de instâncias inferiores do Judiciário (Tribunais Superiores, Regionais, de Justiça, juízes etc.), quanto dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), de qualquer unidade política (União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios), e dos diversos setores (público e privado)²².

Noutra vertente, já de muito se aponta este como um dos problemas do controle de constitucionalidade realizado por um órgão jurisdicional: “o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assume uma posição eminentemente política²³”.

Como já mencionado, um Tribunal Constitucional possui indubitável caráter político: é inegável sua participação na condução dos negócios políticos do Estado. A aplicação das normas por parte de um Tribunal Constitucional deve seguir-se a uma hermenêutica focada nas conseqüências políticas de suas decisões.

Alguns estudiosos propugnam a reestruturação do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro com vistas a que o STF passe a exercer tão-somente as funções típicas de um verdadeiro Tribunal Constitucional.

²² LIMA, Francisco Gérson Marques de, op. cit., p. 71.

²³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 301.

Para Alexandre de Moraes, a composição e forma de investidura dos membros do STF devem ser baseadas no pluralismo, na representatividade e na complementaridade²⁴.

A atual forma de composição do Supremo Tribunal Federal vem ditada na Constituição Federal, em seu art.101. Aliás, a estrutura do STF tem previsão constitucional desde a primeira Carta da República. Como visto antes, a investidura de um Ministro dá-se por ato do Presidente da República, após aprovação do nome pelo Senado Federal. Extrai-se do disposto que a nomeação dos Ministros obedece a critério puramente político. Uma das conseqüências da escolha de autoridades judiciais afinada a critérios puramente políticos é que estas podem tornar-se meros instrumentos de política partidária. A escolha dos membros de uma Suprema Corte deve ser atribuição dos três poderes constitucionais, tudo legitimamente acompanhado pela sociedade civil.

Outra crítica que reforça esse entendimento é o caráter vitalício da investidura. Deve existir a alternância de mandatos, como forma de garantir uma hermenêutica constitucional centrada na evolução e na adequação social.

A complementaridade é verificada quando se exigem mais requisitos capacitários dos candidatos a membro de uma Corte de Constitucionalidade. Aprumo não apenas intelectual, mas moral.

As competências de um Tribunal Constitucional devem estar afetas aos seguintes tópicos: controle de constitucionalidade, direitos e garantias fundamentais, federação e exercício dos poderes estatais: noutros dizeres, são as matérias atinentes ao conceito material de constituição. Configurado dessa forma, quiçá o Supremo Tribunal transformar-se-ia em instrumento de coordenação entre o ordenamento jurídico, o exercício do poder legítimo e a Constituição: verdadeiro alicerce de uma Corte Constitucional.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais**. Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

CAPÍTULO II – A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL: TRAÇOS GERAIS

2.1 A Argüição de Descumprimento como um dos mecanismos do controle concentrado de constitucionalidade

Antes que se dê início propriamente ao estudo da ADPF, necessário se faz enquadrá-la como instituto do direito constitucional.

A Argüição de descumprimento de preceito fundamental é um dos meios por que o controle concentrado de constitucionalidade se expressa, porquanto a competência para seu exame e julgamento é exclusiva do Pretório Excelso. A ADPF trouxe respostas a questões antes não passíveis de avaliação: a impugnação de atos normativos municipais frente à Constituição Federal e a verificação de controvérsia a envolver direito pré-constitucional. Tais itens serão discutidos adiante.

Como já aludido, o princípio da supremacia está diretamente relacionado à rigidez do ordenamento jurídico constitucional. Esta consiste, no dizer de José Afonso da Silva, na “maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”²⁵.

Ao se exigir, portanto, procedimento de reforma mais laborioso para os dispositivos constitucionais, colocou-se a Constituição em posição de superioridade em relação às demais leis do Estado.

Os Estados, enquanto organizações políticas, sempre tiveram uma Lei principal, ou Fundamental, mas não no sentido como se caracteriza hoje: uma norma acima das demais, limitadora do poder dos governantes e que estabelece um rol de direitos individuais fundamentais. No entanto, segundo Gomes Canotilho, toda comunidade detém uma constituição real e efetiva, no sentido de uma ordenação social de legitimidade do poder.

Não houve um constitucionalismo único, um caminho exclusivo trilhado por todos os Estados, mas experiências históricas modernas próprias e específicas. Assim sendo, Gomes Canotilho fala em “constitucionalismos”. A doutrina lhe estabelece três fases:

a) Fase liberal: fruto das revoluções liberal-burguesas do Século XVIII, o Estado absolutista derrocou frente à criação do Estado de Direito. Nesta fase, a Constituição é chamada Garantia, por assegurar os direitos fundamentais do cidadão. Os pensadores responsáveis pela superação do absolutismo foram, entre outros: John Locke, com a idéia de

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

existência de um direito natural e de resistência; Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu), pela concepção de separação do poder como forma de evitar a concentração e o abuso, e Jean-Jacques Rousseau, para quem o Estado é originado de uma vontade geral. Esta primeira etapa é marcada por um não fazer do Estado, e a constituição dela proveniente tem como pilares a limitação do poder do Estado e a consagração de um rol de direitos individuais;

b) Fase social: a constituição-dever. A segunda fase do constitucionalismo cuidou da proteção do indivíduo em face de outro indivíduo, e não apenas frente ao Estado. Fruto das críticas ao capitalismo selvagem pelo pensamento social-marxista dos séculos XIX e XX, é simbolizada pelo Estado do bem-estar social, de igualdade não apenas formal, mas material (efetiva), pois as constituições passaram a se preocupar com a melhoria de vida da população. Expressa um fazer do Estado, que se concretiza com os direitos sociais e os direitos econômicos;

c) Fase neoliberal: a constituição-valor. É produto da supressão dos regimes totalitários após a Segunda Guerra mundial. Surgiu o Estado Democrático de Direito, que não se contenta com um Estado de Direito meramente formal (qualquer tipo de ordem legal, suficiente para abrigar Estados autoritários), mas que almeja uma visão substantiva do fenômeno, da qual não se pode ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Tem como princípios básicos a democracia e a dignidade da pessoa humana.

