

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ASPECTOS  
POLÊMICOS**

**ÁUSTRIA DE FÁTIMA MATIAS**

**SÃO MATEUS**

**2007**

**ÁUSTRIA DE FÁTIMA MATIAS**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ASPECTOS  
POLÊMICOS**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça.

**SÃO MATEUS**

**2007**

Agradeço à minha família e meus professores que  
meu apoiaram e acreditaram em meus propósitos e  
metas.

Dedico esse presente monografia ao meu querido mentor e fonte de inspiração Dr. Uriel Antônio Moreira, meu marido.

“Porque eu bem sei os pensamentos que penso de vós, diz o Senhor; pensamentos de paz, e não de mal, para vos dar o fim que esperais.”

(Jeremias 29: 11)

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO.....   | 8         |
| <b>1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE<br/>BRASILEIRO.....</b> | <b>10</b> |
| 1.1 Constituição de 1824.....   | 10        |
| 1.2 Constituição de 1891.....   | 11        |
| 1.3 Constituição de 1934.....   | 12        |
| 1.4 Constituição de 1937.....   | 13        |
| 1.5 Constituição de 1946.....   | 14        |
| 1.5.1 Emenda constitucional nº 16/65.....   | 15        |
| 1.6 Constitucional de 1967.....   | 17        |
| 1.7 Constituição de 1988.....   | 18        |
| 1.7.1 Emenda constitucional nº 03/93.....   | 19        |
| 1.8 Lei nº 9.868/99.....  | 20        |
| 1.9 Lei nº 9.882/99.....  | 22        |
| <b>2 A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....</b>                      | <b>23</b> |
| 2.1 Previsão Constitucional.....  | 24        |
| 2.1.1 art. 102, § 1º, da CF - norma constitucional de eficácia limitada.....            | 25        |
| 2.2 Competência para Julgamento.....  | 26        |
| 2.3 Natureza Jurídica.....  | 27        |

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 2.3.1 | Significado do vocábulo descumprimento.....   | 28 |
| 2.3.2 | Delimitação da expressão preceito fundamental.....  | 30 |
| 2.3.3 | Argüição autônoma e incidental.....   | 33 |
| 3     | O ASPECTO INTERPRETATIVO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE<br>PRECEITO FUNDAMENTAL.....      | 36 |
| 3.1   | Princípio da Subsidiariedade.....   | 36 |
| 3.2   | Interpretação Conforme a Constituição.....  | 44 |
| 3.3   | Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Interpretação<br>Constitucional..... | 48 |
| 4     | CONCLUSÃO .....   | 52 |
|       | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....   | 54 |

## INTRODUÇÃO

O trabalho em apreço trata de um aspecto polêmico em especial, dentre outros, do controle de constitucionalidade brasileiro.

Cuidando-se de instrumento judicial de cunho objetivo, que possibilita uma fiscalização concentrada de atos do Poder Público pelo Supremo Tribunal Federal, procurou-se realizar sua inserção no complexo quadro de controle da constitucionalidade das regras do direito brasileiro, examinando suas finalidades e inovações.

De início, com o objetivo de embasar a pesquisa, buscou-se apresentar um breve histórico do surgimento e evolução do controle de constitucionalidade de normas do direito pátrio.

Mais a frente, foram conceituados os vocábulos argüição e descumprimento, além da delimitação do alcance da expressão preceitos constitucionais fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito existente no Brasil.

Perquiriu-se a estrutura da argüição, com outros mecanismos de proteção dos direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico internacional, principalmente o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional germânico, cuja influência foi marcante para a caracterização no exemplar nacional.

Em seguida, realizou-se a análise do julgamento final no processo de argüição, debatendo os efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões tomadas, bem como a possibilidade, concedida pela legislação ordinária, de manipulação temporal dos julgados, desde que presentes razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Intenta-se encontrar uma área de atuação para a argüição de descumprimento de preceito fundamental ainda não limitada por outros mecanismos legais ou pela jurisprudência da Corte Suprema, visto que a legislação expressamente explícita seu caráter subsidiário.

# 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

## 1.1 Constituição de 1824

Outorgada em março de 1824 pelo Imperador D. Pedro I, após a dissolução da Assembléia Geral Constituinte, a Constituição do Império apresentava como característica principal a divisão quadripártida dos poderes políticos. Tal bifurcação era representada pelos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador.

Idealizado por Benjamim Constant, também chamado de 4º Poder, o Poder Moderador era exercido pelo Imperador e constituía a base de todo sistema político do Brasil Imperial, cabendo a esse intervir e alterar qualquer decisão dos demais Poderes Políticos sem nenhum critério (art. 98 da Carta Magna). Com extensos poderes de organização e manipulação concentrados no Chefe Supremo da Nação, o exercício do controle de constitucionalidade das leis ficou praticamente inviabilizado.

Apesar desse contexto, influenciado pelo constitucionalismo francês, prevaleceu o entendimento de que somente o Poder que fazia as leis seria o competente para interpretar o seu próprio ato, ficando a cargo do Poder Legislativo a guarda da Constituição, o que afastou o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Dispõe o art. 15, IX da Constituição de 1824: “E’ da attribuição da Assembléa Geral: (...) IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”.

Dessa forma, o Poder Judiciário não poderia recusar a aplicação de qualquer norma que entendesse inconstitucional, por isso grande parte da doutrina tem entendido que a fiscalização constitucional das leis, no Brasil, só viria a ser consagrado, com todos os seus pressupostos técnicos e jurídicos, no período republicano. No entendimento de Paulo Bonavides:

[...] A Constituição de 25 de março de 1824 - Constituição do Império - não favoreceu o advento de um sistema de verificação de constitucionalidade. Com efeito, a Constituição só em parte era rígida: A parte respeitante aos limites e atribuições dos Poderes Políticos (o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial) e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos, conforme decorria do art. 178. A pálfida inspeção de constitucionalidade prevista no art. 173 da Carta outorgada guardava ainda feição política: à Assembléia Geral, no princípio de suas sessões, caberia examinar se a Constituição havia sido exatamente observada para prover como for justo. [...] (BONAVIDES, Paulo, 2002, p. 65).

## **1.2 Constituição de 1891**

Com a Proclamação da República, houve a instituição de um novo regime político no Brasil. Inspirado nos pensamentos de Rui Barbosa, grande admirador dos caminhos trilhados pelos Estados Unidos, as instituições políticas brasileiras passaram a ser representadas pela democracia, república, presidencialismo, federalismo, poder legislativo bicameral (com uma das casas representando os Estados-membros) e a estruturação judicial com a Suprema Corte e a justiça federal.

No que tange ao policiamento normativo, houve a introdução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, também influenciado pelo modelo norte-americano, cabendo ao Pretório Excelso a função de guardião da Constituição.

Porém, esse controle foi muito restrito ou quase inexistente, não só pela formação privatística dos juízes (legalistas e subserviente à Coroa, herdada da

cultura ibérica), como também pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais, e principalmente ao Supremo, a plena realização de tal função.

Assim, a verificação constitucional de normas, durante o período da República Velha, pode ser classificada como difusa, concreta, incidental e sucessiva, podendo as questões constitucionais ser levadas até o Supremo Tribunal Federal, mediante recurso, na forma do art. 59, § 1º ,a da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

[...] Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas [...].

### **1.3 Constituição de 1934**

Com a Revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, em julho de 1934, foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, trazendo várias novidades ao sistema de controle de constitucionalidade de leis, apesar de manter, em sua essência, o método difuso, concreto e incidental, que já persistia no ordenamento jurídico pátrio, com alguma tendência à adoção do controle de constitucionalidade por via de ação direta.

É criado o Mandado de Segurança para a proteção de direito líquido e certo dos cidadãos. O art. 179 da Carta Magna, seguindo a jurisprudência da Suprema Corte Americana, estabeleceu *quorum* mínimo para a declaração de uma lei inconstitucional, necessitando para tal, a maioria absoluta de votos da totalidade dos membros do Tribunal.

