

A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: A CF E A LEI Nº 9.882/99

Por IVO DANTAS *

SUMÁRIO

1. A LEI Nº 9.882, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999.—2. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA LEI: RECURSO OU AÇÃO?—3. CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: A) Do cabimento da ação: breve análise: a) *O 'Amparo' espanhol*. b) *As primeiras decisões do STF em relação à 'subsidiariedade'*. B) A amplitude material da Ação e suas inconstitucionalidades.—4. DA LEGITIMAÇÃO ATIVA E DA PETIÇÃO INICIAL.—5. A MEDIDA LIMINAR E SEUS EFEITOS.—6. O PROCEDIMENTO DA AÇÃO. A DILAÇÃO PROBATÓRIA.—7. A SENTENÇA E SEUS EFEITOS.—8. IRRECORRIBILIDADE SIGNIFICA IMUTABILIDADE FUTURA?—9. DA RECLAMAÇÃO.

1. A LEI Nº 9.882, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999

A aprovação pelo Congresso Nacional e a promulgação (com vetos) da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (publicada no Diário Oficial da União em 11.12.99) não tem merecido a devida atenção por parte da Doutrina Nacional, sobretudo, se levarmos em conta as inovações por ela tra-

* Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Diretor da Faculdade de Direito do Recife. Professor Titular (Catedrático) da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) — Doutorado (*Teoria do Direito Comparado*), Mestrado (*Direito Constitucional*) e Graduação. Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Livre Docente em Direito Constitucional (UERJ). Coordenador e Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Amazonas — UNAMA. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Advogado.

zidas ao sistema de controle da constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de sua ementa enunciar que «dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal», em verdade, e como lembra com muita propriedade Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em artigo intitulado «O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade — Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999»¹, «resulta ela (em) uma nova ação direta de inconstitucionalidade, com outro nome.

Seu objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de *avocatória*, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias».

Assumindo posição favorável à lei sob análise, Uadi Lammêgo Bulos (*Constituição Federal Anotada*)² escreve que «a argüição de descumprimento de preceito fundamental enriqueceu o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado um dos mais evoluídos do mundo. Pode ser considerado uma ponte de ligação entre os métodos difuso e concentrado de fiscalização da supremacia da *Lex Mater*.

Através do uso da argüição de descumprimento de preceito fundamental, é possível suspender-se, liminarmente, ações judiciais ou processos administrativos em curso, os quais deverão acatar o *decisum* da Corte Suprema, a ser proferido no fim do processo.

Com o advento da Carta de 1988, o constituinte satisfez o apelo dos estudiosos, instituindo, no Brasil, esse instrumento de defesa da Constituição. Já era tempo de se permitir, entre nós, a antecipação do deslinde de um problema jurídico, sem que se percorresse a indesejada *via crucis* do método difuso, que se arrastava do juízo comum até chegar às barras do Pretório Excelso. E não parava aí. Após tudo isso, uma decisão definitiva seria prolatada pelos Ministros da Suprema Corte. Então, o Senado Federal recebia o comunicado para suspender a executoriedade do comando normativo, sanando, depois de tudo, a mácula da inconstitucionalidade.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental constitui, portanto, um mecanismo inovador na fiscalização de constitucionalidade. Possibilita, dentre outros aspectos, o controle de constitucionalidade concentrado de leis municipais, que, pela sistemática tradicional, só se fazia possível pela via difusa. Permite, também, o controle de constitucionalidade dos atos não normativos, bem como de atos anteriores à promulgação do Documento Supremo» — conclui Uadi Lammêgo.

¹ In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 220, abr./jun. 2000, Ed. Renovar, p. 14. Itálico nosso.

² São Paulo, Editora Saraiva, 2000, p. 895.

Em verdade, ao lado de alguns defeitos de técnica legislativa (propositais?), esta Lei oferece ao estudioso uma série de questões, inclusive de natureza constitucional, que poderão ser discutidas em sede de controle de constitucionalidade, muito embora, e ainda no dizer do citado Ferreira Filho, «provavelmente serão elas admitidas como válidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois lhe aumentam o poder ou lhe reduzem a carga»³.

2. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA LEI: RECURSO OU AÇÃO?

Um ponto inicial se impõe à análise, até porque, da resposta que se ofereça, dependerão vários comentários às questões suscitadas ao longo deste capítulo.

Referimo-nos à natureza do instituto previsto no art. 102 § 1º, ou seja, estamos diante de um recurso processual ou de uma ação propriamente dita?

Em nosso modo de entender, trata-se de uma ação subsidiária à ação direta de inconstitucionalidade, nunca de um recurso. Esta posição, se por um lado terá repercussões em algumas questões a serem analisadas, por outro, não é doutrinariamente pacífica.

Identicamente ao nosso entendimento, posiciona-se Thomas da Rosa de Bustamante quando, em artigo intitulado *Notas sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e sua Lei Regulamentar*⁴ é taxativo: «É preciso esclarecer que a argüição de descumprimento de preceito fundamental não é um novo recurso constitucional, mas uma ação impugnativa de atos violadores da Constituição Federal, de cabimento subsidiário. Não faz as vezes de um recurso extraordinário admissível em primeira instância. Em conseqüência, a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser ajuizada no curso de um processo, para simplesmente ‘antecipar’ o seu resultado final, suprimindo todas as instâncias que o legislador constituinte teve o cuidado de traçar».

Oposta é a posição de Juliano Taveira Bernardes (*Ação de descumprimento de preceito fundamental*⁵), para quem se trata de um «instituto bivalente, situado na esfera da competência constitucional do STF, ora revestindo-se de caráter processual autônomo, funcionando 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), cabível ‘quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou

³ Artigo citado, p. 16.

⁴ Artigo citado, p. 3. Publicado na Internet, site www.Jusnavigandi.com.br.

⁵ *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, janeiro 2000. Publicada na Internet, site www.planalto.gov.br.

municipal, incluídos os anteriores à Constituição' (art. 1º parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99)».