O vocábulo supremacia pressupõe a idéia de superioridade. E para a manutenção dessa autoridade, há que se valer o diploma constitucional de alguns instrumentos de proteção. Para Gomes Canotilho, as ferramentas de defesa da Constituição são de quatro ordens: a vinculação constitucional dos poderes públicos, os limites de revisão constitucional, a separação e a interdependência dos órgãos de soberania e o controle de constitucionalidade. De fato, todos os meios utilizados para evitar ou para repreender as violações ao ordenamento constitucional visam ao restabelecimento da ordem jurídica.

A constituição nada mais é que um ato tirado do nada, que só poderia ser criado por um poder para o qual se transferem atributos divinos. Disso decorre a chamada supremacia axiológica da Constituição, convertida em supremacia formal naqueles Estados de Constituição rígida²⁶.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

A matéria *supremacia constitucional* é, sem dúvida, uma das mais relevantes do direito moderno, haja vista a atual tendência de constitucionalização não apenas do direito privado, mas de todo o edifício jurídico. A supremacia da Constituição fundamenta todo o poder e toda a autoridade e impõe à sua conformação todas as normas que compõem a ordem jurídica de um país (grifo nosso).

Agora, quando os ditames da Constituição não são obedecidos, seja pela ação ou pela omissão daquele que seria responsável pela observância de suas normas, detecta-se a inconstitucionalidade²⁷. De acordo com Marcelo Novelino, “a inconstitucionalidade [...] decorre do antagonismo entre uma determinada conduta (*positiva* ou *negativa*) do Poder Público e um comando constitucional”²⁸ (grifo do autor). Para Jorge Miranda, o conceito de inconstitucionalidade não é estático, mas relacional, no sentido de que se estabelece uma relação entre a Constituição e uma norma ou ato com ela não conciliável. Significa um juízo de desvalor de uma norma, ato ou omissão normativa frente a outro, de correspondência constitucional²⁹.

A aferição da inconstitucionalidade deve ser feita a partir de uma perspectiva sistemática do ordenamento jurídico, levando-se em conta, sempre, a preeminência das normas constitucionais. Isso não é feito por meio de uma comparação lógica, estática. Cada norma confrontada é dotada de uma realidade social inserida em sua estrutura básica.

Por isso, o exame da inconstitucionalidade pressupõe análise de realidades distintas, potencial ou concretamente vivenciadas pelos intérpretes. É, pois, resultado de um confronto valorativo.

A definição de inconstitucionalidade engloba tanto as condutas positivas praticadas em desconformidade com a Constituição, quanto as omissões na aplicação das normas constitucionais.

A inconstitucionalidade por ação caracteriza-se por um comportamento comissivo, ou seja, pela produção ou execução de atos legislativos ou administrativos que contradigam normas ou preceitos constitucionais. Encontra fundamento no princípio da compatibilidade vertical, pelo qual as normas inferiores de determinado ordenamento jurídico só serão válidas quando adequadas às leis de grau superior. A inconstitucionalidade por ação

²⁷ “Diz-se que a inconstitucionalidade reside no antagonismo e contrariedade do ato normativo inferior (legislativo ou administrativo) com os vetores da Constituição, estabelecidos em suas regras e princípios (normas). A relação de compatibilidade ou incompatibilidade vertical implica uma relação de caráter normativo-valorativo e não simplesmente lógico-formal”. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

²⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 98.

²⁹ apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2010.

pode ser formal, quando preceitos constitucionais técnicos de confecção das normas são descumpridos ou a autoridade legislativa feitora da norma é incompetente, ou material, que tem vez quando o conteúdo das leis contraria mandamentos expressos ou implícitos da Lei Fundamental.

A inconstitucionalidade por omissão origina-se da inércia do Poder Público, quando deixa de legislar ou de praticar atos requeridos pela Constituição. Sem essas providências, as normas constitucionais não se tornarão plenamente aplicáveis.

O problema das inconstitucionalidades levou à necessidade de surgimento de um instituto que se propusesse à defesa da supremacia constitucional e a evitar que seus princípios fossem infringidos. Veio a lume, pois, o *controle de constitucionalidade* das leis e de atos normativos do Poder Público³⁰ (grifo nosso). Dá-se através de órgão diverso do encarregado de elaborar as leis, especialmente incumbido pela Carta Magna de fiscalizar se as normas inferiores produzidas amoldam-se ao texto constitucional, mantendo a correspondência das prescrições constitucionais com os valores que lhas deram origem³¹.

A declaração da nulidade de lei e sua conseqüente retirada do mundo jurídico são, no entanto, medidas excepcionais. Até que sobrevenha decisão do órgão competente, a lei presume-se legítima e compatível com a Constituição, já que elaborada por um poder emanado do povo³². Noutras palavras, as normas constitucionais são parte do ideário jurídico da comunidade destinatária, com a qual deve manter íntima relação. A norma que a isso não se ajuste não tem o condão de macular a Constituição em seu todo, mas deve ser expurgada de sua convivência.

³⁰ “Define-se o controle da constitucionalidade dos atos normativos como o ato intelectual de submeter à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis”. PALU, Oswaldo Luiz, op. cit., p. 59.

³¹ “Toda a correlação entre as normas constitucionais e os vetores éticos e axiológicos que as informam, e levam a uma real possibilidade de aplicação da Constituição (supremacia interna; aplicabilidade das normas), estaria irremediavelmente perdida se ausente um sistema de repressão aos atos desconformes à Constituição estrita. Está a Constituição no mais alto degrau hierárquico das normas, condensando preceitos abertos, fluidos e com nota de vaguidade. Onde exista uma Constituição escrita, para que este poderoso instrumento normativo não se torne ineficaz, deve haver um sistema para a garantia da superioridade de seus vetores normativos”. Ressalte-se que a fluidez e vaguidade referidos dizem respeito ao grau de abstração que as normas constitucionais apresentam, ou deveriam apresentar. PALU, Oswaldo Luiz, op. cit., p. 58.

³² “Ademais, como corolário da excepcionalidade da declaração de nulidade da lei, ela deve ser proferida, pelo órgão competente, somente em última hipótese, ou seja, sempre que se puder conferir a uma norma impugnada uma interpretação que a compatibilize com o texto constitucional deve o órgão de controle de constitucionalidade determinar a adoção dessa interpretação, mantendo a norma no mundo jurídico”. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 691.

