

DIREITO CONSTITUCIONAL

A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL*

Carlos Mário Velloso

Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal.
Professor Emérito da PUC-MG e da Universidade de Brasília, UNB.

Sumário: I. Introdução: A Jurisdição Constitucional: A Contribuição e Hans Kelsen. II. O florescimento da Jurisdição Constitucional. III. A Criação das Cortes Constitucionais Européias. IV. A Jurisdição Constitucional no Brasil. V. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. VI. Argüição autônoma e argüição incidental. VII. O que deve ser entendido como preceito fundamental. VIII. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: traços básicos. IX. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONTRIBUIÇÃO DE HANS KELSEN

Em seguida à conferência de Hans Kelsen, proferida há mais de setenta anos, em que o jurista notável propugnou pela criação de Tribunais Constitucionais, a fim de realizar a jurisdição constitucional, tendo em vista que o ordenamento jurídico configura-se “como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa pelo controle da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior”, seguiu-se, em 1929, o famoso debate que Kelsen travou com Cari Schmitt, em que Kelsen sustentou que a guarda da Constituição deveria ser deferida a um Tribunal Constitucional, que apreciaria as questões jurídico-

* Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa, ao ensejo dos seus oitenta anos de idade.

constitucionais, realizando a supremacia da Constituição. É que esta é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado e “uma Constituição, na qual não existia a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico”. Carl Schmitt, a seu turno, recusava a idéia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque a decisão que resolve a questão de constitucionalidade teria natureza política. Não caberia, então, a um Tribunal ‘fazer política’, na defesa da constituição. Essa caberia, sim, a um órgão político. Essas duas posições exprimem, leciona Cardoso da Costa, “duas concepções diferentes de Constituição, ou do seu momento essencial e verdadeiramente radical (a uma concepção ‘normativista’ de Constituição, como era a de Kelsen, contrapunha-se uma sua concepção ‘decisionista-unitária’, como era de Schmitt), e, conseqüentemente, do que deva ser a sua ‘defesa’ ou a sua ‘guarda’; como nela se exprimem, também, entendimentos diversos acerca da natureza da ‘justiça’ ou da função jurisdicional”.

Do debate, saiu vitorioso Hans Kelsen. Pode-se afirmar, aliás, que Kelsen iniciou e pôs fim à polêmica. Sua conferência representou, felizmente, o alfa e o ômega da questão.

II. O FLORESCIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A partir daí, e após a 2ª Guerra, foi notável o florescimento da jurisdição constitucional no velho mundo, registra Mauro Cappelletti, com a consolidação e alargamento do controle de constitucionalidade e sua introdução onde ainda não existia. As causas desse florescimento da jurisdição constitucional foram mesmo estas: o renascimento do constitucionalismo após a 2ª Guerra, a redescoberta da idéia de constituição e a necessidade de protegê-la.

III. A CRIAÇÃO DE CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPEIAS

A Constituição da Áustria de 1920, sob a inspiração de Kelsen, criou a Corte Constitucional austríaca, aperfeiçoada com a reforma constitucional de 1929, também inspirada por Kelsen, e suprimida em 1938 com a ocupação alemã. A Tchecoslováquia e a Espanha, em 1921 e 1931, respectivamente, criaram as suas Cortes Constitucionais, as quais tiveram, entretanto, duração efêmera. Após a 2ª Guerra é que se deu o

florescimento da jurisdição constitucional: a Corte Constitucional da Áustria foi reaberta em 1945. A Constituição italiana, de 1947, com vigência a partir de 11 de janeiro de 1948, criou a Corte Constitucional da Itália. O mesmo ocorreu com a Alemanha Federal, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Seguiu-se a instituição de Cortes Constitucionais no Chipre em 1960; na Turquia, em 1961; na Iugoslávia, de 1963 a 1974; na Tchecoslováquia, em 1968; na Grécia, em 1975; em Portugal, na primeira reforma da Constituição de 1976, ocorrida em 1982; na Espanha, em 1978 e na Polônia, em 1986.