Nesta segunda hipótese, ainda segundo o mesmo autor, «o legislador, a exemplo do que acontece nos países da Europa continental, consagrou uma espécie nova de controle concentrado, extraído a partir da existência de relevante controvérsia constitucional suscitada na sede do controle difuso»⁶.

Adiante, voltaremos a discutir algumas questões ligadas à natureza do instituto.

3. CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Ponto central a destacar na análise da Lei 9.882/99 é o contido em seu art. 1º, exatamente, quando prescreve que «a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público», devendo-se destacar de logo que «não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade» (art. 4º § 1º).

Como, no entanto, o legislador constituinte ao redigir o § 1º do art. 102 não definiu o que se deveria entender por preceito fundamental (no que foi seguido pelo legislador infraconstitucional), caberá à Doutrina esclarecer a matéria, no que, temos certeza, não haverá consenso, principalmente, em razão do conteúdo indeterminado dos vocábulos que compõem a expressão. Tivesse o legislador, sobretudo devido à existência da expressão Princípios Fundamentais, também na Constituição, definido a expressão, evitar-se-ia a guerra conceitual-doutrinária que ora se trava, com reflexos na prática judiciária do novo instituto.

Desta forma, Clèmerson Merlin Clève (*Argüição de descumprimento de preceito fundamental*⁷) assevera que «os preceitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantem a identidade da Constituição. Sem sombra de dúvida, é possível afirmar que as cláusulas pétreas, mormente as consignadas no art. 60, § 4º, são preceitos fundamentais. Com efeito, se a norma constitucional violada não tem natureza de preceito fundamental, não há margem de escolha: não é possível ajuizar argüição»⁸.

Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas (*A Argüição de descumprimento de preceito fundamental e a Avocatória*⁹) afirmam: «em

⁶ Artigo citado, pp. 1-2.

⁷ Publicado no livro *Novos Rumos da Autonomia Municipal*, São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pp. 74-80. Itálico nosso. Esta identidade de que nos fala Clèmerson, corresponde ao *espírito da Constituição*, expressão freqüentemente utilizada pelos autores do séc. XIX.

⁸ *Ob. cit.*, p. 76.

⁹ *Revista Jurídica Virtual*, nº 8, janeiro 2000, p. 1. Publicada na Internet, site www.planalto.gov.br. Itálico nosso.

que pese o alargamento do espectro dos atos atingidos pelo controle, as hipóteses de sua utilização restringem-se drasticamente, em relação aos demais instrumentos. Isto porque, ao contrário do que ocorre nas outras formas de controle concentrado (exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), em que 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 basilares 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 de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais».

André Ramos Tavares (*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei*¹⁰), depois de admitir uma hierarquia de princípios, escreve que «é preciso afastar, de imediato, a possibilidade de que ‘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, por motivos que atendem à lógica. Se a Constituição denomina determinada categoria de ‘preceitos fundamentais’, não se poderia pretender que fossem todos os preceitos (constitucionais). Apenas parcela deles deverá diferenciar-se dos demais preceitos constitucionais, parcela esta aglutinada por uma qualidade comum que os une, a saber, a fundamentalidade.

Há de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável. Por seu significado, pois, verifica-se que haverá uma coincidência com ponderável parcela dos princípios constitucionais. Não se esgota, porém, nestes, alcançando também algumas regras».

Mais adiante, arremata: «Os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Albergam, em seu conjunto, a alma de uma Constituição. E, embora se permita a mudança ou até a supressão de alguns desses preceitos, pela vida refor-

¹⁰ In ANDRÉ RAMOS TAVARES e WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG (Organizadores), *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 52.

Mencione-se que ANDRÉ RAMOS TAVARES, em livro posterior, *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental — Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99* discute o conceito de *Preceitos Fundamentais* (São Paulo, Editora Saraiva, 2001, pp. 102 e segs).

madora (já que nem todos encontram-se acobertados pela garantia explícita da intangibilidade), pode-se seguramente afirmar que uma alteração mais extensa provocaria a mudança da própria concepção de Constituição até então vigente»¹¹.

Alexandre de Moraes¹², por sua vez, entende que «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».

Por fim, Carlos Mário da Silva Velloso (*A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*¹³) entende que «uma questão deve ser posta: preceito fundamental seria o mesmo que princípio constitucional fundamental? Estes, os princípios constitucionais fundamentais, estão inscritos nos arts. 1º a 4º da Constituição. Impõe-se resposta negativa. Os preceitos constitucionais fundamentais não são apenas os princípios fundamentais inscritos nos arts. 1º a 4º 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 (tit. II)'».

Fica claro que, na conformidade do diploma legal ora discutido, consagra-se a tese que, de há muito, vimos defendendo, ou seja, a existência de uma hierarquia interna no seio da própria Constituição¹⁴, isto porque, de acordo com o comando do art. 102 § 1º da Constituição, só preceito fundamental (e não outro qualquer preceito) poderá provocar o desencadeamento da Ação de Descumprimento, o que implica na necessidade de uma clara definição do que se entenda pela expressão preceito fundamental.

¹¹ *Idem*, pp. 53-54.

¹² *Comentários à Lei nº 9.882/99 — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In ANDRÉ RAMOS TAVARES e WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG (Organizadores), *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 17.

¹³ In IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (Coord.), *Direito Contemporâneo — Estudos em Homenagem a Oscar Dias Correa*, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2001, p. 38.

¹⁴ Apesar de defendermos a existência de uma hierarquia interna, entendermos que toda matéria integrante do texto da Lei Maior, tem natureza constitucional, visto que sua alteração (quando permitida, pois existem cláusulas de imutabilidade ou intangibilidade, denominadas de limites materiais ou cláusulas pétreas), só ocorrerá em obediência ao procedimento fixado pelo próprio texto constitucional —art. 60— para o exercício do Poder de Reforma. Vejam-se, a propósito, nossos livros *O Valor da Constituição — Do controle de constitucionalidade como garantia da Supralegalidade Constitucional* (2ª edição revista e aumentada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001), *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1995) e *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro* (2ª edição revista e aumentada, Curitiba, Juruá, 2001).