O Brasil adotou, quanto à natureza do órgão responsável pela decisão em sede de controle de constitucionalidade, o sistema jurisdicional³³. Significa dizer que é o Poder Judiciário quem responde, precipuamente, pela declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Já no que respeita à competência para o exercício desse controle, combinam-se os critérios difuso e concentrado³⁴. O controle difuso foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição da República, atribuindo competência aos juízes e aos tribunais do país para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, caso manifestamente inconstitucionais. Enquanto o controle difuso, de inspiração norte-americana, atribui a todos os órgãos do Poder Judiciário a competência para o exercício do controle de constitucionalidade, diversamente se dá com o controle concentrado: ele é exercido por um órgão com competência específica e originária.

O controle concentrado de constitucionalidade só despontou, de forma tímida, a partir da Constituição de 1934. Paulo Bonavides enumera os avanços do texto constitucional getulista, rumo à concretização do controle concentrado. De acordo com o jurista,

[...] a necessidade de a declaração de inconstitucionalidade ser proferida pela maioria absoluta dos membros dos Tribunais, a competência do Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de lei ou ato declarado inconstitucional pela Corte Suprema, a previsão de uma ação direta de inconstitucionalidade interventiva e a instituição do mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade³⁵.

No entanto, foi apenas com a Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, aposta na constituição de 1946, que o controle concentrado de constitucionalidade foi definitivamente consagrado, através da atribuição ao STF de competência para o exame da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O controle concentrado ou direto visa à proteção de uma norma *in abstracto* impugnada perante órgão específico, que pode ser um tribunal ordinário ou uma Corte

³³ “Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e, sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis”. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 301.

³⁴ Sabe-se que não há correlação obrigatória entre as denominações difuso-concreto, e abstrato-concentrado. Ainda assim, é válida a observação: “No controle difuso, qualquer interessado, no curso de um processo judicial concreto, pode suscitar, incidentalmente, uma controvérsia constitucional, perante qualquer órgão do Poder Judiciário. Diversamente, na via abstrata, somente os legitimados pela Constituição poderão, perante o órgão de cúpula do Poder Judiciário, questionar a constitucionalidade, em tese, de uma lei”. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit., p. 716.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 328.

especial, por meio de uma ação de inconstitucionalidade (grifo nosso). No Brasil, o controle de constitucionalidade por via de ação, como também é chamado, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência originária de julgar as ações do controle concentrado, as quais lhe possibilitam declarar certa lei ou ato normativo como inconstitucional, após discuti-lo em tese, independente de litígio que envolva necessariamente partes antagônicas em um processo concreto. As decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade surtem efeitos *erga omnes*³⁶.

A Constituição da Áustria, de 1920, foi pioneira ao disciplinar a forma concentrada de controle de constitucionalidade. Deve-se a Hans Kelsen, elaborador do texto constitucional austríaco, a idéia de cometer a um órgão jurisdicional próprio, exclusivo, toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade. No Brasil, o exercício do controle concentrado de constitucionalidade cabe ao Supremo Tribunal Federal, quando o parâmetro for a Constituição da República Federativa do Brasil. No âmbito estadual, porém, a competência é reservada aos Tribunais de Justiça.

O objetivo maior do controle concentrado de constitucionalidade é assegurar a tutela da ordem constitucional objetiva. Atua independentemente da existência de partes formais e da concretização de um interesse jurídico específico. Aqui, não se alega lesão a direito pessoal, posto que visa a ação à validade da lei em si.

Não há apreciação de caso concreto, a controvérsia não ocorre incidentalmente em um processo mais amplo. O objetivo não é a proteção de interesses particulares, pessoais, mas a salvaguarda do ordenamento jurídico, e, de modo mais amplo, da supremacia constitucional.

2.2 A classificação da norma constitucional do §1º do art. 102 no tocante à aplicabilidade

Até o advento da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, o art. 102 da Constituição Federal possuía um único parágrafo, cujo objeto era exatamente a ADPF, tal como hoje reproduzido. Porém, após o procedimento de reforma e o lançamento da figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) na ordem jurídica brasileira, o art. 102 passou a disciplinar tanto a Arguição de Descumprimento quanto a eficácia das decisões do

³⁶ “Diferentemente do controle difuso, de origem norte-americana, que se limita, em um caso concreto, a subtrair alguém aos efeitos de uma lei, o controle abstrato é efetivado em tese, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais”. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit., p. 753.

Pretório Supremo em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O dispositivo insculpido no art. 102, §1º da Carta Magna, pela própria análise gramatical, não sugere aplicabilidade imediata. Extrinsicamente, remete a uma lei; principiologicamente, leva à discussão sobre os preceitos constitucionais fundamentais, que ainda hoje não foram suficiente e satisfatoriamente definidos.

A Constituição de um país não é composta por um corpo de normas homogêneas. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as normas do ordenamento constitucional podem ser vistas geralmente sob quatro diversas esferas, que interagem mutuamente: o da sua forma, o da sua completude, o da sua densidade e o da sua aplicabilidade³⁷.

Existem normas que são exequíveis por si sós, completas, que não reclamam complementação por outra lei. Outras há, porém, que somente se tornam aplicáveis após a emanção de outro ato legislativo que lhes confira a exequibilidade. Em outras palavras, após serem regulamentadas.

O estudo da aplicabilidade das leis envolve reflexão a respeito da validade, *lato sensu*, das normas jurídicas. A imposição de uma regra jurídica no seio da sociedade, ou, antes, a obrigatoriedade de um ato normativo primário, depende da satisfação de certos requisitos. As *Lições* de Miguel Reale transmitem que “a validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (*vigência*), o da validade social (*eficácia* ou *efetividade*) e o da validade ética (*fundamento*)”³⁸.

A validade formal ou técnico-jurídica, ou, ainda, vigência, é a “executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração”³⁹. Esta primeira condição para a validade da norma jurídica atine à existência do direito, aos pressupostos formais de confecção das leis: autoridade produtora reconhecida e genuinidade do órgão do qual procede a regra, enquanto entidade pensada para tal fim (aspectos subjetivos), bem como legitimidade acerca da matéria a ser regulada pela legislação, delimitada pelos círculos de competência federada constitucional. Por fim, legitimidade do procedimento de confecção dos atos normativos. Não surte efeitos uma norma elaborada pelo órgão competente e que regule matérias contidas em campo próprio de atribuições, caso não se submeta ao procedimento legislativo adequado.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁸ REALE, Miguel, op. cit., p. 105.

³⁹ Ibid., p. 108.