No art. 91, inciso IV e art. 96 da Constituição, permitiu-se a suspensão da execução, no todo ou em parte, das leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, desde que praticada pelo Senado Federal, órgão responsável por coordenar os Poderes da República.

Houve a introdução da Representação Interventiva, que tinha como cátedra autorizar a intervenção em qualquer ente federativo que desrespeitasse algum dos princípios sensíveis dispostos na Lei Maior, assim lograva a Constituição de 1934, “[...] art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais [...]”.

A instauração do processo cabia ao Procurador da República perante o Supremo Tribunal Federal, constituindo um processo de natureza objetiva, independentemente da existência de efeitos concretos da lei impugnada, legitimando ativamente o chefe do Ministério Público federal e passivamente os órgãos que elaboraram a lei impugnada.

Tal instituto significou uma real evolução ao sistema de inspeção constitucional brasileiro, pois representou a criação de um novo instrumento que propiciava um controle jurisdicional concentrado e concreto.

#### **1.4 Constituição de 1937**

Com a instituição do Estado Novo e a revogação da Constituição de 1934, o controle de constitucionalidade retornou, basicamente, ao modelo imperial. Houve a impossibilidade de suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada

inconstitucional pelo STF e a exclusão da possibilidade da representação interventiva nos entes federativos.

Apesar da manutenção de outros institutos como o recurso extraordinário e o *quorum* qualificado para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, este último ficou bastante comprometido com a introdução do parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937, onde:

[...] No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal [...].

O mencionado artigo passou a restringir a fiscalização sobre atos e leis produzidos pelo Presidente da República, figura que ganhou tanto relevo nessa Carta Política, que sequer se referia ao Poder Executivo, mas ao Presidente da República.

### **1.5 Constituição de 1946**

Com o fim do Estado Novo houve um processo de redemocratização do país, culminando na promulgação, em 1946, da nova Carta Magna. Uma Constituição de caráter político-liberal, federativa, descentralizadora e garantidora dos direitos individuais dos cidadãos, objetivando retomar as diretrizes adotadas pela Carta de 1934.

Foi abolida a prerrogativa presidencial de revalidar leis ditas inconstitucionais pelos Tribunais, retornando ao Poder Judiciário a competência de proferir a decisão final em questões de natureza constitucional. Conservou-se o

recurso extraordinário e o princípio da reserva de plenário, exigindo o voto da maioria dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei. Houve restabelecimento do poder conferido ao Senado Federal de suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos achados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64 da Constituição).

Retomou-se o mecanismo da Representação Interventiva (art.8º da Constituição), com algumas mudanças importantes em sua estruturação. Inicialmente, fazia-se um pedido ao Procurador-Geral da República, após seu parecer o ato argüido deveria ser submetido ao Supremo Tribunal Federal que, declarando a sua inconstitucionalidade, comunicaria ao Congresso Nacional. Foi oferecida a possibilidade ao Supremo de suspender a execução do ato, caso essa medida fosse suficiente para restabelecer a normalidade federativa, evitando a efetivação da intervenção (art. 13 da Carta Magna).

### **1.5.1 Emenda constitucional nº 16/65**

Já sob a tutela de um governo excepcional comandado por militares, em 26 de novembro de 1965, incorporando importantes mudanças no ordenamento jurídico pátrio, no que se refere ao controle de constitucionalidade de leis, foi publicada a Emenda constitucional nº 16.

Com sua inserção no direito positivo brasileiro, criou a Emenda Constitucional 16/65, o art. 101, I, K da Constituição de 1946, que ficou com a seguinte redação: “art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: (...) k - a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral

da República”. A ação declaratória de inconstitucionalidade, que permitia representação perante o Supremo contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Além do acréscimo do inciso XIII, ao art. 124, autorizando a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal perante a Constituição estadual. Tais implementos representaram uma aproximação ao sistema de fiscalização realizado nos países europeus, cuja base era o padrão austríaco. Destaca Celso Ribeiro Bastos que:

[...] a partir desse momento qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de controle constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, despreendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes, torna-se então possível. A proteção dos direitos individuais já era, e continua sendo, assegurada pela via de defesa. Uma ação cujo único objetivo é a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo, enfim, que se encontra na base de tal instituto [...]. (BASTOS, Celso Ribeiro, 1998, p.401).

Somando-se ao controle constitucional já existente, instituiu-se no direito brasileiro o sistema híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, que se caracteriza pela possibilidade de efetuar não só uma vistoria pela forma difusa, concreta e incidental, mas também um controle abstrato e concentrado das leis. As modificações impostas “[...] afastaram o modelo de controle de constitucionalidade preponderantemente difuso, avizinhando-o do sistema austríaco, o que denotava a existência de uma configuração mista”. (OLIVEIRA, 2004, p. 67).

## 1.6 Constituição de 1967

Imposta durante um conturbado período de autoritarismo, em 24 de janeiro de 1967 foi elaborada a “Constituição do Brasil”. Após sua “promulgação” o que se observou, nos anos posteriores, foi uma sucessão descontrolada de Emendas e Atos Institucionais, modificando seguidas vezes seu texto, rompendo sucessivamente com a ordem constitucional que vigorava de acordo com os interesses da ditadura militar.

Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 53) ensina que, “quanto ao controle de constitucionalidade, manteve-se o sistema consagrado na Constituição de 1946 com pequenas alterações, como a exclusão da possibilidade de representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual”, o que seria posteriormente alterado pela Emenda Constitucional 01/69, retornando ao *status quo*, com as mesmas regras da intervenção federal, permitindo-se, também, a fiscalização da lei municipal diante dos princípios constitucionais sensíveis relacionados na Constituição Estadual (art. 15, § 3º,d, da Constituição).

Relevantes mudanças foram notadas com a aprovação da Emenda Constitucional nº 7/77, que respaldou o Supremo Tribunal Federal de poder para julgar e processar o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República, bem como a função, tipicamente legislativa, de proceder à interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual para a apreciação de alguma inconstitucionalidade.

## 1.7 Constituição de 1988

Confirmando o processo de redemocratização ao qual o país estava passando, em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a 7ª Constituição Brasileira. Nos dizeres do ilustre Ulysses Guimarães “uma Constituição Cidadã”, trazendo um amplo leque de direitos fundamentais e de garantias de várias espécies, representando modelo de Constituição social, com o intuito de permitir a construção de um Estado brasileiro efetivamente democrático.

Na esteira do controle constitucional de normas, manteve o sistema misto, sendo o controle concreto e incidental efetuado pela forma difusa, estando todos os órgãos do Poder Judiciário legitimados para a fiscalização; e o controle principal e abstrato realizado pela via concentrada, sendo o Supremo Tribunal Federal o responsável em âmbito nacional.

Porém, novos instrumentos foram incorporados à fiscalização constitucional pátria, objetivando a preservação dos princípios e regras da Lei Suprema, bem como a consolidação do novo modelo constitucional, trilhando para uma constante evolução interpretativa das normas constitucionais vigentes.

Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 53), “observa uma tendência do constituinte brasileiro em transformar o Supremo Tribunal Federal em um Tribunal Constitucional”, concentrando nele grandes poderes e privilegiando seus julgamentos em sede de ações diretas. Foram criados o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF) e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta última, influenciada pela Constituição Portuguesa, é uma medida que visa dar plena eficácia aos princípios e às normas constitucionais, visto que age diante do ato omissivo da autoridade responsável para dar efetividade aos preceitos da Constituição.

Foi criada a figura do Advogado-Geral da União, responsável por defender o ato impugnado nas ações diretas que visam à declaração de inconstitucionalidade. Alterou-se o nome da representação de inconstitucionalidade para ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da CF), mantendo o seu objeto, e ampliando seu rol de legitimados de um (Procurador-Geral da República) para nove (art.103, I a IX, da Constituição).