Ora, se preceito (Lat. *Praeceptum*) significa, como ensina o *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*¹⁵ norma ou regra emanada da ordem jurídica», pouco importa se este preceito se apresenta sob a forma de princípio ou de norma. O que o fará objeto da Ação de Descumprimento, é que seja fundamental à ordem jurídica, ou seja, que lhe seja indispensável, que lhe sirva de base.

Neste sentido, do seu conceito não poderão ser excluídos os denominados princípios fundamentais, pelo que, de início, entendemos que preceito fundamental é todo aquele que decorra dos princípios fundamentais, os quais estão objetivamente relacionados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal e que se encontram, sob a forma telegráfica, inseridos no art. 60 § 4º, incisos I a IV (limites materiais ao exercício do Poder de Reforma), do mesmo texto constitucional.

Vale ressaltar, que cada um dos mencionados princípios inseridos no art. 1º leva a desdobramentos no próprio texto, como, por exemplo, a irrenunciável necessidade de que os Direitos e Garantias contidos nos arts. 5º, 6º e 7º (com a possibilidade constante do § 2º do mesmo artigo) sejam considerados preceitos fundamentais¹⁶.

Mas não é só, tendo razão José Afonso da Silva quando observa que eles (os preceitos fundamentais) abrangem, igualmente, aquelas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional.

Em síntese: para nós, a expressão Preceitos Fundamentais abarca os Títulos I e II da Constituição Federal (nos quais se encontra presente o Espírito da Constituição, expressão tão a gosto da doutrina do séc. XIX), razão pela qual (como dito anteriormente), a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental só terá por objeto qualquer princípio ou normas ali contidos¹⁷.

¹⁵ Planejado, organizado e redigido por J. M. OTHON SIDOU, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, verbete.

¹⁶ Vale recordar que o art. 6º da CF se desdobra no Título da *Ordem Social*, arts. 193-232.

¹⁷ Este texto já estava pronto quando tomamos conhecimento do artigo escrito por HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA, intitulado «Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante STF» (in *Jornal Magistratura & Trabalho*, novembro/dezembro 2000, p. 4) onde o autor afirma: «A expressão 'preceito fundamental' parece mais consentânea com os dois primeiros títulos da Carta Magna. O Título I se chama *Dos Princípios Fundamentais* e abrange os quatro primeiros artigos (fundamentos do Estado Democrático, separação dos Poderes, objetivos da República e seus princípios nas Relações Internacionais). O Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* compreende cinco capítulos, que são dos direitos e deveres individuais e coletivos insculpidos no artigo 5º, os direitos sociais conhecidos do Juiz do Trabalho, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos».

A) Do cabimento da ação: breve análise

A utilização da ação que ora se analisa tem o que poderíamos denominar de requisitos para o seu *cabimento*, o primeiro dos quais, como dito no item anterior, é demonstrar que o seu objeto é sanar o Descumprimento de Preceito Fundamental (não qualquer preceito, seja princípio ou norma). Ademais, imperativo da própria Lei, é que ela só será possível (a) — para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, caput) e (b) — quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

Quanto ao primeiro dos pressupostos, cumpre observar-se que a lei utiliza a expressão «ato do Poder Público», o que significa dizer, como o faz Eduardo Rocha Dias¹⁸ que «afasta-se, a princípio, a possibilidade de se alegar descumprimento de preceito fundamental face a entidades privadas, como seria a hipótese de uma política discriminatória de recrutamento de pessoal quanto a sexo, raça ou orientação sexual adotada por alguma empresa privada. A atitude lesiva deve decorrer, portanto, de ato do poder público, o que por si só constitui uma limitação às virtualidades do instituto».

Neste sentido, vale destacar que o STF na ADPF-(QO) 1 — RJ, Rel. Min. Néri da Silveira (3.2.2000)¹⁹ fez referência expressa a ato do poder público, nos seguintes termos:

«O Tribunal, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu a argüição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102 § 1º) ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil — PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal — que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 — teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes (CF, art. 2º). Considerou-se ser incabível na espécie a argüição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99 ('A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultado de ato do Poder Público)».

¹⁸ Artigo intitulado «Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental», *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 55, abril 2000, pp. 67-68.

¹⁹ *Boletim Informativo do STF* nº 176.

Cumpra mencionar —por oportuno— que esta limitação estabelecida pelo *caput* do art. 1º, no sentido de que o descumprimento de preceito fundamental se dê por ato do poder público, não impedirá, evidentemente, que havendo descumprimento de preceito fundamental provocado por entidades privadas, ocorra o seu controle judicial mediante a utilização de outras vias, seja através de uma das garantias constitucionais previstas no art. 5º da Constituição Federal, ou mesmo através de uma das formas de controle da constitucionalidade inseridas na Lei Maior.

No tocante ao segundo dos pressupostos, evidencia-se, sem maiores esforços, o caráter de subsidiariedade da Lei que, assim, se apresenta como limite à competência do STF. Dizendo melhor: se possível a impetração de qualquer outra das espécies normativas previstas em nosso sistema para o controle de constitucionalidade, incabível será a Ação de Descumprimento.

Neste sentido, prescreve o mencionado art. 4º, § 1º:

«Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias».

Analisando a matéria no âmbito do Direito estrangeiro, Zeno Veloso (*Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*²⁰) faz interessantes observações que merecem transcrição:

«Dissemos que os institutos similares, no estrangeiro, a *Verfassungsbeschwerde* alemã e o recurso de amparo espanhol, têm, igualmente, caráter de subsidiariedade; só podem ser interpostos após terem sido esgotadas, regularmente, as vias judiciais. O caso emblemático, no Tribunal Constitucional da Espanha, redundou na sentença 39, de 08.02.1993:

‘La exigencia de agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial es un corolario del carácter último y subsidiario del amparo, y, por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado, por su carácter y naturaleza, para tutelar el derecho fundamental o libertad que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir a la vía de amparo constitucional’ (cf. MANUEL PULIDO QUECEDO, *La ley orgánica del tribunal constitucional*, cit., p. 421).

