

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Conceitos e Aplicabilidade Factível Analisados e Construídos Fundamentalmente sob os Pilares da Hermenêutica Jurídica – Parte II

KELLY GRACIE PINTO GARCIA

Especialista em Direito Processual Civil Constitucional, Professora de Direito Constitucional e Controle Social do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, Assessora Judiciária de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Autora de Artigos.

SUMÁRIO: Introdução; I – A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil; II – A interpretação e a aplicabilidade das normas constitucionais ; III – Arguição de descumprimento de preceito fundamental; IV – O objeto e o procedimento da arguição; V – Dos limites da coisa julgada e manipulação dos efeitos da decisão; VI – Do controle dos atos municipais; VII – Do controle de atos anteriores à Constituição; VIII – Da legitimação para a propositura da arguição e intervenção de terceiros; IX – Da subsidiariedade; X – Da medida cautelar; XI – Institutos similares no direito comparado; XII – Aplicação do princípio da fungibilidade; XIII – Conclusão; Lei nº 9.882, de 03.12.1999, comentada por artigos; Referências bibliográficas.

III – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui uma das formas que compõem o quadro singular e *sui generis* de controle de constitucionalidade no Brasil, encontrando-se previsto no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, valendo dizer que se refere a um produto da atividade do Poder Constituinte Originário.

Certamente, trata-se de um mecanismo que veio a integrar o rol dos instrumentos assecuratórios do princípio da supremacia da Constituição, caracterizado como o quinto elemento harmonizador e saneador dos vícios de inconstitucionalidade, regulamentado através da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Assim, ao lado da tradicional representação de inconstitucionalidade interventiva, da ação direta de inconstitucionalidade, da ação de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental integra um verdadeiro arsenal somente encontrado no Brasil, no combate à inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Nada obstante essas considerações, a doutrina se divide acerca da efetividade e da própria legitimidade desta lei. Em um primeiro grupo, observa-se a defesa do novel instituto, considerado um avanço no sistema constitucional brasileiro; em um segundo grupo, mais descrente, verifica-se, inclusive, a preocupação com a estabilidade do Poder Judiciário frente a este novo mecanismo.

Elival da Silva Ramos reforça o grupo daqueles que não acolheu com bons olhos a introdução deste mecanismo de controle de constitucionalidade:

“[...] não nos parece aceitável extrair-se de um dispositivo com um conteúdo significativo tão fluido, como é o caso do § 1º do art. 102, a interpretação de que ali se permitiu ao legislador infraconstitucional a instituição de um instrumento a mais voltado ao controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos diante da Constituição Federal, controle esse, conforme gizado pelo Pretório Excelso, de natureza extraordinária, a exigir expressa manifestação de vontade do Constituinte.”¹

E, nesta linha, cabe ressaltar que, embora reconheçam na regulamentação deste instituto, como salientado anteriormente, a busca de um mecanismo para tentar expungir a famosa e disseminada “guerra de liminares”, alguns doutrinadores constitucionalistas questionaram a constitucionalidade da própria norma assecuratória e curativa – tanto assim que era inerente a interposição de uma ação direta de inconstitucionalidade, como foi a ADIn 2.231/DF.

O fato é que o Relator Ministro Néri da Silveira, em data de 27.06.2000, deferiu, em parte, a medida liminar para suspender, com eficácia *ex nunc*, os preceptivos do inciso I, parágrafo único, do art. 1º e § 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/1999, até a decisão final do julgamento.

Todavia, o julgamento do pedido liminar ainda não foi concluído, suspenso que se encontra desde 01.02.2002, pelo pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, renovada em 28.04.2004.

Os dispositivos citados compreendem o seguinte teor:

“Art. 1º [...]

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

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

“Art. 5º [...]

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”

1 RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Mas, independentemente disto, o instrumento está integrado ao nosso sistema desde a Constituição de 1988, e ainda hoje carece de uma estruturação no seu todo, com uma melhor compreensão de seus verdadeiros escopos, para que o enfrentamento da matéria ressinta-se de concretude e plena eficácia.

Assim, no intuito de buscar uma formatação factível ao que poderia ser considerado preceito fundamental, procede-se a uma minuciosa análise dos aspectos norteadores da expressão, a começar pela construção de um conceito.

