

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 145

janeiro/março – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Alguns apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental

Carlos Antonio de Almeida Melo

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, alterou a redação do art. 102, introduzindo, em seu § 1º, a *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL*. Posteriormente, a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, estabeleceu normas sobre o processo e julgamento desta argüição. O novo instituto apresenta as seguintes características legais:

- foro: Supremo Tribunal Federal (art. 1º, *caput*);

- trata-se de medida que tem por objeto *EVITAR OU REPARAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL, RESULTANTE DE ATO DO PODER PÚBLICO* (art. 1º, *caput*);

- também cabe *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, INCLUIDOS OS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO* (art. 1º, parágrafo único, inciso I);

- legitimidade ativa: mesmo elenco da ADIN (art. 103, C.R.) = art. 2º, I;

- Procurador-Geral da República: pela redação remanescente do § 1º do art. 2º, uma vez que o inciso II foi vetado, pode ser acionado o PGR, que *decidirá* sobre o cabimento de seu ingresso em juízo;

- não será admitida quando houver *qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade* (art. 4º, § 1º);

- do indeferimento da inicial caberá agravo de instrumento (embora a Lei mencione apenas *agravo*), no prazo de 10 dias (art. 4º, § 2º);

Carlos Antonio de Almeida Melo é Procurador do Estado de Mato Grosso, Professor da Faculdade de Direito da UFMT e Professor de Direito Constitucional da Escola Judicial do TRT 23ª Região e da ESMAGIS/MT – Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso.

- medida liminar: por decisão de maioria absoluta (6 ministros) = art. 5º e em caso de *extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, “ad referendum” do Tribunal Pleno* (art. 5º, § 1º);

- medida liminar: entre outras hipóteses, *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* (art. 5º, § 3º);

- após a apreciação do pedido de liminar, solicitação de informações às autoridades responsáveis, num prazo de 10 dias (art. 6º);

- possibilidade de audiência de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º, § 1º);

- possibilidade de sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (art. 6º, § 2º);

- Ministério Público: não tendo formulado a argüição, vista do processo ao MP por 5 dias, após o decurso do prazo para informações (art. 7º, parágrafo único);

- *quorum* de decisão: pelo menos dois terços dos ministros (art. 8º);

- fixação de interpretação: *julgada a ação, far-se-á 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);

- efeitos: *a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público* (art. 10, § 3º);

- possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo: *nesses casos, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, 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 (art. 11);

- irrecorribilidade: a decisão julgando procedente ou não o pedido é irrecorrível, não cabendo ação rescisória (art. 12);

- caberá reclamação (v. RISTF) contra descumprimento da decisão (art. 13).

O cerne da matéria contida na argüição gira em torno do conceito de *preceito fundamental decorrente da Constituição*. A princípio, a delimitação da extensão do conceito poderia ser fixada considerando-se apenas as normas previstas nos artigos 1º a 17 do texto constitucional, abrangendo os *princípios fundamentais* (artigos 1º a 4º) e os *direitos e garantias fundamentais* (artigos 5º a 17).

Tal interpretação, a par de partir da literalidade normativa, estaria condenada a estreitar sobremaneira o conteúdo do conceito, em detrimento da *ratio* do dispositivo e da matéria sob sua proteção.

Nesse ponto, avulta a idéia de *fundamentalidade*, que qualifica os preceitos em que está fundada a argüição. Termo associado aos direitos fundamentais, seu conteúdo refere-se, segundo a designação de R. Alexy¹, a *matérias decisivamente constitutivas das estruturas básicas do Estado e da sociedade*.

José Afonso da Silva², também examinando os direitos fundamentais, entende o qualificativo significando que *se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais “do homem” no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados*. Assim, *direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos humanos fundamentais* (v. C.R./88, Título II e *caput*, *in fine*, art. 17, nesse sentido). De toda sorte, a expressão *direitos fundamentais do homem* não deve ser entendida como esfera privada em contraposição à atividade

pública, como simples limitação do Estado, mas *limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem* (citando Pérez Luño).

Apreciando a mesma matéria (direitos fundamentais), outros autores (Pérez Luño, Peces-Barba), com pequenas diferenças, referem-se a exigências de dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana, enfatizando o desenvolvimento integral dos indivíduos.