Previu a possibilidade dos Estados-membros instituírem ação direta de Inconstitucionalidade para julgamento de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, estaduais e municipais, em face da Constituição Estadual (artigo 125, § 2º). E, finalmente, instituiu a argüição de descumprimento de preceito fundamental em seu art. 102, parágrafo único (posteriormente alterado pela Emenda Constitucional 03/93, para o art. 102, § 1º, da Constituição Federal), necessitando de futura regulamentação por lei ordinária.

### **1.7.1 Emenda constitucional nº 03/93**

A Emenda Constitucional 03/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade, buscando por fim a uma série de decisões referentes a questões constitucionais em processos concretos. A ação declaratória de constitucionalidade é um processo de natureza objetiva, que busca afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, através de uma decisão definitiva vinculante (MORAES, 2003).

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quer confirme a inconstitucionalidade, quer declare constitucional a lei ou o ato normativo federal, tem efeito *erga omnes*, (art. 102, § 2º), subjugando, por conseguinte, todos os

órgãos do Poder Judiciário, bem como o Poder Executivo. Além de vincular àquela decisão todos os órgãos do Judiciário, a própria Corte Constitucional também estará vinculada ao seu julgamento, haja vista tratar-se de coisa julgada material, impedindo até mesmo a aplicabilidade de uma eventual ação rescisória.

### **1.8 Lei nº 9.868/99**

Editada em 10 de novembro de 1999, a Lei nº 9868/99 tem como desígnio disciplinar o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidades, ambas perante o Supremo Tribunal Federal. Antes do advento da Lei nº 9868/99, o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade era previsto no Regimento Interno do Supremo com status de lei ordinária. Atualmente, este é aplicado subsidiariamente.

Dentre os principais pontos englobados pela lei estão os requisitos para a petição inicial de ambas as ações e os casos em que a petição inepta será indeferida. Além de permitir que o relator, considerando a matéria e a representatividade dos postulantes, possa, por despacho, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, consagrando no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, a figura do *amicus curial*, ou “amigo da corte” (MORAES, 2003, p. 622).

Possibilitou a designação de perícia para emitir parecer sobre a questão e autorizou, de forma expressa, a concessão de medida cautelar (por decisão da maioria absoluta dos membros do tribunal) após audiência com as autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo, ou em caso de urgência, sem audiência.

Em seu art. 23, consolidou o caráter dúplice tanto da ação direta de inconstitucionalidade, quanto da ação declaratória de constitucionalidade, ao prever

que após o julgamento será proclamada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Vale ressaltar, que, independente do resultado do julgamento não cabe ação rescisória, mas, somente, embargos de declaração (art. 26).

Permitiu-se a Corte Suprema manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à amplitude da declaração, seja em relação aos efeitos temporais, desde que presentes o requisito do artigo 27 da lei 9868/99, que estabeleceu os seguintes requisitos:

[...] ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (grifo nosso), poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. [...]

E, por fim, causou grande polêmica quanto à constitucionalidade do dispositivo contido no art. 28 da Lei, ao conceder efeitos vinculantes às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 28 da Lei 9868, que prevê os efeitos vinculantes das ações diretas de inconstitucionalidade (Reclamação – Agravo – questão de ordem – nº 1.880 –SP, rel. Ministro Maurício Corrêa. Decisão: 23-05-2002. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ -19-03-2004).

### 1.9 Lei nº 9.882/99

Continuando o processo de evolução do controle de constitucionalidade pátrio, procurava-se uma ferramenta adequada a combater a chamada "guerra de liminares" da Justiça brasileira. Nessa esteira, em 03 de dezembro de 1999, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 9882, que regula o art. 102, § 2º da Constituição da República, estabelecendo o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A Lei nº 9882/99 estabeleceu os legitimados para a propositura da argüição, os requisitos da petição inicial, seu andamento processual, o *quorum* de julgamento da ação no Supremo Tribunal Federal e os efeitos das decisões proferidas. Vale destacar que dispositivos análogos já existiam na Lei nº 9.868/99, para a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Objeto de nossa pesquisa, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, e conseqüentemente a Lei nº 9882/99, será alvo de um estudo mais aprofundado nos capítulos seguintes do nosso trabalho, esmiuçando seus artigos e parágrafos, procurando nos posicionar sobre algumas questões polêmicas existentes, que apesar de recente em nosso ordenamento jurídico, é motivo de enormes controvérsias.

## 2 A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Pertencente ao grupo de ações que visa à defesa do ordenamento jurídico vigente e a Constituição como lei suprema do Estado, a argüição de descumprimento de preceito fundamental é o mais recente instituto de controle constitucional de regras e princípios desenvolvido pelo direito brasileiro e conforme ensina Walter Claudius Rothenburg:

[...] a argüição ampliou o objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade de normas, já bem avançado no ordenamento jurídico brasileiro, passando a englobar os atos municipais, as leis anteriores a Constituição e os atos concretos (não normativos) do Poder Público [...]. (ROTHENBURG, Walter Claudius, 2001, p. 203).

Ademais, permitiu o surgimento de um controle constitucional concentrado e concreto de normas, até então inexistente no Brasil, tornando possível que questões constitucionais, vistas como incidentes processuais em processos comuns, sejam levantadas em caráter principal diante do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, com o implemento do novo dispositivo, mudou-se de forma contundente alguns aspectos da fiscalização constitucional, corroborando para uma completude cada vez maior do direito positivo nacional; Gilmar Ferreira Mendes enumera estas mudanças:

[...] Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização

do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia 'erga omnes' e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais [...]. (MENDES, Gilmar Ferreira. Revista Jurídica Consulex, nº 42, p. 9-12. 30 jun. 2000).

## 2.1 Previsão constitucional

Introduzida pelo texto primitivo da Constituição Federal de 1988, em seu art 102, parágrafo único, foi renumerada, posteriormente, pela Emenda Constitucional 03/93, para o art. 102, § 1º, sendo mantida, contudo, a mesma redação original que estabelece “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A previsão da argüição de descumprimento de preceito fundamental em sede constitucional mostra a importância dada pelo legislador constituinte originário brasileiro ao instituto, condição que não pode ser ignorada pelo legislador ordinário. Sobre o poder constituinte originário, Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky lembram que é aquele que:

[...] pela primeira vez estrutura o Estado, ou o reestrutura, depois que rompe totalmente com a ordem jurídica anterior, é o caso do Brasil após o término do período militar. Mais a frente dissertam sobre a ilimitação jurídica desse poder, pois não encontra nenhuma norma de direito subjetivo a que se deva submeter. O Poder Constituinte Originário é soberano para

fazer as opções acerca da estrutura fundamental do novo Estado que a partir dele será constituído [...]. (MOTA, Leda Pereira. SPITZCOVSKY, Celso, 2001, p. 1-2).

### **2.1.1 Art. 102, § 1º - norma constitucional de eficácia limitada**

A partir da simples leitura da parte final do art. 102, §1º, da Lei Maior, podemos notar a presença da expressão “na forma da lei”, revelando, portanto, tratar-se de espécie de norma de eficácia limitada, dependente de regra infraconstitucional posterior para sua regulamentação.

Tomando-se como base a célebre classificação criada por José Afonso da Silva das normas constitucionais, o dispositivo em análise seria uma norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo e aplicabilidade mediata, isto é, norma por meio da qual “[...] o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo mediante lei.” (SILVA, José Afonso da, 1998, p. 126).

Apesar de contida no corpo constitucional desde 1988, somente no final de 1999, com a edição da Lei nº 9.882, a ação de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada, passando a compor, com todos os aspectos formais, o sistema brasileiro de inspeção de constitucionalidade.