²⁰ 2ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, pp. 305-306. Idênticas análises são feitas por ANDRÉ RAMOS TAVARES no livro *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*, pp. 35-68.

Tanto o *Bundesverfassungsgericht* quanto o Tribunal Constitucional espanhol têm sido extremamente severos ao analisar os requisitos de admissibilidade dessas ações. Na doutrina espanhola, os autores observam que há um aumento progressivo dos recursos de amparo, sendo eles cada vez menos admitidos e, dentre estes, diminuem os concedidos»²¹.

E prossegue Zeno Veloso:

«A nossa argüição é, também, um remédio excepcional, último, extremo. O descumprimento de preceito fundamental não poderá ser corrigido, em princípio, pelo STF. Este só está autorizado a intervir quando concluída a atuação judicial ordinária, quando não houver qualquer outro meio (outro meio eficaz, diz a lei) de sanar a lesividade. Este requisito de admissibilidade funciona como um limite para a competência do Supremo Tribunal. A argüição só é cabível quando não existir qualquer outro meio processual, ou seja, seja ele carente, insuficiente, ineficaz»²².

Gilmar Ferreira Mendes, em artigo intitulado *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz*²³, assume posição diametralmente oposta àquela apresentada por Zeno Veloso.

Assim, entende 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».

Em seguida, afirma: «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. 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 for-

²¹ *Ob. cit.*, pp. 305-306.

²² *Ob. cit.*, p. 306.

²³ *Revista Virtual*, n. 13, p. 1. Publicada na Internet, site www.planalto.gov.br.

ma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental»²⁴.

Prosseguindo, e dando uma interpretação completamente contrária ao que consta do texto legal, e, portanto, descaracterizadora do instituto, advoega que «não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias»²⁵.

Finalizando, escreve: «Como se vê, ainda que, aparentemente, pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (com efeito entre as partes).

É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da argüição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto»²⁶.

A posição defendida por Gilmar Ferreira Mendes não se sustenta frente ao que está escrito na Lei, razão pela qual, não poderá o STF dispensar o requisito da subsidiariedade através do Juízo de Admissibilidade. No fundo, o que pretende o referido autor, é excluir o caráter subsidiário do instituto e ampliá-lo para toda e qualquer hipótese, situação em que, vencido seu entendimento, desconsiderar-se-iam as demais formas de controle de constitucionalidade, afrontando-se a Lei.

Ademais, a «interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos» que o autor usa como argumento para justificar a admissibilidade da Ação sem o pressuposto da subsidiariedade, já encontra remédio constitucionalmente previsto na Ação Declaratória de Constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º), nos seguintes termos:

²⁴ *Ob. cit.*, p. 3.

²⁵ *Idem*, pp. 3-4.

²⁶ *Ibidem*, p. 4.

«As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo».

a) *O Amparo espanhol*

Faça-se de logo uma afirmativa: o carácter subsidiário que marca o amparo espanhol, não está marcado por nenhuma flexibilidade em seu conceito, tal como se pode confirmar pela Lei Orgánica 2/1979, de 3 de outubro, del Tribunal Constitucional²⁷, bem como por farta doutrina que será trazida à colação.

A propósito, este esgotamento das vias judiciais está previsto no art. 43.1 da referida lei e, de forma mais objetiva no art. 44.1 a, sendo que este último determina, textualmente, o seguinte:

«Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

Discutindo o carácter subsidiario del recurso de amparo, Ignacio Borraro Iniesta, Ignacio Díez-Picazo Giménez e Germán Fernández Farreres em livro intitulado *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo — Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*²⁸ doutrinam que

«en nuestro sistema constitucional de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas, la protección jurisdiccional de los mismos no se asienta, como regla, en la intervención del Tribunal Constitucional, sino en la de los órganos de jurisdicción ordinaria. La intervención del Tribunal Constitucional no es, desde luego, el mecanismo central del sistema, precisamente porque la protección primaria de tales derechos a los Jueces y Tribunales queda encomendada. Difícilmente podría ser de otra forma, una vez que el Tribunal Constitucional, por sus propias características, no se encuentra en condiciones de asumir, con carácter ordinario, la protección y defensa de

²⁷ O Recurso de Amparo está previsto na Constituição Espanhola, em seu art. 53.2.

²⁸ Madrid, Editorial Civitas, S/A, 1995, p. 119.

los derechos fundamentales en todos y cada uno de los concretos casos en que esa protección es necesaria, apreciación ésta que adquiere singular importancia cuando de lo que se trata es de la protección de los derechos fundamentales reconocidos por el artículo 24.1 CE.

Se justifica así que el recurso de amparo constitucional haya quedado caracterizado por ser un medio extraordinario y suplementario de la normal y primaria tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que constitucionalmente se encomienda a los órganos judiciales ordinarios. Se trata, en fin, de un dato reiteradamente destacado por la propia jurisprudencia constitucional, aunque del mismo no siempre se hayan extraído — o al menos observado — todas las consecuencias que necesariamente impone».

Adiante, de forma objetiva, escrevem:

«La subsidiariedad del recurso de amparo constitucional aparece, pues, como un rasgo definitorio y característico del especial mecanismo tutelador de los derechos fundamentales atribuido al Tribunal Constitucional, y ese carácter subsidiario debe preservarse con gran rigurosidad. El ordenamiento jurídico debe posibilitar que sean directa y primariamente los Tribunales ordinarios los que tutelen los derechos fundamentales, y sólo cuando esas posibilidades de defensa resulten infructuosas quedará abierta la vía del amparo constitucional»²⁹.