Ponto de suma importância é a *eficácia* ou *efetividade* da norma. Significa esta a efetiva aplicação da lei⁴⁰ (grifo nosso). Caso atenda aos requisitos da validade formal, a norma terá condições de penetrar no mundo jurídico, vigendo, de acordo com o art. 1^a da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada, se de outro modo ela mesma não dispuser.

No entanto, para serem verdadeiramente legítimas, as leis devem ser aprovadas pela consciência coletiva, aceitas no seio da sociedade, não contradizendo os valores coletivos. A eficácia é o reconhecimento do direito manifestado na norma, são as conseqüências da regra jurídica em meio social⁴¹.

Há que se falar ainda do fundamento, ou raiz axiológica da norma jurídica. “O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris*⁴²”.

Concluindo estas breves notas, tem-se, pois, que a estrutura tridimensional do Direito tem por base os pressupostos de validade da norma – vigência, eficácia e fundamento –, referindo-se, respectivamente, a norma, fato e valor.

A validade da norma no respeitante ao aspecto jurídico é a que mais interessa neste momento. Leva-se em conta, aqui, a aplicabilidade das normas constitucionais.

É incontestável que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Não há regra destituída de um mínimo de aplicabilidade. A Itália, se não foi a primeira, tem o mérito da realização dos estudos mais extensos e profundos dessa área. Os doutrinadores italianos incorporaram classificação bipartite, e ordenaram suas normas constitucionais em dois grupos: preceptivas e programáticas. Mas incorreram em equívoco por não admitir eficácia a estas últimas.

Do ponto de vista da eficácia ou da efetividade, as normas programáticas caracterizar-se-iam pelo elevado grau de abstração, dirigindo-se ao legislador e regulando comportamentos estatais. Já as normas preceptivas, ou não programáticas, seriam endereçadas ao juiz e aos cidadãos, recaindo sobre situações privadas. O traço distintivo das normas

⁴⁰ “Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 66.

⁴¹ “*Validade formal* ou *vigência* é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito *no plano normativo*. A *eficácia*, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, *no plano social*, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento” (grifos do autor). REALE, Miguel, op. cit., p. 114.

⁴² *Ibid.*, p. 115.

preceptivas e programáticas é que aquelas seriam “suscetíveis de imediata aplicação e dotadas de incontestável juridicidade”⁴³.

Hans Kelsen⁴⁴ fez críticas à teoria italiana clássica da aplicabilidade, já que, conforme seu entendimento, uma norma estabelece um juízo hipotético, destinando-se a todos indefinidamente, não a esta ou àquela classe de pessoas.

Os norte-americanos, posteriormente, ocuparam-se do tema da efetividade das leis constitucionais, deitando raízes mais profundas. Indubitável a importância dos modelos clássicos, mormente no Direito, mas a celeridade com que se alteram os fenômenos humanos fez com que se navegasse por estudos mais recentes.

No Brasil, Ruy Barbosa⁴⁵ destrinçou o assunto, traduzindo os estudos estadunidenses sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. Os constitucionalistas da América do Norte estabeleceram a seguinte classificação: as disposições aptas, *desde logo*, à produção de todos os efeitos permitidos na cláusula mandamental são chamadas auto-executáveis (grifo nosso).

Contrariamente, outras regras há que se mostram incompletas, insuficientes, para cuja execução se faz necessária a interveniência do legífero ordinário (normas não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis)⁴⁶. Necessitam do apoio legislativo para sua regulamentação, para sua plena incidência e aplicação. Indicam princípios que, com a interveniência legislatória, passarão a ter vigor de lei.

Modernamente, porém, os estudiosos da eficácia jurídica ou aplicabilidade das normas constitucionais reformularam a matéria, ajustando-a aos princípios sociais e ideológicos contemporâneos. A classificação norte-americana é censurável ao sugerir a ineficácia das normas consideradas não auto-aplicáveis (*not self-executing*). Conforme anteriormente citado, todas as normas constitucionais produzem efeitos jurídicos, diferenciando-se apenas quanto ao grau desse efeito. São, antes de tudo, *normas*: disciplinam comportamentos. Não há regra puramente moral. Mesmo os princípios fixados no texto constitucional possuem natureza jurídica.

⁴³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 239.

⁴⁴ apud SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Segundo a mencionada doutrina, normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si) são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais *not self-executing* (ou *not self-enforcing*, ou *not self-acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si) são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74.

José Afonso da Silva é um dos principais autores a discorrer acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Em seu traçado nasceu a mais importante e a mais aceita classificação das normas constitucionais: as normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida e as normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena têm a possibilidade de produzir, ou efetivamente produzem, todos os efeitos para os quais foram criadas. Não demandam a intervenção de atos legislativos supervenientes com vistas a tornarem-nas exequíveis.

Dizem-se normas de eficácia contida aquelas que, suficientemente reguladas pelo constituinte, deixaram margem à atuação discricionária do Poder Público no sentido de que pode este vir a restringir seu alcance.

As normas de eficácia limitada, por fim, não produzem, desde sua entrada em vigor, os seus efeitos inerentes, porquanto dependentes de normatividade bastante e posterior que lhes desenvolva a eficácia. As normas de eficácia limitada podem ser definidoras de princípio institutivo ou organizatório, ou normas de legislação, como é o caso da regra do § 1º do art. 102 da CF. Traçam “esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que, em um momento posterior, sejam estruturados em definitivo, mediante lei”⁴⁷. Diversamente, as normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos “versam sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituindo verdadeiramente programas de ação social”⁴⁸.

⁴⁷ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p. 64.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 84.

CAPÍTULO III – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1 A regulamentação do dispositivo constitucional

Tendo dito que as normas constitucionais de eficácia limitada “são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais” deixando à responsabilidade do legislador ordinário a normalização da matéria traçada apenas em seu aspecto essencial, transfira-se ao exame geral da regulamentação da norma do §1º do art. 102 da Constituição Federal⁴⁹.

Mesmo com o expressivo desenvolvimento das formas de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, sobretudo após a promulgação da Carta de 1988, detectaram-se lacunas no quadro de competências do STF: restaram matérias não suscetíveis de exame em sede de controle concentrado.

Para atender a essas questões, entre as quais se situam controvérsias a envolver direito pré-constitucional e o controle de constitucionalidade da lei municipal face à Constituição da República, formulou-se a idéia do *Incidente de Inconstitucionalidade*. Esse instituto foi introduzido na Revisão Constitucional de 1994, “que permitiria fosse apreciada *diretamente pelo STF controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição [...], sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas*”⁵⁰.