Mesmo antes da aprovação da Lei nº 9.882/99, inúmeras arguições de descumprimento de preceito fundamental foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal. Porém, o entendimento do Excelso Pretório foi que a norma constitucional em debate tinha caráter não aplicável, No mesmo sentido: [...] Agravo Regimental – nº 1140 -TO, rel. Ministro Sydney Sanches. Decisão: 02-05-1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 31-05-1996 [...], impedindo o

Tribunal Constitucional de conhecer das ações propostas, sem que antes houvesse a devida regulamentação do seu cabimento e processamento pelo legislador infraconstitucional.

Parece-nos correto o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de vedar o ajuizamento de ações que visavam argüir o descumprimento de preceitos fundamentais antes da entrada em vigor da Lei nº 9.882/99; “No mesmo sentido, entendendo que era necessário delinear o instituto por lei ordinária” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 58).

A argüição é uma ação criada recentemente no ordenamento jurídico pátrio, não se encontrando nenhum precedente similar no direito nacional, “sendo a norma que a instituiu de baixíssima densidade denotativa”. (RAMOS, 2001, p. 109.), logo se tornou obscuro e impreciso o campo que pretendia abordar o legislador constituinte primário, necessitando, realmente, de norma posterior para sua aplicação, na mesma esteira de pensamento dispõem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

[...] São poucos os elementos extraíveis desse parágrafo. Pode-se concordar que o objeto desse instituto seja a defesa de prefeito fundamental... Sabe-se que o órgão competente para examinar essa argüição é o STF. O resto é remetido à lei. Mas é evidente que acaba restando nas mãos desta um campo excessivamente livre dentro do qual atuará e que, afinal, será esta a lei que constituirá o perfil final do instituto [...]. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. 1989, p. 234).

## **2.2 Competência para Julgamento**

Na condição de guardião da Constituição e órgão responsável por efetuar o controle concentrado de constitucionalidade de normas no Brasil por via de ação direta, coube ao Supremo Tribunal Federal a competência para o processo e

juízo da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Walter Claudius Rothenburg entende que:

[...] a despeito de não estar previsto expressamente a possibilidade de ajuizamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental de Constituição Estadual, não se extrai nenhuma negativa implícita dessa lacuna, nada impedindo o constituinte estadual de estabelecer mecanismo de policiamento semelhante [...]. (ROTHENBURG, Walter Claudius. 2001, p. 214).

### **2.3 Natureza Jurídica**

O legislador constituinte ao disciplinar o controle constitucional dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição (em seu art. 102, § 1º), suscitou controvérsias por parte dos estudiosos quanto a real natureza jurídica do novel instituto agraciado pelo direito brasileiro, visto que se utilizou somente do vocábulo “argüição”.

Antes da regulamentação ocasionada pela Lei nº 9.882/99, alguns doutrinadores inseriram o mecanismo nos instrumentos direcionados ao controle constitucional por omissão. Para José Afonso da Silva (2000, p. 239), o instituto poderia se transformar em um “recurso constitucional” semelhante a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão. Segundo o ilustre jurista “[...] o texto, em exame, permite-nos avançar na mesma direção e será um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao STF.” (SILVA, 1997, p. 531).

Contudo, acreditamos que após a edição da Lei 9.882/99, a argüição de descumprimento de Preceito Fundamental transformou-se em uma ação autônoma que proporciona um controle constitucional, repressivo ou preventivo, dos atos do

Poder Público que desrespeitem os preceitos constitucionais fundamentais defendidos pela Lei Suprema. Alguns doutrinadores lecionam que:

[...] O vocábulo polissêmico “arguição” foi utilizado como verdadeira ação, ou seja, meio, instrumento colocado à disposição para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, para denunciar uma violação a um preceito fundamental da Constituição [...]. (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. 2003, p. 102); No mesmo sentido: (TAVARES, André Ramos. 2001, p. 231- 232).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é medida de cunho judicial, que promove o controle concentrado de constitucionalidade das leis, atos normativos e não normativos, desde que, emanados do Poder Público. (BASTOS, 2001).

### **2.3.1 Significado do vocábulo descumprimento**

Na língua portuguesa a palavra descumprimento significa não realizar, deixar de cumprir algo; para Maria Helena Diniz (1998, p. 90), descumprimento significa, “[...] inadimplemento, falta de cumprimento de uma obrigação [...]”. A concepção, desse termo, que iremos abordar em nosso trabalho não é o aplicado de forma ampla ou genérica, mas sim, o referente ao descumprimento de algo específico; um preceito fundamental. André Ramos Tavares afirma que descumprimento:

[...] Não se trata nem propriamente de uma inconstitucionalidade nem de uma contrariedade à Constituição. O conceito de descumprimento, para fins de arguição, está atrelado aos preceitos fundamentais. Seus contornos, ademais, dependem do legislador. A medida da arguição é de maior extensão em sua abrangência do que as demais existentes (como a ação direta de inconstitucionalidade) restritas a noção técnica de

inconstitucionalidade. Em outras palavras, admite-se que o descumprimento possa ocorrer, em tese, por lei, ato normativo, decisão judicial ou ato administrativo, e mesmo material, incluindo o de caráter privado. O conceito que pode se construir na Constituição é, por isso, bastante amplo, comportando todos os conteúdos assinalados. Contudo, a legislação acabou expurgando dessa noção alguns elementos, que nela se inseririam em tese, embora remanesça a possibilidade ao legislador, de restaurar esse conceito amplo [...]. (TAVARES, André Ramos. 2001, p. 60).

Entendemos mais correto o posicionamento defendido por Roberto Mendes Mandelli Junior, seguindo a orientação de Alfredo Buzaid, “[...] pelo qual descumprimento é espécie do gênero inconstitucionalidade [...]” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 107), assim como a contrariedade.

O jurista destaca que a argüição “[...] tem por fim verificar a contrariedade, a incompatibilidade com a Constituição, ou seja, o seu descumprimento uma inconstitucionalidade [...]” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 107). O objetivo do instrumento, pelo qual se retira da sua própria denominação, é a possibilidade do STF eliminar, declarar inconstitucional ato do Poder Público que desrespeite a Constituição, garantindo a supremacia desta.

O autor acima conclui seu raciocínio, negando o caráter dúplice da argüição:

[...] Dessa forma, julgada improcedente significa que o ato em análise não descumpriu preceito fundamental da Constituição, embora possa ter contrariado ou preceito constitucional que não seja fundamental. Logo a argüição não enseja a ratificação da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, como ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade [...] (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. 2003, p.107-110. ).

Com a devida vênia, discordamos do autor neste ponto. Negar a natureza dupla à argüição seria uma outra forma de limitar o objeto de tutela da ação, ademais ao julgar processos objetivos, já se pacificou doutrinária e

jurisprudencialmente, que a Corte Constitucional pode analisar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade sobre todos os aspectos legais, não se limitando aos fundamentos legais do pedido inicial “[...] ADIN - MC - nº 1896 - DF, rel. Ministro Sydney Sanches. Decisão 18-02-1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 28-05-1999 [...]”.

### **2.3.2 Delimitação da expressão preceito fundamental**

Ao introduzir o termo preceito no art. 102, §1º, da Constituição Federal, o legislador constituinte deixou vago qual seria o sentido exato que deveria ser designado à palavra, visto que não se encontrava na doutrina pátria qualquer referência expressa a uma modalidade de “preceito”. Tornou-se necessário, dessa forma, buscar um significado ao vocábulo de acordo com uma análise global da sistemática constitucional brasileira.

Para Maria Helena Diniz, “[...] preceito é uma norma imposta judicialmente a uma pessoa para que faça ou deixe de fazer algo [...]” (DINIZ, 1998, p. 677).

Inicialmente há de se desconsiderar qualquer designação que coloque em pé de igualdade a idéia de preceito, com a concepção de princípios. O mais correto é interpretar “preceito” como sinônimo de “norma”, aglutinando tanto os princípios como as regras jurídicas. “[...] Preceito é termo genérico utilizado tanto para designar regra ou dispositivo, como para designar um princípio, seja ele expresso ou implícito no texto constitucional [...]” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 112).