Francisco Rubio Llorente (*El Recurso de Amparo*³⁰), por sua vez, ensina que

«hasta donde se, nadie ha criticado el hecho de que se haya partido de esa noción puramente doctrinal para deducir de ella requisitos que la ley no impone expresamente, como en el caso, antes señalado, de la extensión a los recursos deducidos por la vía del artículo 43 LOTC de la obligación de satisfacer una exigencia que la ley impone sólo para aquellos recursos de amparo en los que se impugnan actos u omisiones de los órganos judiciales. Tampoco se ha cuestionado la exactitud de la tesis según la cual la subsidiariedad es un elemento esencial del recurso de amparo, aunque sea evidente que ese elemento no se da en aquellos casos (muy frecuentes) en los que el recurso de amparo se formula contra una decisión judicial frente a la que en

²⁹ *Ob. cit.*, pp. 123-124. O texto traz a citação de várias decisões do Tribunal Constitucional no sentido de uma exigência rigorosa do requisito da subsidiariedade.

³⁰ In FRANCISCO RUBIO LLORENTE e JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid, Mc Graw Hill, 1998, p. 38. Vale lembrar que o autor referido é ex-integrante do Tribunal Constitucional Espanhol. Itálicos nossos.

la vía judicial no cabía ya recurso ni invocación alguna, ni por supuesto en los amparos dirigidos frente a actos o disposiciones sin fuerza de ley de los órganos legislativos (en la medida, al menos, en la que aquéllos o éstas no sean impugnables en la vía contencioso-administrativa)».

A seguir, é taxativo Rubio Llorente:

«Así, para el Tribunal español, la subsidiariedad no sólo impone al demandante de amparo una obligación de agotar previamente todas las vías y recursos judiciales, sino que opera también como un límite a la competencia del propio Tribunal, impidiéndole entrar en el fondo de las cuestiones debatidas, cuyo conocimiento ha de devolver por eso al órgano judicial»³¹.

Carmen Senes Motilla, em livro intitulado *La vía judicial previa al Recurso de Amparo*³², observa que «la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo es reiteradamente invocada por la jurisprudencia constitucional, ya de forma inmediata, configurándolo como recurso subsidiario, o última instancia o vía en la protección de los derechos y libertades fundamentales, ya de forma mediata, recalando la tutela general y primaria que corresponde a los Jueces y Tribunales *ex art.* 41.1 LOTC, o negando que el recurso de amparo sea una primera instancia jurisdiccional para deducir pretensiones constitucionales atinentes a los derechos y libertades fundamentales, ni menos aún, una casación *per saltum* que exima de la utilización de los recursos legales en la vía judicial».

Interessante observação a respeito do esgotamento das vias judiciais, é feita por R. García Varela e J. E. Corbal Fernández no livro *El Recurso de Amparo Constitucional en el Área Civil*³³ quando escrevem que «el cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial no se satisface con la mera interposición de los recursos que legalmente procedan en el correspondiente orden jurisdiccional, sino que requiere que se interpongan observando los cauces procesales adecuados y los requisitos legalmente establecidos. De modo que cuando la vía judicial precedente se frustra porque el recurso intentado no resulta admisible, ha de entenderse, en principio, incumplido el requisito que impone el art. 43.1 de la LOTC e impracticable, por tanto, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTC 112/1983, 64/1987; ATC 85/1983)».

³¹ *Ob. cit.*, p. 39. Vale lembrar que na Espanha, o denominado Recurso Constitucional equivale às nossas Ações Diretas de Controle da Constitucionalidade, enquanto que o Recurso de Amparo corresponde ao nosso Recurso Extraordinário, utilizável quando o direito individual (e não a Constituição) foi violado.

³² Madrid, Editorial Civitas, S/A, 1994, pp. 29-30.

³³ Barcelona, Editorial Bosch, 1999, p. 81.

b) *As primeiras decisões do STF em relação à 'subsidiariedade'*

O Supremo Tribunal Federal tem assumido posição exatamente idêntica àquela que vimos defendendo, ou seja, a de que o carácter subsidiário tem que informar a propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Neste sentido, na ADPF-3 (QO) — CE, Rel. Min. Sidney Sanches, (18.5.2000) decidiu o Tribunal³⁴:

«É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º). Com esse entendimento o Tribunal não conheceu a argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão 'em cascata' (CF, art. 37, XIV — redação dada pela EC 19/98)».

Igualmente, na ADPF-4 — DF, Rel. Min. Octávio Galloti (28.6.2000) decidiu o Tribunal³⁵:

«Iniciado o julgamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT contra a MP 2.019/2000, que fixa o valor do salário-mínimo. Após os votos dos Ministros Octávio Galloti, relator, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sidney Sanches e Moreira Alves que, à vista do disposto no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, não conheciam da argüição, tendo em vista a existência de outro meio eficaz para sanar a alegada lesividade, e dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, que conheciam da argüição, por entenderem que a medida judicial existente — ação direta de inconstitucionalidade por omissão — não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, o julgamento foi adiado à vista do empate na votação (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º: 'Não se admitirá argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade'). Afastou-se a preliminar de que o exame da questão relativa à regularização do instrumento de mandato precederia à da incidência do § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso».

³⁴ *Boletim Informativo do STF* nº 189.

³⁵ *Boletim Informativo do STF* nº 195.

B) A amplitude material da Ação e suas inconstitucionalidades

Ao lado dos mencionados pressupostos formais, a Lei nº 9.882/99 admite uma amplitude material à sua aplicação, ao determinar, em seu art. 1º, parágrafo único, inciso I:

«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».

Da redação constante do presente inciso I, surgem pelo menos três questões que, se por um lado, representam questões teóricas, por outro, muito têm a ver com a extensão que se pretende dar ao novel instituto, ampliando-o através de legislação infraconstitucional.

Enfrentemo-las:

a) — constata-se, inicialmente, que o legislador ordinário inovou o tratamento da matéria ao admitir o controle subsidiário pela via direta de Lei municipal, no que, em razão do que prescreve o art. 102, inciso I, *a*, da Constituição Federal, parece-nos que nos encontramos diante de uma flagrante inconstitucionalidade.

Textualmente, determina o referido art. 102:

«Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) — a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal».