Apesar de não ter sido efetivada na ordem jurídica brasileira, a figura do *Incidente* guarda vários pontos de interseção com a Ação de Descumprimento.

Um exame acurado da argüição de descumprimento de preceito fundamental, tal como regulada pela Lei n. 9.882, de 1999, há de demonstrar que, afora os problemas decorrentes da limitação do parâmetro de controle, o texto normativo guarda estrita vinculação com as propostas de desenvolvimento do incidente de inconstitucionalidade. A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das decisões, tudo reforça a semelhança entre os institutos⁵¹.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 82.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1195 (grifos do autor).

⁵¹ Ibid., p. 1197.

Caso acolhesse o Incidente de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal poderia determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou Tribunal, proferindo decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada.

Um Incidente de Inconstitucionalidade legitimamente considerado autorizaria que, sempre que a norma fosse relevante para o julgamento de um caso concreto e o juiz ou tribunal correspondente a considerassem inconstitucional, a questão seria elevada à Corte Constitucional. Assim se faz nos modelos clássicos de controle de constitucionalidade. Aqui, no entanto, pela proposta do *Incidente*, caberia ao STF apenas a uniformização da interpretação da Constituição, enquanto os juízes e Tribunais continuariam a decidir as questões constitucionais levadas a seu crivo em âmbito de controle difuso (grifo nosso).

Em julho de 1997, através da Portaria nº 572, do Ministério da Justiça constituiu-se uma comissão especial para o fim específico de apresentar sugestões ao Poder Executivo, “objetivando a regulamentação do disposto no art. 102, §1º, da Constituição Federal”⁵². Denominava-se Comissão Celso Bastos. Em novembro do mesmo ano foram encerrados os trabalhos, com a elaboração de um anteprojeto, acompanhado de Relatório, para a regulamentação da norma constitucional. O documento foi levado ao então Ministro da Justiça, Iris Resende, em 1997⁵³. Depois, foi ainda encaminhado a análise do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, porém, que, paralelamente, em 1997, tramitava Projeto de Lei da Deputada Sandra Starling, cujo objeto era também o disciplinamento da ADPF sob a alcunha *Reclamação*⁵⁴. Até a sanção do Presidente da República e a transformação em Lei nº 9.882/99, o trâmite da lei foi o seguinte:

Já em 1989, precisamente em 26 de junho, o Deputado Federal Luiz Soyer apresentou projeto de lei à Câmara dos Deputados com vistas à regulamentação da ADPF (Projeto de Lei nº 2770/89). O projeto listava os legitimados à propositura da ação e o suposto elenco de preceitos fundamentais cuja violação poderia ensejar a utilização do instrumento da argüição.

⁵² DA CUNHA JUNIOR, Dirley. **Ações Constitucionais**. Organizador: Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2006.

⁵³ “A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da CF. Estabeleceram-se o rito perante o STF, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade”. *Ibid.*, p. 1193.

⁵⁴ “A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da CF”. *Ibid.*, p. 1193.

Pelo projeto de Soyer, os detentores de legitimidade para a propositura da ADPF seriam o cidadão comum, partido político e os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas Estaduais e da Câmara de Vereadores. Os preceitos constitucionais que poderiam dar azo à ação seriam os princípios constitucionais, os direitos e garantias individuais e trabalhistas, conflitos de competência que envolvessem os três Poderes, as autonomias dos estados e dos municípios e a respectiva intervenção, a segurança pública e até mesmo as regras de preenchimento de cargos públicos.

A proposta foi recebida na Comissão de Constituição, Justiça e Redação (CCJR) da Câmara dos Deputados, tendo o deputado Aloysio Chaves como relator. Após algumas emendas, o congressista elaborou parecer favorável pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, votando pela aprovação, no mérito, do referido projeto de lei.

Entretanto, no dia 02 de fevereiro de 1991, a Mesa Diretora da Câmara ordenou o arquivamento do projeto, em virtude de terem sido violados alguns procedimentos regimentais.

Alguns dias depois, já em 20 de fevereiro, novo projeto de lei, com o mesmo objetivo de regulamentação da ADPF, foi enviado à CCJR (Projeto de lei da Câmara nº 2.143, de 1991). Seu elaborador era o deputado Virmondes Cruvinel. Esse novo projeto apresentava algumas diferenças em relação ao anterior, no que concerne à taxação dos preceitos passíveis de proteção pelo instituto. A soberania, a cidadania, a dignidade, os direitos sociais, o trabalho, a liberdade, a iniciativa privada e a pluralidade política foram citados como objetos passíveis de defesa pela ação ali proposta.

O deputado Prisco Viana, relator do projeto, não recebeu emendas à proposta e teve o seu parecer aprovado por unanimidade pela Comissão. Porém, apesar de estar pronto para a ordem do dia desde 01/11/93, o projeto nunca foi votado no plenário da Câmara.

Proveniente do Senado Federal, o Projeto de Lei nº 92, de 1994, apresentado em 07 de dezembro daquele ano, foi mais uma tentativa sem sucesso de se regulamentar a matéria. De autoria do Senador Jacques Silva, filiado ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) de Goiás, o PLS 92/94 impunha praticamente os mesmos legitimados para a ação e os mesmos preceitos constitucionais, com algumas inclusões no rol desses últimos. Foram acrescentados o “livre exercício dos direitos políticos”, a forma republicana e federativa, como garantias da indissolubilidade da União, Estados e Municípios e as limitações ao poder de tributar.

O Regimento Interno de Senado Federal prevê, em seu art. 332, o arquivamento das proposições ao final da legislatura, desde que elas não tenham tido origem na Câmara. Assim, o PLS 92/94 também foi arquivado, em 13 de março de 1995. Da mesma forma, o Projeto de lei do Senado nº 165, apresentado em 14/10/98, de autoria do Senador Odacir Soares, do PTB de Rondônia, teve a mesma sorte do antecessor, e pelo mesmo fundamento regimental. Seu arquivamento data de 29 de janeiro de 1999.

De acordo com esse último projeto, seriam preceitos fundamentais decorrentes da Carta Magna o sistema representativo, o regime democrático, a soberania popular e suas formas de exercício, a separação dos poderes, além dos direitos denominados difusos e coletivos. E seriam legitimados à propositura da ação: qualquer pessoa física ou jurídica, entidades de classe de âmbito nacional ou organização sindical, bem como os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Este, desde que estivesse em defesa de interesse público ou de um de seus membros.