Contudo, destacamos que nem todas as regras e princípios jurídicos constitucionais serão defendidos pela argüição. Nesse sentido: “[...] A utilização do vocábulo “decorrente” deixou bem claro o interesse do constituinte originário em

limitar a argüição aos preceitos fundamentais decorrentes direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, da Constituição Federal”. (TAVARES, 2001, p.54). Somente serão alvos da ação aqueles considerados fundamentais, isto é, essenciais, basilares para a estruturação da ordem constitucional. Leciona André Ramos Tavares:

[...] É preciso também afastar a possibilidade que de “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. É que se assim fosse, então tornar-se-ia repetitiva a parte final do § 1º do art. 102 quando se refere a “preceito fundamental decorrente desta Constituição”. Ora, se “fundamental” fosse sinônimo de “constitucional”, a Constituição simplesmente teria sido redundante [...]. (TAVARES, André Ramos, 2001, p. 121-122).

Para Alexandre de Moraes:

[...] os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da república, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais [...]. (MORAES, Alexandre de, 2001, p. 17).

Ao contrário da Verfassungsbeschwerde do direito alemão, andou bem o legislador constituinte originário em não impor expressamente o rol de preceitos fundamentais que deveria ser defendido pela argüição, deixando liberdade para que o caso concreto e o momento oportuno estabeleçam quais preceitos constitucionais podem ser considerados fundamentais. Rothenburg lembra que:

[...] qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva; e a restrição seria agravada pela interpretação restritiva que um rol taxativo recomenda. O custo está na dificuldade de reconhecimento, que implica certa dose de discricionariedade do intérprete/aplicador, o que é inafastável

em sede de jurisdição constitucional [...]. (ROTHENBURG, Walter Claudius, 2001, p. 212).

Dessa forma permitiu-se uma interpretação constitucional evolutiva do instituto, deixando que o período social histórico determine quais preceitos constitucionais devem ser objeto de controle. Para Daniel Sarmiento:

[...] 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. Caberá, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre se baseando na consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional [...]. (SARMENTO, Daniel, 2001, p. 91).

Segundo Oscar Dias Corrêa:

[...] 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 [...]. (CORRÊA, Oscar Dias, 1991, p. 157).

Roberto Mendes Mandelli Junior enumera, de forma exemplificativa, os preceitos constitucionais que devem ser considerados fundamentais.

[...] não se pode negar essa qualidade aos princípios fundamentais relacionados nos arts. 1.º a 4.º da CF; bem como às “clausulas pétreas”, que constituem vedações materiais expressas ao poder de alterar a Constituição (art. 60, § 4.º); e aos “princípios constitucionais sensíveis”, cuja violação autoriza a intervenção federal ou estadual (arts. 34, VII, e 35, IV) [...]. (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes, 2003, p. 117).

### 2.3.3 Argüição autônoma e incidental

Pelo que se analisa da Lei nº 9.882/99, seu art. 1º consagrou duas modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental: a argüição autônoma e a argüição incidental.

A ação já nasceu como instituto bivalente, ora envolvendo-se com caráter processual autônomo, laborando como verdadeira ação sumária (argüição autônoma) tendo por objeto "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" (caput, do art. 1º da Lei 9.882/99), ora equiparando-se a um incidente processual de inconstitucionalidade (argüição incidental), cabível "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição" (art. 1º, par. único, inciso I, da Lei 9.882/99).

Consideramos importante explicitar que ambas as espécies de argüição, relacionadas em diferentes dispositivos da lei, não limitam seu objeto de análise a seu tópico específico de previsão. Nessa esteira, coadunamos com os dizeres de Walter Claudius Rothenburg, segundo o qual:

[...] A oportuna criação das modalidades assim direta como incidental de argüição de descumprimento de preceito fundamental não deve significar que o art. 1º da Lei 9.882/99 esteja composto de duas normas distintas e que a leitura se faça em dois blocos: o caput (correspondente à argüição direta) e a do parágrafo único, inciso I (correspondente à argüição incidental), mas que uma única norma se extraia, estabelecendo o mesmo requisito e o mesmo objeto a ambas as modalidades de argüição [...]. (ROTHENBURG, Walter Claudius, 2001, p. 207).

Apresentando-se em sua espécie autônoma, a argüição será proposta diretamente na Suprema Corte nacional, sem obrigação de existir qualquer processo

judicial pretérito. A ação possuirá caráter típico de processo objetivo, semelhante à ação direta de inconstitucionalidade, exercendo um controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de atos do Poder Público.

A argüição incidental ou por equiparação, termo utilizado por Alexandre de Moraes para designar esta modalidade de argüição, necessita de uma lide anterior já em curso, nascendo em função deste processo paralelo. Havendo controvérsia sobre preceito constitucional fundamental, este será remetido incidentalmente ao Pretório Excelso para sua elucidação. Somente haverá decisão sobre a questão constitucional divergente, seguindo o processo ordinário normalmente, após o pronunciamento do Pleno do Tribunal.

Apesar de surgir incidentalmente em um processo pré-existente, a argüição fica subordinada aos legitimados do art. 2º da Lei 9.882/99, não sendo possível sua requisição pelas partes envolvidas na demanda ou *ex officio* pelo órgão julgador. Em sentido contrário, André Ramos Tavares ampara a tese que:

[...] qualquer das partes interessadas pode interpor a ação, exceto o juiz, por falta de lei expressa. É essa a interpretação que deve prevalecer. Não por falta de outra opção válida, mas sim pela estrutura da argüição incidental (que afasta a possibilidade dos mesmos legitimados ativos da argüição autônoma), bem como pela aplicação dos princípios que regem a matéria (princípio processual de que não deve o Judiciário atuar de ofício, o que afasta a avocação pelo Supremo Tribunal e a interposição pelo próprio magistrado) [...]. (TAVARES, André Ramos, 2001, p. 399-406).

O ajuizamento da argüição incidental implementa “[...] uma cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes. Quando a primeira é relevante, pode desde logo ser levada à Corte Suprema.” (WALD, Arnoldo,

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_07/revista\\_7.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/revista_7.htm) > Acessado em 10 de fevereiro de 2007).

Nesse contexto, o pronunciamento final do Supremo possui duas importantes implicações: a primeira, de natureza endoprocessual, faz com que o desfecho da questão constitua antecedente lógico do julgamento da própria causa da qual surgiu o incidente, vinculando tanto o juízo ordinário como as partes; a segunda possui conotação extraprocessual, uma vez que os efeitos da decisão possuem caráter *erga omnes*, atingindo todos, bem como vinculantes, em face dos demais órgãos do Poder Público.

### **3 O ASPECTO INTERPRETATIVO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

#### **3.1 Princípio da subsidiariedade**

Diferentemente de outras ações constitucionais fiscalizadoras de normas, cujo objeto de abrangência está claramente delimitado pela legislação, a argüição de descumprimento de preceito fundamental apresentou como uma de suas características marcantes a incorporação do princípio da subsidiariedade a sua estrutura de atuação. Neste contexto, mostra-se imprescindível, para o melhor entendimento do novel instituto incorporado recentemente ao ordenamento jurídico pátrio, interpretarmos a regra contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Firma o dispositivo supracitado que, “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

A positivação do princípio da subsidiariedade reflete diretamente na maior ou menor amplitude a ser arrogada a argüição, isto porque, introduzindo-se como um “pressuposto negativo de admissibilidade” (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes, 2003, p. 131), servirá, primordialmente, de filtro para o ajuizamento de demandas perante o Tribunal Constitucional, evitando-se a banalização da atividade de alçada constitucional. Embasando-se neste princípio, que tem como nascedouro o direito alemão e o direito espanhol, os quais limitam a sua atuação ao prévio esgotamento regular das demais instâncias judiciais, somente será cabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver exaurimento das demais instâncias processuais, restringindo o seu aproveitamento para aquelas

hipóteses em que não exista meio eficaz de combate a lesividade. Alexandre de Moraes entende que:

[...] após consolidar o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a legislação ordinária concedeu certa discricionariedade ao supremo Tribunal Federal na seleção dos processos que deverão ser processados e julgados, sob pena de perpetua-se como nova instância recursal [...]. (MORAES, Alexandre de, 2001, p. 28-29).