Diz-se conceito, e não definição, por razões de não se pretender aqui criar uma certeza absoluta, uma máxima inquestionável e precisa, dotada da mais plena exatidão, como tudo aquilo que se recobre de definição. Mas, ao contrário, pretende-se, tão-somente, dentro de um campo abstrato, e portanto apreciativo e idealizado, construir um conceito plausível de ser acolhido e questionado.

Indubitavelmente, o maior desafio é encontrar essa conceituação, o que vai variar de acordo com o enfoque que se dê à própria natureza da Constituição, se aberta ou fechada, mas sob o enfoque nitidamente jurídico.

Destarte, com base nas lentes do Supremo Tribunal Federal, que imprime um sistema inexoravelmente fechado à Constituição Federal, poderia delimitar-se o conceito, restringindo às normas previstas nos arts. 1º a 17 do texto constitucional, que tratam especificamente dos princípios fundamentais (arts. 1º a 4º) e dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), e mais ampliativamente alguns outros espalhados expressamente pelo corpo orgânico da Constituição.

Vale dizer, o eminente jurista Hely Lopes Meirelles, apreciando a matéria, afirma que:

“Ninguém poderá negar qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes, o voto direito universal e secreto.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios constitucionais sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de *unidade da Constituição* (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um engessamento da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado.

Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva.”²

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 440.

Ora, segundo o entendimento do ilustre autor, existe uma enumeração taxativa, limitativa e restritiva dos princípios a serem considerados para efeitos de preceitos fundamentais, os quais jamais poderão divorciar-se da órbita constitucional, fazendo-se necessário com que “os limites materiais operem como verdadeiros limites textuais implícitos”³.

E, mais adiante, conclui:

“Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.”⁴

Já segundo José Afonso da Silva existe uma distinção entre os princípios fundamentais contidos nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal e os preceitos fundamentais, posto que estes são mais amplos, abrangendo, pois, aqueles e a todas as prescrições que dão o sentido elementar do sistema constitucional:

“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. E é aí que aquele dispositivo poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso. A lei prevista bem poderia vir a ter a importância da Lei de 17 de abril de 1951 da República Federal da Alemanha que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*, que se tem traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade, é mais do que isso, conforme se vê da definição que lhe dá Capelletti: ‘O recurso constitucional consiste num meio de queixa jurisdicional perante o Tribunal Constitucional Federal, a ser exercitado por particulares objetivando a tutela de seus direitos fundamentais, assim como de outras situações subjetivas constitucionais lesadas por um ato de qualquer autoridade pública.’”⁵

Celso Ribeiro Bastos segue os mesmos entendimentos de José Afonso da Silva, fazendo, portanto, uma distinção, dentro da Constituição, do que seriam normas fundamentais e não fundamentais, e alude:

“O texto constitucional consagra como princípios fundamentais (art. 1º): a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais, vedando a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir qualquer um desses princípios (art. 60, § 4º), vigas-mestras do Estado democrático brasileiro. Deles defluem, naturalmente, outros princípios, também fundamentais, na medida em que asseguram a estabilidade da ordem jurídica nacional, como, por exemplo, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, o

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 442/443.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 443.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989. p. 482.

pluralismo político, a distribuição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as garantias da ordem econômica e financeira, a proteção à criança, à velhice, aos menos afortunados.”⁶

André Ramos Tavares também busca uma conceituação do que seja preceito fundamental, e pondera:

“Há de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável.”⁷

E – prossegue salientando o autor – para Quintana, preceito fundamental é a “alma constitucional”. Para Franco Piarandrei, é o “espírito da Constituição”. Para Canotilho, é a “identidade da constituição”. Um complexo de respostas fluidas e evasivas, mas convergentes, pelo que as compila da seguinte forma:

“Preceitos fundamentais são os vetores axiológicos fundamentais que o Estado pretende implementar por meio da ordem jurídica, o fim do Direito, que o legislador constituinte, expressão da soberania, propõe a si.”⁸

Uadi Lammêgo Bulos não foge da casuística até aqui proposta, e sintetiza seu conceito de maneira bem mais ampla:

“Podem ser considerados preceitos fundamentais as diretrizes esculpidas no pórtico do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político. Outros exemplos podem ser listados: o princípio republicano (art. 1º, *caput*), princípio da separação dos Poderes (art. 2º), princípio presidencialista (art. 76), princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º, IV, VI, IX, XIII, XIV, XVII etc.), princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), princípio da autonomia das entidades federadas (arts. 1º a 18), princípio do juiz natural e promotor natural (art. 5º, XXXVII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio do contraditório (art. 5º, LV), princípio da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, e 93, IX), princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*), princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*), princípio da moralidade (art. 37, *caput*), princípio da publicidade (art. 37, *caput*), princípio da ocupação de cargos através de concurso público (art. 37, II), princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d, e 35, III), princípio da independência funcional da magistratura (arts. 95 e 96), princípio da capacidade contributiva (art. 145, III), princípio da defesa do consumidor (art. 170, IV), princípio da autonomia universitária (art. 207) etc.”⁹

Alexandre de Moraes, no entanto, afirma que:

-
- 6 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, t. III, 1997. p. 235. 4. v.
 - 7 TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
 - 8 TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 133.
 - 9 BULOS, Uadi Lamino. *Constituição federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

“Caberá, *preventivamente*, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou *repressivamente*, para repará-los, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.”¹⁰

Já Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery traduzem seus entendimentos quanto ao que seria preceito constitucional fundamental da seguinte forma:

“Não é todo e qualquer preceito constitucional que pode ser fiscalizado pelo STF, por intermédio da arguição de descumprimento. Somente os preceitos que têm magnitude máxima na ordem constitucional é que se caracterizam como fundamentais para os efeitos previstos na CF, 102, § 1º, e na LADPF.”¹¹

Também Edílson Pereira Nobre Júnior propõe o seu entendimento acerca do conceito de preceito fundamental:

“Tomando parte na controvérsia, partilho da opinião que vislumbra no conceito de preceito fundamental, os dispositivos que, explícita ou tacitamente, encontram-se abrigados nos Títulos I e II da Constituição, ou que, situados noutras províncias, constituam o desenvolvimento daqueles. Isso – advirta-se – desde que tais prescrições constituam enunciados voltados ao amparo de direitos fundamentais.”¹²

Por outro lado, há doutrinadores que preferem manter-se isentos sobre uma análise mais aprofundada da matéria, como Kildare Gonçalves Carvalho, que entende que, como a indicação do que seja preceitos não se encontra expresso no texto normativo, a incumbência de se aferir uma interpretação a respeito recai exclusivamente sobre o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição¹³.

No mesmo sentido, o Ministro Néri da Silveira, quando do julgamento da ADPF nº 1, citou a lição do Ministro Oscar Dias Corrêa, *in verbis*:

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

10 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 644.

11 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. *Código de processo civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 1443.

12 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 103.

13 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 295.

Porém, não parece que quaisquer destas reflexões traduzam a melhor a melhor exegese a ser adotada, posto que a literalidade da expressão preceito fundamental pode induzir o intérprete a ignorar as reais pretensões do constituinte originário ou mesmo impedir uma construção discursivamente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, acabando por criar, de fato, um engessamento, face a uma interpretação restritiva dos princípios protegidos pela ordem constitucional.

Mister, para um verdadeiro alcance interpretativo, extrair os substratos do *fundamental* que enobrece os preceitos em cuja essência se pauta a arguição.

Vale dizer, a partir de diferenciação que Dworkin faz entre os “argumentos de princípio”, fundados em direitos e “argumentos de política”, fundados em questões axiológico-teleológicas de bem-estar coletivo¹⁴, tem-se que o aplicador do direito deve considerar e abstrair a compreensão que a própria coletividade tutelada pela liberdade e igualdade faz do Direito, bem como visualizá-lo criticamente como fruto desta mesma coletividade, para então alcançar o que seria os seus direitos fundamentais.

Denota-se, pois, antecipadamente, que a fundamentalidade vincula-se indubitavelmente aos direitos fundamentais e que, como tal, ao lado da democracia, erige-se à coluna vertebral do constitucionalismo moderno – como observa Hannah Arendt, apropriadamente citado por Celso Lafer, em sua obra: “Os direitos humanos não são um dado mas um construído”¹⁵.

Portanto, os direitos fundamentais são moldados pela sociedade à medida que esta vai atravessando os paradigmas históricos, evoluindo, pois, juntamente com o Estado.

Ora, como ensina Daniel Sarmiento, em primoroso texto sobre os direitos fundamentais:

“As projeções do pós-modernismo sobre o Direito são ainda controvertidas e incertas, mas alguns pontos podem ser destacados, por integrarem o denominador-comum entre diversas correntes do pensamento pós-moderno. Em primeiro lugar, desponta a aversão às construções e valores jurídicos universais, apontados como etnocêntricos, o que se aplica, por exemplo, aos direitos do homem. Prefere-se o relativismo ao universalismo, destacando a importância das tradições locais na identidade humana e revalorizando as experiências jurídicas das culturas não ocidentais.