A regulamentação da ADPF ganhou efetivo contorno com a apresentação do Projeto de Lei da Câmara nº 2.872, exibido em plenário no dia 19 de março de 1997, pela Deputada Federal Sandra Starling, do PT de Minas Gerais. Lido naquela Casa em 26 de maio, o projeto foi enviado à Coordenação de Comissões Permanentes, a qual só efetivou a remessa à CCJR no dia 11 de junho de 1997.

Tendo novamente como relator o Deputado Prisco Viana, iniciou-se o prazo regimental (cinco sessões) para apresentação de emendas ao substitutivo por ele sugerido. Findo o prazo sem apresentação de emendas, em 13 de agosto de 1997 o relator votou pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do projeto e, no mérito, pela aprovação, o que só ocorreu no dia 04 de novembro de 1998.

Mais cinco sessões, durante as quais a matéria ficou aberta a recursos, sem que ninguém os houvesse apresentado, em 09 de dezembro de 1998 o projeto foi encaminhado à redação final, e posteriormente aprovado em 10 de março de 1999. Em 29 de março de 1999, a Mesa Diretora enviou o PLC 2.872/97 ao Senado Federal, onde, no dia seguinte, foi remetido à apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) daquela Casa.

Já no âmbito da CCJC, o relator do projeto em análise, o Senador José Eduardo Dutra assinou parecer, com voto pela aprovação, no dia primeiro de setembro de 1999. Porém, os senadores Bernardo Cabral, Jefferson Peres e Francelino Pereira, em reunião

havida em 22/09/99, solicitaram vistas do projeto, pelos cinco dias regimentais, o que lhes foi concedido.

Em 13 de outubro, o parecer do Senador José Eduardo Dutra foi aprovado e o projeto foi então levado ao plenário do Senado para que fosse feita a leitura do parecer. Lido, decretou-se aberto o prazo para recebimento de emendas, também por cinco dias. Sem que houvesse a apresentação destas, a matéria foi aprovada, sem debates em plenário, no dia 11 de novembro de 1999.

Remetido à Presidência da República para sanção, o Projeto 2.872 foi finalmente convertido na Lei Federal 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (publicada no Diário Oficial da União do dia 06/12/99), com veto parcial.

O projeto inicial da Deputada Sandra Starling parecia não se preocupar, ao menos inicialmente, com o controle de constitucionalidade das leis municipais nem com aspectos de direito intertemporal. O texto inicial do art. 1º do projeto de lei era o seguinte:

Art.1º: Caberá reclamação da parte interessada ao Supremo Tribunal Federal, mediante pedido de um décimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando ocorrer descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição⁵⁵.

Como se nota, esse projeto, nessa forma primitiva, previa apenas um controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo dos atos legislativos, no âmbito dos atos do Congresso Nacional, bastante parecido com o que ocorre atualmente nas Comissões de Constituição e Justiça do Senado Federal. Visava a cuidar para que a elaboração das leis fosse fiel às formalidades da Carta Magna.

Aplaudido na Câmara, recebeu uma reformulação feita pelo Deputado Prisco Viana, a qual não foi alvo de qualquer tipo de emenda na Casa do Senado, em virtude de ter sido muito bem justificada, primeiro, pelo próprio autor e, posteriormente, pelo relator no Senado, o já citado Senador José Eduardo Dutra. Alguns dos argumentos utilizados nessa reformulação serão examinados na seqüência.

De início, ressalte-se que a autora do projeto, diga-se, vencedor quanto às tentativas de regulamentação da ADPF, a deputada Sandra Starling, em sua justificação ao PLC 2.872/97, não considerou como norma constitucional de eficácia limitada o texto do §1º

⁵⁵ MENDES, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/235>>. Acesso em: 3 maio 2011.

do art. 102 da CF, mas norma de eficácia contida. Mesmo assim, propôs a regulamentação que, notadamente, limita a atuação do instituto da argüição de descumprimento.

No mérito da questão, a deputada argumentou que “o respeito ao devido processo de elaboração das leis, além de ser pressuposto formal da própria garantia basilar do devido processo legal, é, com certeza, princípio erigido em preceito fundamental e, enquanto tal, passível do controle judicial a que se refere o art. 102 §1º da Constituição”⁵⁶.

A busca pelo desfazimento da mora legislativa e a intenção de tornar o Supremo Tribunal Federal menos receoso no que tange a julgar ações que envolvam o mau funcionamento de outro Poder da República, também compuseram a idéia inicial do projeto.

Pelo Senador José Eduardo Dutra, cujo relatório, além de realçar as intenções supracitadas, acrescentou mais algumas observações ao projeto emendado pelo deputado Prisco Viana, percebe-se que o objetivo básico daquele era possibilitar o controle abstrato incidental de constitucionalidade, dentro do processo legislativo. Para que isso não representasse uma efetiva intromissão de Poder em outro, previa a obrigatoriedade de o pedido ser formulado apenas sob a aquiescência de ao menos um décimo dos membros de uma das Casas Legislativas.

Isso viabilizaria “o questionamento perante o Supremo Tribunal Federal no caso de inobservância do devido processo legislativo quando da elaboração das normas”, aperfeiçoando os mecanismos de controle e “preenchendo adequadamente uma lacuna encontrada na legislação pátria, que não permitia o saneamento prévio dos textos legais”⁵⁷.

Pretendia estabelecer uma tutela de “resguardo quanto à desobediência de preceitos constitucionais”, quanto ao “processo legislativo suscetível de estar viciado por eventuais desmandos de cúpulas diretivas despreparadas ou mal-intencionadas”⁵⁸.

Essa idéia de proteção à Constituição com anterioridade veio de um processo de observação de inúmeros “desrespeitos que se verificaram, no âmbito congressual, dentro da nossa história republicana”, representando para os seus mentores uma solução para o problema, que não mancha o texto constitucional e valoriza o controle de constitucionalidade, ao estendê-lo para o processo de sua elaboração. Isso, segundo o relator no Senado,

⁵⁶ BRASIL. **Projeto de lei da Câmara nº 2.872/97**. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/1999/03/30031999.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

⁵⁷ Ibid., não paginado.

⁵⁸ Ibid., não paginado.

posicionaria os interesses gerais do País acima das pretensões de partidos, de grupos ou de pessoas.