Gilmar Ferreira Mendes admoesta, de forma bastante coerente, que:

[...] À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão e no direito espanhol para, respectivamente, o recurso constitucional e o recurso de amparo, acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático [...]. (MENDES, Gilmar Ferreira. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev-3/capa.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-3/capa.htm)>. Acessado em 10 de fevereiro de 2007).

Resta determinar o que seria de fato o campo residual da argüição de descumprimento de preceito fundamental, ou seja, cabe ponderar a argüição como ação complementar em relação apenas ao conjunto processual de controle abstrato de constitucionalidade, ou se qualquer outro meio idôneo a sanar a violação jurídica justificaria invocar o princípio da subsidiariedade e negar seguimento à demanda?

Primeiramente, havendo violação a regras jurídicas passíveis de controle abstrato de constitucionalidade, desde já, ficará excluída a possibilidade de ajuizamento da argüição autônoma quando houver outra ação direta (por exemplo, à ação direta de inconstitucionalidade) capaz de sanar eficazmente a incongruência

jurídica. Porém, no que tange a aplicação da argüição incidental, a situação torna-se mais complexa.

Zeno Veloso, considerando a abrangência do nosso sistema de controle constitucional de normas, caracterizou a argüição como “remédio excepcional, último, extremo” que somente poderia ser utilizado em “*casos muito raros e limitados*”. (VELOSO, Zeno, 2000, p. 306).

Para Alexandre de Moraes esse mecanismo de defesa dos preceitos fundamentais:

[...] não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o hábeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, desde que haja efetividade em sua utilização, isto é, sejam suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causada pelo Poder Público [...] Posteriormente, o autor conclui de maneira diversa do seu pensamento inicial a respeito do tema “se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via da argüição” [...]. (MORAES, Alexandre de, 2001, p. 26-27).

Ao enfrentar a questão na ADPF 17-AP, o relator Ministro Celso de Mello, utilizando-se como precedente a ADPF 3-CE, ADPF 12-DF e ADPF 13-SP, entendeu que sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo (inclusive meios ordinários), apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado, não será cabível a argüição.

O Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade, não conheceu, quer em sede plenária (ADPF 3-CE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES), quer, ainda, em decisões monocráticas (ADPF 12-DF, Rel.

Min. ILMAR GALVÃO - ADPF 13-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), de arguições de descumprimento de preceito fundamental, precisamente por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais - tais como o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade (por violação positiva da Carta Política), o agravo regimental e o recurso extraordinário (que admitem, excepcionalmente, a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) e a reclamação -, todos eles aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados. Porém, alerta o Ministro que:

[...] a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. (...) Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição [...]. (Informativo STF nº 243. Brasília, 24 a 28 de setembro de 2001 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info243.asp>>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2007).

Adotando posição bastante peculiar, André Ramos Tavares (2001, p. 43 e 45) acredita que após a regulamentação da arguição, "*para ela desvia-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição*". Segundo o renomado jurista o campo de atuação do novo instrumento foi constitucionalmente delimitado, "*já vem traçada pela própria constituição*", não podendo se sobrepor ao seu objeto de tutela as demais ações diretas. Dessa forma, deve-se repudiar a tentativa doutrinária e legislativa de colocar a arguição em um plano secundário, residual.

[...] Em resumo, portanto, não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da argüição, o mais coerente e constitucionalmente admissível será para ela desviarem-se todos – insista-se uma vez mais – todos os casos de descumprimento de preceitos fundamentais da constituição. É o que impõe a própria sistemática constitucional. Com essa estruturação a medida estaria, como se percebe, angariando parte do que, historicamente, tem pertencido à ação chamada genérica [...]. (TAVARES, André Ramos, 2001, p. 235).

Apesar de atraente, não podemos aceitar a linha seguida por Tavares. Tanto a Lei 9.882/99, da ação direta de inconstitucionalidade, como a Lei 9.882/99, da argüição de descumprimento de preceito fundamental, apresenta equivalência prática quanto aos efeitos e amplitude de suas decisões, não havendo motivo justificável para excluir do campo de atuação da ação direta de inconstitucionalidade os preceitos constitucionais fundamentais, mesmo porque, a subsidiariedade é atribuída somente à argüição e não à ação direta.

Roberto Mandelli vislumbra alguns exemplos de atos passíveis de sindicabilidade pelo recém-criado instituto:

[...] a) edição de decreto legislativo designando plebiscito para aprovar pena de morte; b) edição de medida provisória ampliando mandato político do Presidente da República, em exercício; c) eleição da mesma Mesa das Casas do Legislativo para mandato imediatamente subsequente; d) edição de lei orçamentária que contenha dispositivo contrário a preceito fundamental; e e) lei concessiva de autorização de doação ou venda de bem público. Na hipótese de omissão do poder público com feição não normativa; o não provimento de cargos, pelo Presidente da república, de Ministro do STF, Tribunais Superiores ou do Procurador-Geral da República [...]. (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes: Revista dos Tribunais, 2003, p. 135-136)

Quando comparada com outras ações de cunho objetivo do ordenamento jurídico pátrio, seu objeto de tutela estará limitado: pela ação direta de inconstitucionalidade, no que tange aos atos normativos federais e estaduais,

dotados do atributo de generalidade e abstração, promulgados após a Constituição de 1988. Pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, somente no caso de omissão normativa e não alusiva a prática de atos concretos. E, por fim, haverá esfera de interseção entre a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento, quando for requerida a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal baseando-se em preceito fundamental constitucional. Para Mandelli:

[...] não haverá campo de interseção entre ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento, pois esta última não possui o condão de ser requerida com a função de cumprimento e ratificação de preceito fundamental, mas sim, quando ocorrer descumprimento de normas [...]. (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109-110).

Aplicando-se literalmente o art. 4º, § 1º dificilmente encontraríamos situações jurídicas passíveis de impugnação via argüição. Já alertava o Ministro Carlos Velloso no trabalho escrito em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa, ao ensejo dos seus oitenta anos de idade :

[...] O Supremo Tribunal Federal deverá, ao construir a doutrina da argüição de descumprimento de preceito fundamental, debruçar-se sobre essa disposição legal. É que, 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 Supremo Tribunal Federal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, a argüição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na construção da doutrina dessa argüição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição 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 municípios [...]. (VELLOSO, Carlos Mário da Silva: <[http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discursos/discurso\\_homenagem.htm](http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discursos/discurso_homenagem.htm)>. Acessado em 10 de fevereiro de 2007).

O maior exemplo processual desta afirmação é o recurso extraordinário, que além de possuir legitimidade ampla, pode combater qualquer hipótese de violação ao Texto Supremo. No que toca a parte não atingida pelo princípio da subsidiariedade – como as leis ou atos normativos municipais, incluídos os anteriores à Constituição e os atos normativos secundários – o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência bastante restritiva quanto as suas possibilidades. Sendo convalidada a possibilidade de fiscalização abstrata do direito pretérito e das normas municipais, tais empreendimentos não ficariam a mercê do princípio da subsidiariedade, visto que não existe instrumento legal para solver eficazmente, de forma rápida e genérica, conflitos desta natureza.