Ademais, o Direito pós-moderno é refratário à abstração conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, e rejeita as grandes categorias conceituais do Direito moderno (direito subjetivo, interesse público etc.). O Direito não vai mais ser concebido como ciência, mas como prudência, num retorno às idéias pré-modernas sobre o *jus*. São revigoradas cer-

14 DWORKIN, Ronald. Ob. cit., p. 267/268.

15 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

tas concepções antigas sobre o modo de fazer direito e justiça, com o retorno da tópica e da retórica jurídicas.

Por outro lado, o monismo jurídico, fundado no monopólio da produção de normas pelo Poder Público, abre espaço para o pluralismo, através do reconhecimento de fontes não estatais do Direito, cujo campo de regulação tende a ser ampliado com a crise do Estado, catalisada pelo processo de globalização.¹⁶

Quer-se, com isto, demonstrar que, se a fundamentalidade refere-se aos direitos fundamentais, deve-se inibir de todas as formas qualquer tentativa de se neutralizar axiologicamente a Constituição e o Direito, posto que tanto a justificação quanto a aplicação normativas dependem de uma justa e adequada conformação das normas entre si e suas variantes semânticas.

Tem-se, por oportuno, transcrever o pensamento de Hermann Heller:

“A Constituição normada juridicamente não consiste apenas de modo exclusivo em preceitos jurídicos autorizados pelo Estado, mas também, para sua validade, precisa sempre ser complementada pelos elementos constitucionais não normados e por aqueles outros normados mas não jurídicos. [...] Por esta razão, o preceito jurídico particular só pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, partindo da totalidade da Constituição política.”¹⁷

Ainda sobre o que seria fundamental, vale anotar o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que propõe algumas observações bastante interessantes:

“A primeira é dar a entender que na Constituição há normas fundamentais e normas não fundamentais. Ora, disto se pode extrair a idéia de que há uma diferença entre estas no seu *status*, o que contraria a doutrina tradicional, de que todas as regras constitucionais são igualmente cogentes, embora nem sempre imediatamente aplicáveis.”¹⁸

Segundo o eminente autor, a se acatar uma classificação desta natureza, melhor seria manter os dogmas clássicos que dividiam as normas constitucionais em normas materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais escritas.

No entanto, embora se reconheça que a adoção de um tipo de interpretação restritiva atenda satisfatoriamente às expectativas do Supremo Tribunal Federal, o ilustre autor observa que:

16 SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, Jose Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 408/409.

17 HELLER, Hermann. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

18 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 234.

“Entretanto, esta interpretação restritiva não tem a bênção da letra do texto constitucional. Este fala em ‘preceito fundamental *decorrente* desta Constituição’. Ora, a partir daí não seria descabido que a lesão ou ameaça de lesão a normas infraconstitucionais poderia ser objeto de argüição, visto que muitas delas decorrem claramente das normas constitucionais. Mais, até lhe partilham a matéria, como é o caso das regras do sistema eleitoral.

Outra razão de perplexidade acima apontada está em que o descumprimento de preceito constitucional, seja fundamental ou não, teria na ação direta de inconstitucionalidade comum e na por omissão o meio de correção, do que resultaria inútil tal ‘argüição’.”¹⁹

De toda sorte, a expressão fundamental não deve ser acolhida com um conteúdo predeterminado indicativo de uma literalidade, posto que isto afastaria o intérprete de um exame mais consentâneo com o constitucionalismo moderno, pautado num discurso semântico-pragmático, capaz de reconhecer e considerar todos os fatores ambientais, culturais, antropológicos, etnográficos, econômicos e sociais. Vale dizer, a realidade social, confrontada e interagindo com a Constituição Federal.

É nesta contextualização que se pretende extrair o real sentido da expressão fundamental, devidamente problematizado para o alcance de um interpretação racional e argumentativa, apresentando uma compreensão constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Assim, o que erige uma norma à condição de fundamental, e nisto todos são assentes, é o fato de revestirem-se de essencialidade à estrutura social e estatal, cuja retirada do texto orgânico produz inevitavelmente sua incompletude, depreciando e violando o todo, chamado ordenamento jurídico.