Ora, nos termos da Lei Maior, o controle de constitucionalidade de Lei Municipal frente à Constituição Federal, será feito pelo STF através de Recurso Extraordinário, e não pela via direta, podendo-se observar que a matéria já foi decidida, em inúmeras vezes, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como se verifica do acórdão abaixo:

STF Adin 1.803-3, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 24.02.98:

«Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal proposta perante este Supremo Tribunal Federal, por Mesa de Câmara Municipal.

Dois são os óbices para o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade: o de que a Mesa de Câmara Municipal não tem legitimidade ativa para propor ação dessa natureza por não estar arrolada no caput do art. 103 da Constituição Federal, e o de que há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que, em face do disposto no art. 102, I, a, da Carta Magna, só cabe ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual, e não de lei ou ato normativo municipal. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida».

Diante desta nova realidade, pergunta-se: poderia o legislador ir além do que determina a Constituição Federal?

b) — a segunda questão diz respeito a outra inovação introduzida pela Lei 9882/99, exatamente ao se referir a «preceito fundamental, decorrente desta Constituição», como objeto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em outras palavras: poderia o legislador ordinário incluir na Lei referência a «lei ou ato normativo» (expressão que não consta da Lei Maior), sem antes modificar o conteúdo do art. 102 § 1º da Constituição Federal, que apenas fala?

c) — finalmente, ao prever a argüição de descumprimento de preceitos «anteriores à Constituição», desconheceu o legislador, de um lado, a Teoria Constitucional e, de outro, a posição do Supremo Tribunal Federal, visto que, em seu entendimento, neste caso estamos diante de norma revogada, não passível, portanto, do controle de constitucionalidade³⁶.

Desenvolvamos um pouco mais este problema, afirmando, de logo, que a solução que se dê às relações existentes entre a Lei Anterior e a nova Constituição, como afirmamos em nossos livros *Poder Constituinte e Revolução — Breve Introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*³⁷ e *Constituição Federal — Teoria e Prática*³⁸, encontra-se ligada ao fato de que, sendo a Lei Maior resultado de um Hiato Constitucional (não necessariamente revolucionário, no sentido sociológico), a partir dele a sociedade estará subordinada a um novo modelo constitucional, frente ao qual podem surgir, pelo menos, três situações, a saber:

³⁶ Neste sentido, ADIn nº 434, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJU 17.6.91, p. 8171 e ADIn nº 502, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJU 27.5.91, p. 6.906. A partir da ADIn nº 709 (Questão de Ordem, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJU 20.5.92, p. 12.248), o STF passou a admitir que a revogação superveniente da norma impugnada, independentemente da existência ou não de efeitos residuais e concretos, prejudica o andamento da ação direta. Ver ainda ADIn nº 262 (DJU 8.3.93) e ADIn nº 712 (DJU 25.2.93, p. 2.287), ambas tendo como Rel. o Min. CELSO DE MELLO.

³⁷ 2ª edição, Bauru, Editora Jalovi, 1986.

³⁸ Rio de Janeiro, Editora Renovar, vol. I, 1994.

- a) — referente à aplicação do «novo Direito»;
- b) — referente à aplicação de determinadas normas de Direito Público;
- c) — referente às situações que serão objeto de legislação infraconstitucional posterior.

As duas primeiras questões dizem respeito à matéria própria das Disposições Transitórias, enquanto que a última estará intimamente ligada à Supralegalidade do texto constitucional, frente às demais normas do ordenamento jurídico.

Assim, a aplicação do «novo Direito», com a permanência de situações jurídicas (de direito privado ou de direito público) constituídas anteriormente, ou seja, à luz do ordenamento constitucional substituído, refere-se, no dizer de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*³⁹), ao Princípio da Continuidade da Legislação, a propósito do qual escreve: «O princípio da continuidade da legislação, a despeito da mudança de Constituição, apenas traduz a necessidade de se evitar o ‘vazio jurídico’ (o vácuo): já os habitantes contavam com a estabilidade da ordem jurídica, que não dependia deles; a anterioridade não se impõe contra as regras posteriores que sejam contrárias às anteriores, mas enche o que, no tempo futuro, está vazio».

Destaque-se que a vigência de um novo modelo constitucional cria, em relação às normas anteriores, duas possibilidades: na primeira, se não há choque entre a norma inferior e a nova Constituição, esta recepciona àquela; na segunda, não se há de falar em choque, visto que a Lei se encontra, *ipso facto*, automaticamente revogada.

Insista-se: na segunda situação, não se há de falar em inconstitucionalidade, mas sim, em revogação de toda legislação anterior que seja contrária ao novo modelo constitucional, conforme pacíficos entendimentos doutrinária e jurisprudencial.

O posicionamento, nesta direção, assumido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à matéria, tem uma explicação, qual seja a de que lhe compete ser «Guardião da Constituição» em vigor, e não daquela que não mais existe, já que substituída por uma nova opção política do Poder Constituinte.

Outro tipo de situação, aqui referida mas que não será objeto de maiores considerações, poderá surgir: na vigência da Constituição anterior, praticaram-se atos marcados pela constitucionalidade, que já não existe, se considerado o novo texto constitucional. Como resolver esta situação?

Neste caso, detalhe importante a ser lembrado, é que os atos jurídicos são regidos pela lei vigente à época de sua prática.

³⁹ Forense, 1987, Tomo VI, p. 379.

Por outro lado, o princípio constitucional do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada é mandamento universalmente aceito, dele não escapando o sistema jurídico brasileiro que, na atual Constituição, o coloca como cláusula pétrea, intangível, portanto.

A propósito, demos novamente a palavra a Pontes de Miranda que, ao referir-se a um outro princípio — da imediata incidência das regras constitucionais — doutrina: «(a) É princípio básico o princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas das suas regras jurídicas, ou se a retrotraí. Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que coube à própria Constituição a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição. Aí, a Constituição, que poderia protraí a sua incidência, como ocorre com a Constituição de 1967, «explicitamente a retrotraí»⁴⁰.

Pois bem, o texto de 67-69 (como os anteriores) consagrava o respeito ao «direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada» (art. 153 § 3º), no que foi seguido pelo modelo vigente (art. 5º, XXXVI). Mantev-se, portanto, o mandamento, não havendo quebra de continuidade pela simples vigência de novo modelo constitucional.