Essas abordagens acerca da fundamentalidade podem ser aplicadas aos denominados *preceitos fundamentais* a que se referem os termos contidos no § 1º do art. 102, C.R.

Inicialmente, observe-se que não cabe aqui a discussão, relativa exclusivamente aos princípios, se abrangeria as espécies explícitas e implícitas: tratando-se de *preceito*, refere-se unicamente às normas positivadas no texto constitucional. A despeito disso, o dispositivo está redigido de maneira a que *preceito* se relacione ao termo *decorrente*, palavra que se refere à ação de *originar*, *derivar*, expressão mais adequada aos princípios que às regras.

A fundamentalidade, que caracterizaria tais normas, pode ser entendida como dotada das seguintes particularidades:

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

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

Partindo desse esboço, os preceitos fundamentais podem ser divididos em duas espécies:

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

2ª - de natureza objetiva, quando seu conteúdo refere-se ao interesse da coleti-

vidade e da sociedade, enfim, a valores que expressam a generalidade do interesse público.

Posta dessa maneira, a extensão da fundamentalidade, como característica das normas que traçam a estrutura básica do Estado Democrático de Direito e da sociedade, poderia ser questionada, pois abrangeria praticamente todo o texto constitucional. Ao que se contrapõe o seguinte argumento: nem todas as normas constitucionais que dispõem sobre a estrutura do Estado Democrático de Direito e da sociedade são normas básicas ou, de outra forma, apenas as normas concernentes à estrutura *básica* do Estado e da sociedade se amoldam ao perfil de preceitos fundamentais.

Essa caracterização invoca a etimologia do qualificador *fundamental*, no que significa *base*, *alicerce*, *suporte* sobre o que se edifica toda a estrutura subsequente. Dessa forma, a tarefa do intérprete, em cada caso, seria identificar no universo normativo constitucional se a norma que contempla refere-se à estrutura do Estado ou da sociedade. Como segundo passo, deve verificar se tal norma afigura-se de base para a estrutura a que se refere.

Aqui, a questão se cruza com o conceito de constituição material: apenas configuram preceitos fundamentais aqueles que *contêm normas estruturais do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais*³, ou seja, questões de natureza macro-estrutural, de anatomia do Estado e da sociedade, configurando a *pauta mínima do texto constitucional*, como normas nucleares de todo o edifício normativo estatuído na Constituição. Assim, normas básicas da organização do Estado, de formas e de exercício do poder, normas assecuratórias de direitos individuais, coletivos e sociais integram, necessariamente, a categoria.

Assim, por exemplo, em relação à organização do Poder Judiciário, configura preceito fundamental, espelhando norma básica de sua estruturação, o contido no

art. 92, dando conta dos órgãos daquele Poder do Estado. Entretanto, o contido no art. 93, que descreve o conteúdo específico do Estatuto da Magistratura⁴, embora configure dispositivo relativo à estrutura do Judiciário, não se insere no rol de norma de base, de preceito fundamental, inclusive por ser, todo ele, composto de matéria infraconstitucional.

A nova medida tem alguns pontos de semelhança com a ação direta de inconstitucionalidade, como o elenco de figuras com legitimidade ativa (art. 103, C.R.) e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Entretanto, dela fundamentalmente difere por ter cabimento de forma preventiva (evitar lesão a preceito fundamental) ou corretiva (para reparar a lesão provocada a esse preceito), dirigindo-se contra ato do Poder Público.

Enquanto a ADIN busca expurgar do ordenamento jurídico, por meio da declaração de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo contrário à Constituição, a argüição *também* poderá promover tal efeito, embora não seja seu objeto principal. A abrangência dos efeitos da declaração, em ambos os casos, poderá ser restringida por maioria de dois terços dos ministros do STF.

Os termos do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99 especificam o conteúdo da argüição de descumprimento preceito fundamental, diferenciando-o em relação à ação direta de inconstitucionalidade, ao se referir a *ATO DO PODER PÚBLICO*.

A despeito de algumas divergências, a noção de *poder* em direito público guarda a idéia de parcela da soberania do Estado que é transferida a um órgão ou entidade, justificando e legitimando a imposição de decisões de ordem política e ações de natureza administrativa.