IV. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

No Brasil, a jurisdição constitucional – a jurisdição constitucional propriamente dita, o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional das Liberdades, na classificação de Capelletti – tem sido ampliada, significativamente.

A Constituição do império, de 1824, consagrava o controle político. Com a República, adotamos o controle jurisdicional, segundo o modelo norte-americano, controle difuso, portanto. Este foi o modelo consagrado na Constituição Republicana de 1891. A Constituição de 1934 “introduz a ‘ação direta interventiva’, modalidade de controle de constitucionalidade que se aproxima do modelo concentrado, vez que o único foro competente para julgá-la era o Supremo Tribunal Federal”, cuja decisão representava um prius para a intervenção federal do Estado-membro. E mais: estabeleceu a Constituição de 1934 que a decisão de inconstitucionalidade somente seria tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais e atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A carta de 1937, que simplesmente dava forma de legalidade à ditadura do Estado Novo, trouxe retrocesso. A constituição de 1946 restaurou o controle de constitucionalidade. A Emenda Constitucional 16, de 1965, criou a ação direta genérica, ao instituir a representação de inconstitucionalidade da competência do Supremo Tribunal Federal, que seria proposta pelo Procurador-Geral da República. E prescreveu, ademais, que a lei poderia estabelecer processo de competência originada dos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição do Estado. A partir daí, portanto, passamos a contar com os dois tipos de controle, o difuso e o concentrado, em abstrato, de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, da competência

exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1967, com e sem a EC 1/69, manteve o sistema, ampliado pela Constituição de 1988, que criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, alargou a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade e instituiu a arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, aumentando e fortalecendo o controle concentrado.

V. A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição de 1988 estabeleceu, no parágrafo único do art. 102, depois transformado em §1º, pela EC 3/93, que acrescentou o §2º, a arguição de descumprimento de preceito constitucional decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A norma constitucional em apreço – §1º do art. 102 – é norma constitucional não auto-executável, ou não auto-aplicável, ou, na classificação de José Afonso da Silva, norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, porque é dependente de normatividade ulterior”.

A Lei 9.882, de 03.12.99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito constitucional, veio conferir eficácia plena à norma constitucional mencionada.

VI. A ARGÜIÇÃO AUTÔNOMA E A ARGÜIÇÃO INCIDENTAL

O art. 1º, caput, da Lei 9.882, de 03.12.99, cria a arguição autônoma, com a natureza de ação, que poderá ter como objeto ato do Poder Público, federal, estadual ou municipal. É dizer, nessa ação poderá ser impugnado ato do Poder Público, a fim de evitar ou reparar lesão a preceito constitucional inscrito na Constituição.

Estabelece, em seguida, o parágrafo único do referido artigo 1º:

“Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito constitucional:

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

Tem-se, aí, hipótese de ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Em síntese: o art. 1º e seu parágrafo único, da Lei 9.882/99, criam dois tipos de argüição de descumprimento de preceito fundamental: a) a argüição autônoma e b) a argüição incidental.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 3-Ceará (questão de ordem), Relator o Ministro Sydney Sanches.

VII. O QUE DEVE SER ENTENDIDO COMO PRECEITO FUNDAMENTAL

Uma questão deve ser posta: preceito fundamental seria o mesmo que princípio constitucional fundamental? Estes, os princípios constitucionais fundamentais, estão escritos nos artigos 1º a 4º da Constituição. Impõe-se resposta negativa. Os preceitos constitucionais fundamentais não são apenas os princípios fundamentais inscritos nos artigos 10 a 40 da Constituição. Ensina José Afonso da Silva: “Preceitos fundamentais não é expressão sinônima de “princípios fundamentais”. É mais ampla, abrange a estes e a todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (tít. II).”

O Ministro Oscar Dias Corrêa, que integrou a Comissão que elaborou o anteprojeto de que resultou a Lei 9.882/99, lecionou, conforme citação do Ministro Néri da Silveira, no voto que proferiu na ADPF 01, que:

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

E acrescentou:

“Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas

questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político administrativa; ...”