Entretanto, nada impede que a Constituição nascente exclua desta proteção, algumas situações concretas e expressamente mencionadas, visto que, conforme lição do Min. Thompson Flores⁴¹ «inexiste direito adquiri-

⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 385. Itálico nosso.

⁴¹ *RTJ*, 71/461. O tema referente ao direito adquirido é daqueles que maiores atenções desperta entre os estudiosos. Assim, vejam-se, de nossa autoria, os seguintes estudos: *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumem Juris 1997; *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Editora Lumem Juris, 1997; «Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade», *Revista da ESMAPE — Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, vol. 2, nº 3, abril de 1997; *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo, *Ltr, Suplemento Trabalhista*, 016/97, pp. 079-092; «Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade. A Intagibilidade do Direito Adquirido face às Emendas Constitucionais», *Revista da Procuradoria Geral da República*, nº 9, jul/dez 1996; «Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade», *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, out-dez, 1996, vol. 206; «Servidor Público, Aposentadoria e Direito Adquirido», *Jornal O Bureau*, ano I, nºs 3 e 4, Recife, 1996.

Ainda: CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, «O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional», *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 103, jul/set, 1989, pp. 147-162; GUILHERMO A. BORDA, *Retroatividade de la Ley y Derechos Adquiridos*. Buenos Aires, 1951; ÉRITO MACHADO, *A Retroatividade da Norma Constitucional*, Salvador,

do contra a Constituição Federal. Mas, para tanto, mister se tornaria que ensinasse ela, e não as Cartas locais, esta conclusão, pois é ela própria que assegura, como garantia individual, o direito adquirido. Esta, de resto, é a orientação do Supremo Tribunal Federal» (RE nº 74.284, in *Ementário* 915/2; 74.534, idem 915/2 e 75.102, idem 911/2; R.E. nº 75.418, A.C. S.T.F. Pleno).

Neste sentido, entendeu de agir o constituinte de 87-88, fazendo-o de forma expressa, como se constata do art. 17 (ADCT): «Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título» (destaque nosso).

Já o dissemos acima, mas convém lembrar com o objetivo de facilitar o raciocínio: se a discussão se refere a uma lei anterior e sua relação com o novo texto constitucional anterior, restam duas alternativas: ou foi ela (a Lei) pelo novo texto recepcionada, ou se encontra revogada.

Em ambas as hipóteses, tem entendido o STF que, na hipótese, «para efeito do controle direto e concentrado de constitucionalidade a representação se julga prejudicada»⁴².

A propósito, em Acórdão proferido na ADIN nº 0000074/92, Relator Min. Celso de Mello⁴³, lê-se:

«A incompatibilidade vertical, superveniente de Atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores».

4. DA LEGITIMAÇÃO ATIVA E DA PETIÇÃO INICIAL

Estabelece a Lei 9882/99, em seu art. 2º:

«Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I — os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade».

Na versão aprovada pelo Congresso Nacional, estabelecia-se um inciso II, no qual estava prevista a possibilidade de legitimação ativa a «qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público».

s/d; PAULO LUIZ LOBO NETO, «O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Direito Adquirido», *Revista de Direito Civil*, v. 13, nº 48, 1989, pp. 103-116.

⁴² Veja-se, a propósito, o DJ de 25.11.88, onde existem dezenas de decisões, todas neste sentido.

⁴³ Publicado no DJ 25.09.92.

Através da Mensagem nº 1.807. de 3.12.99, o Presidente da República vetou o mencionado inciso, sob os seguintes fundamentos:

«A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais — modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infra-constitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade — sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso — torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento».

Ao vetar o mencionado inciso II, o Presidente da República tornou letra morta todo o texto da Lei, isto porque, se a presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental só poderá ser usada subsidiariamente, decorrência lógica seria a possibilidade prevista no texto aprovado pelo Congresso, ou seja, «qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público» haveria de ser titular de legitimação ativa.

Em agindo como o fez, com toda certeza, o Poder Executivo foi levado pela interpretação que deseja retirar do novo instituto o seu caráter de subsidiariedade, como já analisamos nas páginas anteriores.

Apesar do veto, e como prova de lamentável técnica legislativa, o mesmo art. 1º, desta feita em seu § 1º a ele faz referência, nos seguintes termos:

«§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo».

Para o mais iniciante dos intérpretes, chega-se a duas conclusões, a saber:

- a) — Em razão do veto ao inciso II, fica sem razão este parágrafo;
- b) — Volta-se, com a inclusão do mesmo, ao modelo anterior à Constituição vigente, exatamente quando se consagrava, no controle concentrado de Constitucionalidade, à representação, da qual era titular o Procurador Geral da República, com todos os inconvenientes, que provocaram debates doutrinários os mais acirrados.

Um aspecto relacionado à Legitimação Ativa para propositura da Ação de Descumprimento cabe ser mencionado, ou seja, não cometeu a presente Lei 9882/99 o absurdo contido na Lei nº 9.868, 10.11.99 (DOU 11.11.99) que «dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal», quando, em seu art. 2º, ao fixar os legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, resolveu inovar (indo além do art. 103 da CF) os incisos IV e V, acrescentando-se-lhes (IV) a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e (V) o Governador do Distrito Federal⁴⁴.

Apesar de entendermos que a Lei não poderia ir além da Constituição, não desconhecemos o STF, através da ADIn nº 645-2, Rel. Min. Ilmar Galvão (DJU 21.2.92, p. 1693), bem como da ADIn nº 665, Rel. Min. Octávio Gallotti (DJU 24.4.92, p. 5376) já havia entendido ser possível a Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta por Governador do Distrito Federal.

Neste sentido, na ADIn nº 645-2, entendeu o Min. Ilmar Galvão que a legitimação ativa do Governador do Distrito Federal se dava «por via de

⁴⁴ Estas inovações, em nosso entender, são totalmente inconstitucionais, mesmo com o entendimento adotado pelo STF.

interpretação compreensiva do texto do art. 103, V, da CF/88, c/c o art. 32, § 1º, da mesma Carta».