Porém, uma norma fundamental passível de argüição é espécie do gênero norma fundamental.

Vale dizer, o texto fala em preceito fundamental *decorrente* da Constituição; portanto, não parece estar se referindo a normas materialmente ou formalmente constitucionais explícitas, e portanto expressas.

Mas, ao contrário, denota uma especialidade no conceito, através do *decorrente*, para abstrair apenas aquelas normas fundamentais implícitas, e portanto não expressas, vale dizer, decorrente significa reconhecido e protegido pela Constituição Federal.

Ora, para todas as normas expressas, como bem salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, fundamental ou não, já existe o remédio próprio chamado ação direta de inconstitucionalidade ou por omissão, pelo que se mostraria despendiência a introdução do instituto da argüição no ordenamento.

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 235/236.

Assim, seriam preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal todos os direitos fundamentais implícitos relacionados ao homem, à sociedade, ao interesse público em geral, e, apesar de a Constituição ser tida por fechada, num sistema autopoietico, isso não é suficiente para compelir de deficiência o novel instituto de controle de constitucionalidade, mas, ao contrário, significa analisá-la internamente com todas as suas variantes externas, no seu aspecto estritamente jurídico.

Porém, com fundamento nas bases sociológicas de Nicklas Luhmann, que é um sociólogo – e não um jurista, a doutrina jurídica – e principalmente o próprio STF – tem procedido a uma análise normativa da Constituição Federal equivocada.

Na visão de Luhmann, o sistema autopoietico é operacional, portanto a análise é não interna ao sistema, como no Direito deve ser; por isso, ocorre o que ele chama a corrupção do sistema: quando internamente não é problematizado devidamente a questão direito/não-direito, mas por exemplo lucro/não-lucro, ocorrendo a análise de fora pra dentro, sob a influência externa direta dos setores políticos e econômicos. O enfoque sociológico pode ser externo, mas o jurídico tem que necessariamente ser interno.

Assim, se analisar a Constituição Federal sob este enfoque sociológico, certamente se ergueria um obstáculo entre o fenômeno jurídico e a moral, por exemplo, levando-o a ser visto como neopositivista, ou mesmo causaria certo comprometimento da posição do Direito perante a sociedade, caracterizando uma ciência estática e inadequada, posto que não tendente a acompanhar as transformações sociais, vale dizer, fundando-se exclusivamente num procedimento vazio.

Obviamente que um sistema rigorosamente fechado, atomístico portanto, tende a um entrave do Direito ante a sociedade, o que, por si só, já seria suficiente para demonstrar as dificuldades em se laborar adequadamente a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental, fazendo com que, inevitavelmente, seja mais um instrumento sem qualquer eficácia, que traz a lume a tão combatida *teoria dos dois mundos*, normas jurídicas de um lado e a realidade social de outro, em constante conflito e contradição.

Pretende-se, pois, que a análise normativa recaia exclusivamente na hermenêutica jurídica, para se alcançar, com segurança, uma solução adequada a partir da problematização interna do ordenamento, o que certamente permite a interpretação proposta para o que seja preceito fundamental, passível de arguição.

Vale dizer, a própria Constituição Federal demonstra uma flexibilização deste sectarismo implementado pelo próprio Supremo Tribunal Federal para considerá-la fechada, bastando uma simples análise do art. 5º, § 2º, que diz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros *decor-*

rentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (grifei)²⁰.

Note-se que as transformações por que atravessou a sociedade levaram ao que hoje se denomina globalização, a qual implica menor consideração estatal e maior consideração da transnacionalização – e, sob o enfoque específico dos direitos humanos, conforme esclarece Juliana Neueschwander Magalhães:

“[...] dos direitos fundamentais protegidos nas constituições dos Estados nacionais passa-se, agora, à rediscussão dos direitos humanos no quadro de uma cidadania não mais nacional, mas sobretudo global.”²¹

Registre-se, como já observado anteriormente, que os direitos fundamentais compreendem tanto os direitos humanos, quanto os da sociedade em geral e os que se cingem aos interesses gerais. Assim, em qualquer dos seus aspectos, somente aqueles considerados implícitos, mas que constitucionalmente reconhecidos e protegidos pela Constituição, detêm a fundamentalidade, passível de argüição quando violados.