No entanto, os vetos do Presidente da República descaracterizaram boa parte do projeto, no que concerne ao controle preventivo de constitucionalidade.

Como última observação, lembre-se de que o substitutivo Prisco Viana, anteriormente referido, acolheu a orientação geral contida no Anteprojeto de lei da Comissão Celso Bastos. Destaca-se assim, pois, a natureza híbrida de confecção da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999: jurídica e legislativa.

3.2 O parâmetro de aplicabilidade da lei: os preceitos fundamentais

Volvendo-se ao tema da aplicabilidade das normas constitucionais e, especialmente, às normas de eficácia limitada, há quem diga que não mais existam normas constitucionais programáticas, pois a expansão das ações constitucionais desenvolveu a efetividade de tais leis, aparelhando seus destinatários contra os abusos do Poder público, garantindo os direitos fundamentais.

Apesar de não se tratar de norma de princípio programático, mas de norma de princípio institutivo ou organizativo, o § 1º do art. 102 guarda estreita relação com a proteção dos direitos fundamentais gravados na Carta Magna.

Tendo-se desvendado os meandros de confecção da lei regulamentadora da ADPF, passe-se ao exame geral de seus dispositivos orientadores.

Embora seja criação tipicamente brasileira, o instituto encontra correspondência com outros na legislação comparada. Do direito norte-americano: o *writ of certiorari*. Trata-se de pedido formulado à Suprema Corte por quaisquer das partes em um processo concreto de outra instância judicial, para que dirima determinada questão relevante. Do mesmo modo, o *Beschwerde* da Áustria, pelo qual o particular poderá levar diretamente ao Tribunal Constitucional lei violadora de preceito fundamental, desde que esgotada a via administrativa. Maior proximidade teria, no entanto, com o direito alemão, através do *Verfassungsbeschwerde*, pelo qual compete ao Tribunal Constitucional Federal a decisão sobre recursos constitucionais interpostos pelos cidadãos na defesa de seus direitos fundamentais lesados por atos do poder público.

Conclui-se, pois, pela sucinta amostragem, que o legislador brasileiro buscou inspiração em tais institutos do direito alienígena, porquanto almejam solenemente a proteção

dos direitos fundamentais e guardam, em maior ou em menor proporção, relação com os preceitos fundamentais contidos na lei da ADPF⁵⁹.

Com tamanha relevância, há de se questionar o caráter subsidiário da ação, apesar de jurisprudência do STF firmada nesse sentido.

Além de instrumento de defesa dos preceitos constitucionais fundamentais, a ADPF tem-se mostrado meio idôneo a garantir o controle das omissões do poder público, quando a inércia do Estado puser causa à infração dos preceitos fundamentais.

Em 2000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugnou em bloco a lei em estudo, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231, para exclusão do inciso I do Parágrafo Único do art. 1º da lei, no tocante a controvérsias constitucionais já postas em juízo, e do §3º de seu art. 5º, este na íntegra. O julgamento da liminar foi, entretanto, suspenso devido a pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence.

O art. 1º da Lei nº. 9882/99 afirma que “a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. (Grifo nosso). Argüir tem como significado perquirir, sondar. O vocábulo *descumprimento* assemelha-se a desobediência. Preceito remete-nos à idéia de regra, enquanto Fundamental é diretamente proporcional a básico, indispensável. A análise gramatical, tão-somente, não irá levar-nos a um significado satisfatório do que significa Argüição de Descumprimento de preceito Fundamental. É necessário buscar o sentido jurídico desses termos.

A Argüição nada mais é que uma forma de ação judicial, e para que seja validamente interposta os requisitos do direito processual civil devem ser observados: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

O descumprimento não deixa de ser uma desobediência ou uma inobservância a um preceito fundamental da Constituição⁶⁰.

⁵⁹ “No contexto, e por ora, pode-se assegurar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma *ação constitucional* especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de ato de qualquer ato ou omissão do poder público”. DA CUNHA JUNIOR, Dirley, op. cit., p. 434 (grifos do autor).

⁶⁰ O conceito de “descumprimento” para efeito da ADPF é consideravelmente *mais amplo*, pois compreende também uma violação indireta ao texto constitucional. Assim, enquanto a inconstitucionalidade, no controle concentrado provocado pela ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de constitucionalidade, limita-se à lei e aos atos normativos diretamente lesivos à Constituição, o “descumprimento” da Constituição, em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, pode resultar tanto em razão da elaboração de uma lei ou de um ato normativo (incluindo os infralegais, como, v.g., os regulamentos), como em decorrência da expedição ou da prática de um ato não normativo (atos jurídicos concretos ou individuais e os fatos materiais) e

Urge revelar o que são e qual o alcance dos ditos preceitos fundamentais. Há que se buscar nos valores inseridos na Constituição o que são e quais são esses preceitos.

Somos um país que adota constituição do tipo formal. Apesar de todas as normas contidas em seu bojo serem dotadas de mesma hierarquia normativa, o mesmo não se pode dizer do plano dos valores. O legislador constituinte dotou certas normas de tamanho valor que a elas ofereceu instrumento específico a preservar-lhes a eficácia.

Uma norma jurídica possui duas partes essenciais: o preceito, que significa o comando, o mandamento normativo, e a sanção, que é o efeito jurídico decorrente da violação da norma.

Impende notar, porém, que princípios e preceitos não se confundem. Para José Afonso da Silva, a expressão ‘Preceitos fundamentais’ não é equivalente a ‘princípios fundamentais’. “É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados e do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”⁶¹.

Os preceitos são, pois, mais amplos que os princípios, já que incluem estes e as demais normas. Não permite a Constituição, portanto, interpretação restritiva dos preceitos fundamentais, já que todo o seu texto restaria amparado pela definição de *preceito constitucional*. A nota diferenciadora dá-se pelo significado da palavra *fundamental*.

Nesse contexto, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível por nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dá vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição⁶².

O legislador constituinte, entretanto, não enumerou o rol dos preceitos constitucionais fundamentais. Coube, e ainda cabe à doutrina e à jurisprudência fazê-lo⁶³.

de decisões judiciais, sejam estes atos provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas. Ibid, p. 444.

⁶¹ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 559.

⁶² DA CUNHA JUNIOR, Dirley, op. cit., p. 441-442.