A expressão *poder público*, apesar de sua extensão, tem conteúdo definido no ordenamento jurídico a partir da idéia de *autoridade de dominação*, sentido em que se apresenta como “delegada” do próprio

Estado. Desse conceito decorre a significação de “poder” como “competência” ou “função autorizada”, que se atribui ao órgão, dentro da jurisdição que lhe é traçada. Em face dessa “delegação”, cada poder constituído por um órgão desempenha ou exerce a “soberania nacional”⁵.

Ainda nessa vertente, o poder em direito público apresenta dois sentidos: a) como *órgão* ou *autoridade constituída* para concretizar as finalidades estatais, exercendo as funções que lhe são atribuídas pela norma jurídica, sendo seu conjunto denominado *poder público*; b) como *função* a ser exercida pela autoridade ou órgão, expressando sua *competência*⁶.

Assim, os atos do poder público a que se refere a norma legal alcançam um amplo leque de atividades e autoridades, inclusive as de natureza jurisdicional. Nessa perspectiva, a argüição de descumprimento de preceito fundamental cobre um campo não abrangido pela ação direta de inconstitucionalidade, que ataca apenas leis ou atos normativos federais ou estaduais.

Dessa forma, na matéria em que couber a argüição de descumprimento de preceito fundamental, também caberá a ação direta de inconstitucionalidade; mas, quando a pretensão consistir em evitar ou reparar lesão oriunda de descumprimento daquele preceito fundamental, não caberá ADIN, pois esta somente pode ser ajuizada contra lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, alínea “a”) em face de *qualquer* norma constitucional, buscando sua expulsão do ordenamento jurídico, enquanto a argüição é pertinente apenas a preceitos fundamentais, à procura de prevenção ou reparação de lesão.

Em face disso, parece que o disposto no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 ainda causará grandes polêmicas. Com efeito, assim dispõe a norma: *Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*. Ora, pelo

âmbito de sua abrangência, caberá ADIN sempre que uma lei ou ato normativo federal ou estadual ferir *qualquer* dispositivo constitucional, seja ele veiculador de preceito fundamental ou não, lembrando aqui a distinção entre *texto da norma* (seu *signal lingüístico*) e *norma* (o que se revela, se designa)⁷. Assim, a lei ou o ato poderá provocar lesividade a preceito fundamental mas ser objeto de argüição e não de ADIN. Nesse caso, será aplicado o § 1º do art. 4º?

A resposta parece estar justamente no objeto dos dois institutos, em que reside a diferença. Enquanto a ADIN busca expurgar do ordenamento jurídico, por meio da declaração de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo contrário à Constituição, na argüição, o que se objetiva é a prevenção ou reparação da lesão a preceito fundamental ao questionar seu descumprimento. Portanto, o que norteia a opção por um instituto ou outro é a pretensão que se almeja. O fato de a argüição comportar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que agride dispositivo constitucional (art. 11, Lei nº 9.882/99) não interfere nessa diferenciação.

Assim, quanto ao objetivo, deve ser entendido que a ADIN busca *apenas* a expulsão da lei ou ato inconstitucional do ordenamento jurídico, enquanto a argüição, com a declaração de inconstitucionalidade, destina-se a pedidos de natureza preventiva e corretiva em relação aos preceitos fundamentais, buscando mais que o expurgo da norma. Essa conclusão destaca-se dos termos em que a Lei atribui a possibilidade de concessão de medida liminar para a suspensão do andamento de processos ou a suspensão dos efeitos de decisões judiciais e ainda da suspensão de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição, salvo as decorrentes da coisa julgada (art. 5º, § 3º), uma vez que esta é atacável apenas pela via rescisória. Quer dizer, as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade na argüição são mais espe-

cíficas, pois geradoras, também, daquelas possibilidades de suspensão.

Os termos do art. 10 da Lei nº 9.882/99 também levam a essa conclusão: no julgamento do mérito, serão fixadas as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, ou seja, a decisão preocupar-se-á mais com a fixação do conteúdo do preceito fundamental do que com os termos da inconstitucionalidade da lei ou ato violador.

Nesse ponto, cabe perguntar se o mandado de segurança poderia fazer prevenir ou corrigir a lesão, trancando, então, o caminho para o ajuizamento da argüição. Embora a noção de direito líquido e certo esteja fixada com certa firmeza pela doutrina e pela jurisprudência, em tese não se afasta a hipótese de haver dúvida quanto ao cabimento de um ou outro remédio constitucional, afigurando-se como único norteador a noção de *preceito fundamental*: caberia a argüição *apenas* em relação a este, embora, nesse caso, possa, sem embargo, ser escolhida a via mandamental.