Assim, a se considerar toda a construção até aqui feita, para a conceituação proposta, mister sua imediata compatibilização com uma reconstrução interpretativa, discursivamente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, concebendo, pois, a nossa Carta como uma Constituição aberta da sociedade, principalmente no tocante aos direitos fundamentais implícitos, para pressupor-lhes o pleno gozo, disponibilizando instrumentos eficazes e suficientes para assegurar a todos, a partir de condições reais para uma comunicação livre, e, portanto, passíveis de argüição do seu descumprimento.

IV – O OBJETO E O PROCEDIMENTO DA ARGÜIÇÃO

O art. 1º da lei que regulamenta o novel instituto de controle de constitucionalidade revela, com total desafetação, o objeto da argüição em seu duplo efeito: inibitório e constitutivo.

Vale dizer, produzindo um efeito inibitório, visa a evitar ou reparar lesão a preceito constitucional fundamental, impedindo, pois, qualquer ato por parte do Poder Público, e, produzindo um efeito constitutivo, visa à anulação e à reparação de ato já praticado.

Ressalte-se que todos os atos do Poder Público sujeitam-se à seara do controle por meio de argüição, sejam eles normativos ou administrativos.

20 MORAES, Alexandre de (Org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 35.

21 MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. Globalização e direitos humanos. In: MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros de (Coord.). *Direitos humanos e direitos dos cidadãos*. Belo Horizonte: PUC-Minas, v. I, 2001. p. 67.

No mais, quando a lei se refere ao Poder Público, indubitavelmente utilizou a locução com um sentido abrangente, para alcançar todas as autoridades públicas da administração direta, indireta e por delegação, em quaisquer níveis e esferas de governo, bem como os membros de quaisquer dos Poderes da União.

Deve-se necessariamente utilizar uma interpretação conforme a Constituição, no *caput* do art. 1º, quando em referência a atos do Poder Público. Segundo ainda o pensamento de Walter Claudius Rothenburg:

“Para admitir a argüição também na eventualidade de o preceito fundamental ser violado por ato de particular em condições de equiparação a ato do Poder Público.”²²

Tem-se, pois, que ato do Poder Público é todo e qualquer ato de autoridade legalmente investida e em pleno exercício das atividades inerentes ao cargo que ocupa, tenha ou não densidade normativa.

E, neste sentido, é o magistério de André Ramos Tavares:

“Como ponto de partida, pode-se afirmar que Poder Público, no caso da argüição, será o Estado brasileiro. Utilize-se, neste sentido, uma delimitação em relação aos demais poderes públicos (estrangeiros ou supranacionais).

Dentro daquela expressão ampla e ‘Estado’, compreende-se, como não poderia deixar de ser, tanto a União, quanto os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Engloba ela, também, todos aqueles entes que exercem o poder de império, próprio do Poder Público.

Assim, os Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, de quaisquer dos níveis federativos, restam absorvidos pela expressão.”²³

Observe-se que as razões que ora se inferem implicam, por conseqüência, a lógica natural de enquadramento das sentenças judiciais transitadas em julgado, no contexto de ato do Poder Público.

Vale dizer, deve-se reconhecer, na ontologia da coisa julgada inconstitucional, por flagrante violação a preceito fundamental, a possibilidade de controle via ADPF, após o decurso do prazo de dois anos, previstos especificamente para a propositura de ação rescisória.

Muitos autores defenderiam a existência de um recurso próprio, ação declaratória desconstitutiva de sentença, que seguiria o rito comum ordinário, ajuizada em 1º grau de jurisdição, ou mesmo a tradicional *querela nulitatis in sa-*

22 TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/1999*. São Paulo: Atlas, 2001.

23 TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 209.

nable, ou ação declaratória de nulidade de vício insanável, que, com o mesmo objetivo, possui efetividade transrescisória e que, portanto, não há que se falar em ADPF.

Contudo, nada parece mais efetivo e eficaz que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a ser proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, que, a não ser pelas restrições do veto presidencial, no inciso II do art. 2º da lei especial, que retira a legitimidade para a sua propositura pelo cidadão, não sofre qualquer vedação quanto a esta matéria.

No mais, o princípio da subsidiariedade, conforme se verá no capítulo IX, refere-se especificamente à observância estrita da possibilidade de utilização de qualquer outra ação direta de constitucionalidade, e apenas, em não sendo cabível, é que se poderá falar em ADPF.