Dessa forma, a subsidiariedade deve se relacionar estritamente com a celeridade e efetividade dos meios existentes. Cumpre destacar a natureza estritamente objetiva da argüição de descumprimento de preceito fundamenta, tanto em sua via autônoma, como na via incidental, se sobrepondo a existência de recursos ordinários e extraordinários.

Ensina Gilmar Ferreira Mendes:

[...] Tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível à utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental [...] ainda destaca o autor [...] com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário. (MENDES, Gilmar Ferreira. Revista Jurídica Virtual, nº 13 - JUNHO / 2000).

As decisões proferidas em processos objetivos possuem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, obrigando os órgãos do Poder Público a remediar imediatamente a transgressão constitucional. Por outro lado, quando se utiliza o sistema difuso de fiscalização constitucional, a decisão do julgador limita-se às partes envolvidas no caso concreto. Sob a ótica da defesa de uma ordem jurídica globalmente considerada, mostra-se extremamente insatisfatória a solução dada pela via difusa.

Nessa esteira, havendo uma quantidade considerável de processos versando sobre uma questão jurídica similar, violando algum preceito constitucional basilar, não sendo passível de controle por nenhum meio de fiscalização abstrata de constitucionalidade, o mais prudente seria o cabimento da argüição incidental de descumprimento de preceito fundamental, mesmo sem o prévio esgotamento das vias ordinárias. A rigidez do princípio da subsidiariedade também foi flexionada no direito alienígena:

[...] O recurso de amparo espanhol é, de igual modo, conhecido como remédio subsidiário aos demais instrumentos jurídicos idôneos à proteção dos direitos fundamentais (art. 53.2, da Constituição espanhola). O Tribunal espanhol solidificou tal orientação, por compreender que a jurisdição constitucional, em face da coexistência de outros meios jurídicos aptos a reparar a lesão argüida, deveria resguardar sua competência para exercê-la após o prévio esgotamento das vias judiciais comuns. Contudo, a jurisprudência da Corte constitucional espanhola, em alguns de seus julgados, procurou mitigar o cumprimento rigoroso do exaurimento dos meios jurisdicionais prévios para que fosse assegurada a tutela efetiva do direito fundamental constitucionalmente protegido que estivesse sendo desrespeitado [...]. (OLIVEIRA, Fábio César dos Santos, 2004, p. 163).

Procura-se com esta interpretação, impedir a extensão desnecessária da insegurança jurídica “decorrente da dúvida sobre a constitucionalidade de certos atos estatais” (SARMENTO, Daniel, 2001, p. 105) e evitar o “congestionamento

desnecessário do Poder Judiciário, que será poupado do ônus de julgar um sem-número de processos rigorosamente iguais” (SARMENTO, Daniel. Idem, ibidem).

Tendo o legislador limitado a propositura da ação a um número reduzido de legitimados, a solução da controvérsia estará direcionada, inequivocamente, para o resguardo do ordenamento jurídico nacional globalmente considerado, e não, para a defesa exclusiva de uma questão intersubjetiva derivada de um processo comum. A argüição usurpa os limites do processo subjetivo embutindo o próprio interesse público na demanda, quer seja por obvias razões de segurança jurídica, quer seja pela necessidade de uma imediata e efetiva resolução da pendência constitucional, sempre objetivando garantir o princípio da máxima efetividade da prestação jurisdicional pelo Estado. Seguindo a mesma linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes finaliza:

[...] Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia [...]. (MENDES, Gilmar Ferreira. Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, nº 13 - junho/2000. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev-13/capa.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/capa.htm)>. Acessado em 10 de fevereiro de 2007).

### **3.2 Interpretação Conforme a Constituição**

Por não constituir uma ciência exata, a hermenêutica jurídica possibilita aos estudiosos e aplicadores do Direito interpretar de diferentes formas uma mesma disposição legal. A interpretação dada aos diferentes regramentos constitucionais institui-se como elemento fundamental para a unidade do ordenamento jurídico

vigente em um Estado, visto que, formará a estrutura básica a ser seguida pelas demais normas infraconstitucionais. Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição [...]. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 1997, p. 208)

Na interpretação conforme a Constituição, o órgão julgador procura compatibilizar o significado e alcance das normas infraconstitucionais com o texto constitucional, o sentido dessas normas deve ser capturado pelo intérprete no contexto da ordem constitucional que se insere, excluindo as demais interpretações.

No Direito brasileiro o responsável por velar a Constituição da República é o Supremo Tribunal Federal, que ao exercer suas funções jurisdicionais molda as possibilidades interpretativas do direito positivo. Porém, o Excelso Pretório não pode, segundo estabelece sua própria jurisprudência, a pretexto de se buscar o sentido constitucional da norma, afrontar a expressão literal do texto da lei, indo de encontro a manifesta intenção do legislador, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

[...] Se por via de interpretação pode chegar-se a vários sentidos para a mesma norma, é muito compreensível – uma vez mais que colabora de forma decisiva para a economia legislativa – que se venha a adotar como válida a interpretação que compatibilize a norma com a Constituição. Temos, pois, por força deste princípio de interpretação conforme o texto constituição, que se deve, dentro do possível, elastecer ou restringir a norma de modo a torná-la harmônica com a Lei Maior. Na verdade, esta interpretação conforme à Constituição vai além da escolha entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, para distender-se até o limite da inconstitucionalidade, Aqui tenta-se encontrar, neste espaço, um sentido que, embora não o mais evidente, seja aquele sem o qual não há como ter-se a lei compatibilizada com a Constituição. (BONAVIDES, Paulo, 1998, p. 65).

A interpretação de normas trilha o caminho inverso ao seguido pelo legislador, transformando situações abstratas em possibilidades concretas. Somente será possível utilizar-se da interpretação conforme a Carta Magna, quando o regramento impugnável possuir várias significações possíveis, contudo, sendo o sentido da norma unívoco, inviável será tal solução hermenêutica.

Nesse sentido: (ADIN - MC - nº 1344 - ES. Decisão 18-05-1995. Publicação 19-04-1996) o relator Ministro Moreira Alves fez a seguinte explanação:

[...] Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme à Constituição [...].

Gilmar Ferreira Mendes vislumbra que a oportunidade para interpretação conforme a Constituição “existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição” (MENDES, Gilmar Ferreira, 1996, p. 222). Destarte, a doutrina procura diferenciar a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, esta última refere-se, “normalmente, a casos não mencionados no texto, que, por estar formulado de forma ampla ou geral, contém, em verdade, um complexo de normas” (MENDES, Gilmar Ferreira. Idem, p. 96), Excluindo a possibilidade de aplicação da lei apenas a

determinadas hipóteses de incidência, reconhecendo a sua utilidade nas demais situações. Ensina o supracitado jurista sobre os institutos em tela:

[...] Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal [...]. (MENDES, Gilmar Ferreira. 1996, p.275).

Na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7-DF, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal da seguinte forma, na ementa de decisão:

[...] O princípio da interpretação conforme à Constituição ("Verfassungskonforme Auslegung") é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF, em sua função de Corte Constitucional, atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo [...]. (Representação - nº 1417 - DF, rel. Ministro Moreira Alves. Decisão 09/12/1987. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ. 15-04-1988)

Assim, a interpretação conforme a constituição surgiu como um instrumento de controle constitucional, cuja função primordial assegura a aplicação das normas infraconstitucionais de acordo com os ditames da Carta Magna, possuindo uma dupla face, primeiramente mostra como deve ser empregada a lei, e, por fim, impede sua aplicação inconstitucional.

O fundamental para o entendimento das posições tomadas a seguir é a visualização, tanto da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, como da interpretação conforme a Constituição, como formas de restringir interpretações possíveis de uma norma, independente de suas diferenças intrínsecas e específicas. Ao comparar o tema com a visão dada pelo direito alemão, discorre Celso Ribeiro Bastos:

[...] No Brasil, ao contrário do que acontece na Alemanha - onde a interpretação conforme à Constituição resulta na procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, declarando inconstitucionais os sentidos que são incompatíveis com a Lei Fundamental -, a interpretação conforme à Constituição resulta na improcedência da ação de inconstitucionalidade, já que a norma em questão permanece no ordenamento jurídico pátrio, com a interpretação que a coloca em harmonia com a Constituição Federal. [...]. (BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos, 2000, p. 76).