⁶³ Há, no entanto, certo consenso doutrinário e jurisprudencial na identificação dos seguintes preceitos fundamentais: os arts. 1º ao 5º da CF; os princípios constitucionais sensíveis, do art. 34, VII da mesma Lei; as cláusulas pétreas e as normas que regulam a organização política do Estado e dos Poderes.

Questão acertada, haja vista a velocidade com que se mudam os valores da sociedade contemporânea.

3.3 A ADPF e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Segundo a letra da lei, a argüição de descumprimento será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Cabível será também quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A lei inovou em matéria jurídica, ao permitir que atos municipais, inclusive pré-constitucionais, fossem levados ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade. À época de confecção da Lei nº 9.882/99, várias discussões foram travadas, muitas das quais envolvendo o incidente de inconstitucionalidade. Vários autores, inclusive, tratavam a nova lei como mera efetivação do incidente.

Anteriormente à lei, o direito municipal só poderia ser declarado inconstitucional pelo STF através do julgamento de um Recurso Extraordinário, com efeitos inter partes. Grande salto, indubitavelmente, deu o legislador ordinário ao conferir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões de controle municipal de constitucionalidade em face da Constituição Federal.

Mais relevante, porém, a possibilidade de evitar ou de reparar lesão especificamente aos chamados preceitos fundamentais.

Conquanto não haja rol consolidado a respeito, várias argüições de descumprimento já foram interpostas, nestes mais de dez anos de regulamentação da ADPF, cujos objetos foram os mais diversos preceitos insculpidos na Carta Magna.

Em sua tese de doutoramento, o professor Dirley da Cunha Junior fez estudo comparativo acerca das ADPF até então propostas, trabalho depois compilado em artigo. Cuidou ele também do tratamento dado pelo Supremo Tribunal a essas ações.

Até o mês de agosto do ano de 2005, 81 (oitenta e uma) argüições de descumprimento haviam sido propostas, das quais mais da metade (quarenta e uma) foi extinta sem decisão de mérito em decorrência, dentre outras próprias do Processo Civil, das seguintes causas: admissão do princípio da subsidiariedade⁶⁴ e descabimento contra atos políticos. Em 2009, o Supremo Tribunal publicou artigo em comemoração aos dez anos de

⁶⁴ O princípio da subsidiariedade, aludido previamente, significa que a ADPF só será admitida se não existir no ordenamento jurídico pátrio outra ação capaz de efetivamente afastar a lesão a preceito fundamental.

regulamentação da ADPF, confirmando a relevância e o interesse geral dos temas discutidos em várias ações propostas. Neste ano, 194 (cento e noventa e quatro) arguições de descumprimento foram propostas.

A primeira ADPF foi interposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCB), contra ato da Prefeitura do município do Rio de Janeiro, em defesa do pacto federativo. Coincidência ou não, a última arguição proposta, a ação de nº 235 (duzentos e trinta e cinco) trata do mesmo tema. Foi esta ajuizada em maio de 2011, pela Presidência da República.

A relevância social dos temas trazidos pelas arguições de descumprimento chamou a atenção do Pretório Excelso, que tem promovido audiências públicas para debate desses assuntos, com a oitiva de opiniões da sociedade, de especialistas e de interessados, como forma de subsidiar os Ministros em seus julgamentos. Foi o caso da importação de pneus usados pelo Brasil, tema da ADPF nº 101.

ADPF de grande repercussão foi a ação de nº 54, que dispôs sobre a antecipação do parto de anencefálicos. Também foi discutida em debate público, em agosto de 2008. A discussão levou quatro dias e contou com a participação de organizações religiosas, de Ministros do Estado e de cientistas.

Todos esses debates abrem discussão para a relevância dos casos levados ao STF e rendem homenagens ao órgão, pois, ciente das conseqüências de seus julgamentos para a sociedade, permitiu-se aos cidadãos maior participação na decisão do futuro político-social do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a Lei nº 9.882/99, mais do que cumprir um mandamento constitucional ou simplesmente conferir efetividade a norma constitucional de eficácia limitada, originou-se do silêncio do legislador originário acerca do controle do direito municipal contestado em face da Constituição Federal, solucionando casos em que as leis municipais firmam direitos e garantias contidas no bojo da Lei fundamental.

Questão de maior relevo diz respeito à defesa dos mandamentos dos preceitos fundamentais, quando ameaçados ou efetivamente violados por atos do Poder Público.

Analisou-se a aplicabilidade da lei com base no parâmetro de controle da Arguição de descumprimento: os preceitos fundamentais, demonstrando o valor ímpar dessa ação na ordem jurídica brasileira.

O controle de constitucionalidade existe para ratificar a supremacia formal da Constituição, evitando a desconformidade das normas hierarquicamente inferiores com seus dispositivos. Deriva do problema das inconstitucionalidades, em que se detectam discordâncias entre o ordenamento infralegal e o constitucional. Os Poderes da República participam do controle de constitucionalidade das leis. Os entes federados estaduais e municipais devem obediência à Constituição Federal.

O controle jurisdicional, efetuado pelo Poder Judiciário, pode ocorrer de forma difusa ou concentrada. Essa classificação diz respeito à competência do órgão apreciador da inconstitucionalidade. Na forma de controle concentrado, somente o STF é competente para a apreciação e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. A lei é analisada em tese, e sua decisão possui efeito contra todos e eficácia vinculante.

A arguição de descumprimento também é instrumento por meio do qual esse controle se manifesta, tendo por base os preceitos fundamentais e o direito ordinário, inclusive pré-constitucional.

Embora não seja formalmente denominada de ação constitucional, em outro capítulo não se pode inseri-la, porquanto voltada sobremaneira à proteção dos princípios, normas e garantias contidos no âmago da Lei Maior, tornando-se inegável instrumento de controle, não apenas de constitucionalidade das leis, mas sobretudo dos atos do Poder Público que ponham em risco os direitos fundamentais dos cidadãos, e, indiretamente, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. **Constituição do Império do Brasil**, de 26 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 5 maio 2011.
- _____. **Projeto de lei da Câmara nº 2.872/97**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/1999/03/30031999.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2011. Não paginado.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. *Revista de economia contemporânea*. Rio de Janeiro. v. 6, n. 2, p. 119-146, jul./dez. 2002.
- DA CUNHA JUNIOR, Dirley. **Ações constitucionais**. Organizador: Freddie Didier Junior. Salvador: JusPodivm, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (art. 102, § 1º, CF). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/235>>. Acesso em: 3 maio 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais. Garantia Suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 691

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Orlando. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.