De toda sorte, constitui ainda objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo único do art. 1º da lei *in comento*, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Denota-se, com isso, que as hipóteses previstas no *caput* do art. 1º desafiam uma espécie de argüição via ação; já as hipóteses contidas no seu parágrafo único implicam apreciação via incidental, o que pressupõe peculiares características de hipóteses de prejudicialidade de inconstitucionalidade.

Ora, seguindo os mesmos passos da Lei nº 9.868, de 3 de dezembro de 1999, que regulamenta a ação declaratória de constitucionalidade, os pressupostos exigidos pela lei específica, para admissibilidade da argüição via incidental, conjeturam essencialmente à existência de controvérsia jurídica sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, sugerindo uma legitimação para agir.

É o que nos ensina, de maneira lapidar, o eminente jurista Hely Lopes Meirelles:

“Portanto, também na argüição de descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como ocorre no consagrado Direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. É necessário que se configure, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado.”²⁴

Esta insegurança poderá se manifestar das mais variadas formas, em feitos *sub judice* na instância ordinária, onde incidentalmente, por meio da argüição, é provocado o STF, a fim de que este antecipe a solução referente à controvérsia jurídica.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 414.

Observe-se, por importante, que não se trata de advocatória, fenômeno processual que levaria o STF a requisitar o processo para decidir a matéria, mas uma espécie de juízo prévio exercido pelo STF, quanto à interpretação do preceito fundamental que se está discutindo em instância ordinária, sempre que provocado.

No mais, cabe frisar que controvérsia doutrinária não tem esse condão – de legitimar a propositura da ação –, haja vista não servir de obstáculo à aplicação de quaisquer leis ou atos normativos.

E ainda nas balizas dos ensinamentos de Hely Lopes:

“A controvérsia diz respeito à aplicação do princípio da separação de Poderes. A generalização de medidas judiciais contra uma dada lei nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado e coloca em xeque a eficácia da decisão legislativa. A argüição de descumprimento seria o instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que os órgãos legitimados provoquem o STF com base em dados concretos, e não em simples disputa teórica.”²⁵

Finalmente, quanto ao procedimento processual da argüição, no que concerne à ação autônoma, prevista no art. 1º, não há nada que enseje maiores considerações além do fato de tratar-se de uma ação constitucional sumária, dirigida ao STF, por aquele conjunto de legitimados estabelecidos pela Constituição Federal, no seu art.º 103.

Já no que concerne à ação incidental, deve ser proposta mediante petição inicial, nos termos referidos no art. 3º da lei específica, ou seja, além dos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, deverá conter a mister indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indispensável indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado, bem como observar a sua apresentação em duas vias, acompanhadas de instrumento de mandato caso seja necessário, e cópias do ato questionado e documentos necessários à comprovação da impugnação.

Tão logo ocorra o ajuizamento da argüição perante o STF, o processo o qual é discutida a controvérsia jurídica constitucional, na instância ordinária, ficará suspenso por decisão do juiz da causa ou do próprio Supremo, até que se decida sobre a constitucionalidade da lei ou ato do Poder Público gerador dos pronunciamentos contraditórios.

Decidida a argüição pelo Supremo Tribunal Federal, o resultado final constando se houve ou não descumprimento de preceito fundamental por parte

25 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 415.

do Poder Público deverá ser remetido ao juízo de origem, a fim de que seja cumprida a decisão e conseqüentemente sua aplicação ao caso concreto, valendo dizer: a apreciação do STF se restringirá, tão-somente, à constitucionalidade do ato impugnado.

Evidentemente que a decisão da arguição produzirá efeitos peculiares, dependendo de se tratar de ação autônoma ou incidental.

Assim, no concernente à ação incidental, ela sofrerá duplo efeito, ou seja, internos e externos.

Os efeitos internos caracterizam-se pela vinculação do juízo ou tribunal de origem ao conteúdo do julgamento proferido pelo STF, significando uma autêntica intervenção deste, na solução final da lide.

Os efeitos externos caracterizam-se exatamente pelo fato de a decisão do Supremo Tribunal Federal produzir uma eficácia *erga omnes* e, portanto, contra todos, bem como a vinculação de todos os demais órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário.

Já no que se refere à ação autônoma de arguição de descumprimento de descumprimento de preceito fundamental, por razões óbvias os efeitos são apenas externos e, portanto, idênticos aos produzidos na via incidental, condenando em obrigação de não fazer, a fim de que a prática do ato ameaçador não se concretize, ou anulando propriamente o ato violador do preceito constitucional fundamental.