Contudo, o grande diferencial da nova medida está contido na previsão do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99: *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.*

Primeiramente, inclui o âmbito municipal nos embates entre leis e atos contrários à Constituição, o que está vedado no prisma da ADIN consoante farta jurisprudência do STF⁸, embora essa inclusão seja específica e exclusivamente em relação aos preceitos fundamentais. Por outro lado, admite que sejam questionados atos do Poder Público *anteriores* ao advento do texto constitucional em vigor, dando grande extensão ao seu alcance, não mais adstrito à esfera da vigência da Constituição, como na ADIN, também como

assentado pelo STF⁹. Contudo, a efetivação dessas possibilidades dependerá de como o Supremo Tribunal Federal entenderá o sentido de *relevante fundamento da controvérsia constitucional*, como previsto na norma.

A decisão de mérito na argüição tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público, como dispõe o art. 10, § 3º, da Lei. Diferentemente da ADC, cujo efeito vinculante está previsto no próprio texto constitucional (art. 102, § 2º), a vinculatividade das decisões definitivas de mérito na argüição está prevista na norma infraconstitucional, abrindo caminho para o questionamento da constitucionalidade desta disposição.

A questão do efeito vinculante na ação declaratória de constitucionalidade foi amplamente debatida quando da tramitação do projeto que se transformou na EC nº 3, de 17 de março de 1993, inserindo o instituto no texto constitucional. Naquela oportunidade, em que pese o entendimento em contrário posteriormente firmado pelo STF, destacou-se a inconstitucionalidade da medida por afrontar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º), uma vez que coloca o STF no plano de cooperador na formulação de normas gerais e abstratas¹⁰, o contraditório (art. 5º, inciso LV), o devido processo legal (art. 5º, inciso LVI), o duplo grau de jurisdição, o direito de acesso ao judiciário (art. 5º, inciso XXXV) e o juiz natural (art. 5º, inciso LIII), dentre outros argumentos relacionados à matriz romano-germânica do nosso sistema jurídico e ao perfil autoritário do instituto¹¹.

A despeito disso, o efeito vinculante foi introduzido no sistema constitucional vigente com a chancela do guardião da Constituição. Contudo, no caso da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a atribuição de vinculação à

decisão de mérito é dada por norma de escalação infraconstitucional, manejando matéria de essência constitucional.

Por conferir tão grave atributo a tais decisões, a matéria da vinculação é de competência constitucional, por consubstanciar característica básica e atípica (quer dizer, extraordinária) do próprio sistema judicial, configurando, não sem certa ironia, *preceito fundamental*. Logo, por esse prisma, a atribuição de vinculatividade às decisões definitivas na argüição de descumprimento de preceito fundamental parece estigmatizada pela mácula da inconstitucionalidade material.

Enfim, tratando de matéria de ordem pública, acredito que se aplicam também à argüição de descumprimento de preceito fundamental as mesmas regras pertinentes à ADIN e à ADC em relação à prescrição e à decadência, que não a alcançam.

Notas

¹ Apud CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 509-510.

² SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 6.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p.159. J.J.Gomes Canotilho – *op.cit.* – p. 69.

³ CANOTILHO, *op.cit.*, p. 69.

⁴ Embora o *caput* se refira a *princípios* que devem ser observados pela lei que tratar a matéria, os incisos contêm, em verdade, normas que não são de natureza principiológica, mas estruturante.

⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4.ed. Rio de Janeiro : Forense. v. 3, 1975. p. 1169.

⁶ Tendo como referência De Plácido e Silva, *op. e loc. cit.*

⁷ CANOTILHO, *op.cit.*, p. 225.

⁸ V., *v.g.*, RDA 199/201, RT 664/189.

⁹ V. *g.*, RT 686/218, RDA 188/288 e RTJ 160/62.

¹⁰ V. ATALIBA, Geraldo. *ADC ou como agredir o Estado de Direito*. Artigo publicado em *Folha de São Paulo* – 1º Cad. p. 3, 9-8-93.

¹¹ Em relação a este último argumento, v. GRAU, Eros Roberto. Efeito vinculante e totalitarismo. *Folha de São Paulo* 22-11-98 – 1º Cad. *Tendências e Debates*. p. 3.