### **3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Interpretação Constitucional**

O art. 10, *caput*, da Lei 9.882 de 1999 preconiza que ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental a decisão proferida fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Nada obstante, menção semelhante já havia sido concedida à ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade pelo art. 28, parágrafo único, da Lei nº 8.868/99. Segundo Ingo Sarlet:

[...] apesar da Lei 9.882/99 não apresentar dispositivo idêntico ao art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, que positivava a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto como técnicas a serem utilizadas para a modulação dos efeitos das decisões declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, a negligência do legislador não elimina a incidência destes

institutos no julgamento da argüição, fundamentalmente em razão de suas aplicações na jurisprudência da Corte Suprema terem se dado independente de prévia existência de mandamento legal [...]. (SARLET, Ingo Wolfgang, 2001, p. 154).

Apesar de possível ao Tribunal Constitucional, no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, lograr as formas pelas quais a norma deve ser aplicada ou interpretada, em nenhum momento permitiu-se aos legitimados versar seu pedido principal sobre tais bases, isto é, o pedido do legitimado deve se limitar à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e não, na interpretação conforme a Constituição ou declaração parcial de inconstitucionalidade da norma, sem redução de texto.

Até o ajuizamento da ADPF-54, os pedidos formulados em sede de argüição limitavam-se a asseveração do descumprimento de algum preceito fundamental desrespeitado pelo Poder Público, requerendo a amputação total do ato questionado do sistema jurídico. Diferente da dogmática adotada, e até então seguida nos processos de natureza objetiva, o pedido principal requerido foi a “revogação” de determinada interpretação jurisdicional dada a certos dispositivos do Código Penal que, segundo o requerente, transgrediam preceitos constitucionais fundamentais. Eis a transcrição, *in verbis*, do pedido principal da petição inicial:

[...] Por todo exposto, requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n° 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado [...].

Por relaciona-se à matéria de suma importância social, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos foi motivo de acalorados debates no plenário do Supremo Tribunal Federal. Deixando de lado o mérito do processo, que ainda será debatido em seu julgamento final, sob o ponto de vista processual o simples cabimento da petição inicial, com respectivo aceite de seu pedido principal, pode indicar um novo caminho a ser trilhado pela argüição de descumprimento de preceito fundamental para se tornar um instrumento jurídico mais efetivo no contexto das ações fiscalizadoras de constitucionalidade concentrada.

Com a impossibilidade da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade serem meios diretos aptos de se reivindicar a procedência parcial de uma demanda – ou se pede tudo, isto é, a inconstitucionalidade da regra, ou então não se pede nada – ficando a possibilidade de interpretação conforme a Constituição limitada a uma técnica de decisão proferida no julgamento final da ação, a argüição transforma-se no único meio eficaz de englobar as demandas que objetivam, primordialmente, a proclamação parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, estando afastado o princípio da subsidiariedade, já dissecado no tópico anterior.

Dessa forma, a argüição de descumprimento de preceito fundamental sugará para o seu campo de atuação todas as violações a preceitos constitucionais considerados fundamentais, em que os legitimados busquem a obliteração parcial da norma impugnada.

Consideramos este direcionamento o mais coerente a ser homologado pelo Tribunal Constitucional, ou, como destacou o Ministro Carlos Velloso, pode ser que num futuro bastante remoto a argüição seja “posta de lado” (VELLOSO, 2005), ficando marginalizada no contexto processual.

Esperamos, assim, que se prestigie este extraordinário instrumento de controle constitucional, sendo a hermenêutica utilizada, para o seu manejo mais efetivo possível, tornando-a indispensável de defesa dos preceitos fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico.

## 4 CONCLUSÃO

Objetiva o controle de constitucionalidade a defesa da ordem constitucional vigente. No Brasil Imperial, esta fiscalização apresentou-se insipiente, só vindo a ser consagrada, com todos os pressupostos legais, no período Republicano. Inicialmente, somente pela via difusa, influenciada pelo direito norte-americano, e posteriormente pela via concentrada, capitaneada pelo direito austríaco.

Nos dias atuais, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil possui uma estrutura híbrida ou mista, caracterizado pela possibilidade de efetuar não só uma inspeção pela forma difusa, concreta e incidental, mas também um controle abstrato e concentrado das leis.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é o mais recente instituto de controle constitucional de princípios e regras desenvolvido pelo direito pátrio. Criada por uma norma constitucional de eficácia limitada, art. 102, § 1º, da Constituição Federal, houve necessidade de regulamentação por lei ordinária para sua real efetivação e utilização.

Visando suprir a lacuna deixada pelo legislador constituinte de 1988, foi publicada a Lei nº 9.882/99, que disciplinou o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

Não obstante apresentar algumas semelhanças com outras ações estrangeiras, a argüição, na forma com que foi incorporada ao direito brasileiro, não possui qualquer identidade com outro instituto alienígena, tornando-se assim, um mecanismo totalmente inovador.

A argüição expandiu o objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade de normas, passando a englobar os atos municipais, as leis anteriores à Constituição e os atos concretos do Poder Público, até então impossibilitados, pela jurisprudência do Supremo tribunal Federal, de sofrer vistoria pela via concentrada de constitucionalidade.

A finalidade do instituto, da qual se retira da sua própria denominação, é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional ato do Poder Público de qualquer das esferas federativas e administrativas, inclusive de particulares investido de autoridade pública, que desrespeite preceito constitucional considerado fundamental para a estruturação da ordem jurídica.

Trabalhou muito bem o legislador em não impor, expressamente, o rol de preceitos fundamentais que deveria ser coberto pelo novel instituto, porém não se poderá negar fundamentalidade aos princípios relacionados nos artigos 1.º a 4.º da Constituição, bem como às cláusulas pétreas, art. 60, § 4.º, e aos princípios constitucionais sensíveis, artigos 34, VII, e 35, IV, todos do mesmo diploma legal.

Destarte, a expectativa doutrinária é o alargamento maior das possibilidades jurídicas desse extraordinário instrumento de controle constitucional, sendo a hermenêutica utilizada para o seu manejo, tornando-a mais efetiva possível, perpetuando a argüição de descumprimento de preceito fundamental como via indispensável de defesa dos preceitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

**Comentários à Constituição do Brasil**. 4v, tomo 3. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

**Constituição Federal, Código civil (2002/1916), Código de processo civil, Código penal, Código de processo penal e Legislação complementar**. São Paulo, Manole, 2003.

**Legislação anotada – STF**. Brasília, 20 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

**Vade Mecum Jurídico**. São Paulo, RCN editora, 2005.

TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988: contribuição crítica**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 4v, tomo 3. São Paulo: Saraiva, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, ano 4, nº 42, p. 9-12. 30 jun. 2000.

**Arguição de descumprimento de preceito fundamental: § 1º DO ART. 102 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, nº 07 - dez/99. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_07/revista\\_7.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/revista_7.htm). Acessado em 10 de fevereiro de 2007.

**Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, nº 13 - junho/2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev-13/capa.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-13/capa.htm). Acessado em 10 de fevereiro de 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei nº 9.882, de 03/12/1999**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Orgs). **A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análise à luz da lei n.º 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Brasília, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://>

gemini.stf.gov.br/netahtml/discursos/discurso\_homenagem.htm>. Acessado em 10 de fevereiro de 2007.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WALD, Arnoldo. **O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente**. In Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, nº 07-dez/99. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_07 /revista\\_7.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07 /revista_7.htm)> Acessado em 10 de fevereiro de 2007.