Celso Bastos ensina que na arguição de descumprimento de preceito fundamental não “se discute qualquer norma constitucional. Na nova hipótese só cabe a ação se houver desrespeito a preceito fundamental. Este fator faz uma enorme diferença. Pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão somente aos grandes princípios e regras brasileiras deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvidas quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais”.

Não há dúvida de que não será objeto da arguição a lesão a qualquer norma constitucional. A lesão a qualquer norma constitucional será objeto da ação direta de inconstitucionalidade. A norma constitucional objeto da arguição de descumprimento é a que compreende prescrição constitucional fundamental. Todavia, é preciso deixar claro, também, que preceito fundamental é expressão que abrange mais do que princípios fundamentais (CF, arts. 1º a 4º).

A aplicação do devido processo legal, em seu sentido substantivo, será o meio inesgotável para a garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como para o correto exercício da função administrativa. O debate da autonomia, importante quanto possa ser, parece ter sido superado. Inicia-se um outro – a respeito daquilo que se espera e se deseja de nossa autoridade monetária.

VIII. A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: TRAÇOS BÁSICOS

A argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da argüição (art. 2º, § 1º).

VIII.I. O “OUTRO MEIO EFICAZ” DE SANAR A LESIVIDADE

O § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99 estabelece que “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

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 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.

Dominado o processo da argüição de descumprimento de preceito fundamental pelo princípio da subsidiariedade, não será ela admitida quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 03, Relator o Ministro Sydney Sanches, reconheceu a aplicabilidade do princípio. Há os que sustentam que esse outro meio eficaz deverá ser buscado no controle concentrado, apenas. Vale dizer, com a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade. Esse parece ser o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, que leciona: “Assim, 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”. E mais adiante observa que, “assim, tendo em vista o perfil objetivo da argüição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-ser-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.”

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, no julgamento da ADPF 03, Relator o Ministro Sidney Sanches, decidiu no sentido de que outro meio eficaz de sanar a lesividade poderia ser buscado no controle difuso, vale dizer, em qualquer ação ou recurso, inclusive o recurso extraordinário, ou em quaisquer meios judiciais eficazes para se sanar a lesividade.

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

VIII.II. A MEDIDA LIMINAR

A medida liminar poderá ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º). Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 51, § 10). O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (art. 5º, § 2º) e a liminar poderá consistir na determinação de que Juizes e Tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto de argüição de descumprimento do preceito fundamental, salvo de decorrentes da coisa julgada.

VIII.III. O DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO DA ARGÜIÇÃO

Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará informações aos responsáveis pelo ato questionado, no prazo de dez dias (art. 6º). Poderá o relator, ainda, se entender necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º, § 1º). Esta é uma inovação interessante. Professores de Direito Constitucional, por exemplo, de reconhecida capacidade profissional, poderão ser convocados a emitir o seu parecer a respeito da questão em debate, publicamente.

Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10). Tem-se, no ponto, a consagração da famosa frase do Justice Charies Hugges: temos uma constituição, mas a constituição é aquilo que os juizes dizem que é.

O cumprimento da decisão faz-se independentemente de acórdão (art. 10, § 1º). A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, §3º).

VIII.IV. EFEITOS DA DECISÃO

O artigo 11 é também inovador e se inspira na Constituição portuguesa de 1976: ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderia 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.

Há quem sustente que o quórum de dois terços seria inconstitucional, dado que a decisão mais importante, que é a declaração de inconstitucionalidade, é tomada por maioria absoluta dos membros do Tribunal (CF, art. 97).

A decisão é irrecurável e não poderá ser objeto de ação rescisória (art. 12), cabível reclamação (CF, art. 102, I, I) contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno (art. 913).

IX. CONCLUSÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição está na linha do notável florescimento da jurisdição constitucional, fortalecendo o controle de constitucionalidade concentrado. O Supremo Tribunal Federal deverá construir a sua doutrina. Intérprete maior e soberano da Constituição, haverá de fazer doutrina que torne eficaz a medida, como forma de proteger e garantir a Constituição.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Didlogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 12, mar. 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>.