Cumpra mencionar que, ao lado da legitimação, há se ser considerada a pertinência temática⁴⁵, nos termos hoje consagrados em farta Jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal.

Finalizando, vale lembrar que, nos termos do art. 3º da Lei nº 9882/99, ora em análise, a petição inicial deverá conter:

- I — a indicação do preceito fundamental que se considera violado;
- II — a indicação do ato questionado;
- III — a prova da violação do preceito fundamental;
- IV — o pedido, com suas especificações;
- V — se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Com relação ao inciso I, é de lembrar-se, por analogia, que já havia decidido o STF não ser admitida inicial em Ação Direta de Inconstitucionalidade com alegação genérica, tal como se observa na ADIN nº 259 - DF, Relator Min. Moreira Alves⁴⁶:

«Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inépcia da inicial.

É necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos jurídicos do pedido com relação às normas impugnadas, não sendo de admitir-se alegação genérica de inconstitucionalidade sem qualquer demonstração razoável, nem ataque a quase duas dezenas de medidas provisórias em sua totalidade com alegações por amostragem.

Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece».

Ademais, deverá estar a petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato⁴⁷, se for o caso, e será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação (Parágrafo único). Neste ponto, as formalidades estabelecidas pela presente Lei, são iguais àquelas exigidas para a Ação de Mandado de Segurança.

Quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ou quando faltar algum dos requisitos prescritos na Lei, ou quan-

⁴⁵ Entenda-se por pertinência temática a necessidade de que seja caracterizada a demonstração do interesse daquele que é legitimado pelo art. 103 da CF e a matéria discutida na Ação Direta.

⁴⁶ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 144/3, p. 690.

⁴⁷ Quanto ao instrumento de procuração, o entendimento do STF na ADIn nº 2.187, Rel. Min. Otávio Gallotti, é no sentido de que o mesmo deverá conter poderes específicos.

do for inepta, a petição inicial será indeferida, liminarmente, pelo relator (art. 4º).

O indeferimento e a inépcia da petição inicial, são matérias regulamentadas pelo Código de Processo Civil, art. 295. De salientar-se, que os requisitos do art. 282 do CPC serão aplicados subsidiariamente, o mesmo não acontecendo com relação ao art. 284 da lei instrumental, visto que, nos termos da presente Lei, cogita-se de indeferimento liminar.

Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (§ 1º)⁴⁸ sendo que da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias (§ 2º).

5. A MEDIDA LIMINAR E SEUS EFEITOS

Uma afirmativa inicial deve ser feita ao tratarmos do tema: a presente Lei não cometeu o grave erro técnico de falar em Medida Cautelar como o faz a Lei nº 9.868/99, art. 10. Aqui, corretamente, se fala em Medida Liminar, o que equivale a concessão de Liminar proferida nos autos da própria Ação.

Conhecida a inicial (que deverá preencher os requisitos do art. 4º e do CPC, art. 282), «o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental» (art. 5º).

E mais: 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).

Entendendo necessário, o relator poderá (o que significa faculdade) 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).

Finalmente, «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 da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada» (art. 5º, § 3º).

Algumas observações devem ser feitas.

Inicialmente, com relação ao mencionado § 3º, afigura-se-nos uma Inconstitucionalidade flagrante, pelo fato de que, tratando-se uma de Ação, e não de um Recurso, fere ele o conteúdo do controle difuso aceito pelo sistema brasileiro.

⁴⁸ É a consagração expressa do caráter subsidiário da Ação de Descumprimento, já analisado nas páginas anteriores.

Consagrando «uma eficácia contra todos e efeito vinculante», a Lei foi além do texto constitucional que só conhece esta eficácia e este efeito, quando se trata de Ação Declaratória de Constitucionalidade, pelo que nos encontramos diante de uma Avocatória disfarçada, visto que, como dito, tratando-se de uma ação autônoma, não poderá a Liminar concedida nesta, interferir nas demais ações que tramitam nas várias esferas do Judiciário.

Ademais, registre-se por imperativo constitucional (art. 102 § 2º), a extensão da eficácia contra todos e o efeito vinculante são efeitos que só estão previstos na Lei Maior com relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade, não se podendo, em nosso modo de entender, por força de lei ordinária, estende-los à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Neste sentido, Thomas da Rosa de Bustamante⁴⁹ escreve que «a argüição de descumprimento de preceito fundamental não é um incidente processual, mas sim, ação autônoma. (...) Não pode, portanto, intervir em outras ações que tenham sido ajuizadas, limitando a jurisdição de todos os tribunais que não o Supremo Tribunal Federal às matérias infraconstitucionais».

E adiante: «Não creio ser possível a concessão de medida liminar deste teor, por uma simples razão: a manutenção do controle difuso de controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Ora, a possibilidade de suspensão de todos os efeitos com base numa medida liminar é absurda, pois pretende atribuir efeito vinculante a uma decisão que sequer é definitiva (a referente à concessão da liminar).

Atenta o preceito legal em comento contra o controle difuso de constitucionalidade das leis, que tem *status constitucional*, decorrendo do artigo 102, III, que dispõe sobre o recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, os juizes e tribunais têm jurisdição para apreciar toda questão constitucional discutida de forma incidental num processo de sua competência. Uma liminar do teor do art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99 bate de frente com a repartição constitucional da competência jurisdicional, a qual não impede qualquer restrição à jurisdição constitucional nas instâncias ordinárias.

O texto do art. 5º, § 3º, da lei aludida, fecha o ciclo de intérpretes da Constituição, permitindo que o Supremo Tribunal Federal, através de medida liminar (!), simplesmente passe por cima de uma competência que tem fíncas na própria Carta Magna».

O que se observa, neste ponto, é exatamente a afirmativa feita por Manoel Gonçalves (e por nós já referida no item 1 deste capítulo) de que «seu objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de avo-

⁴⁹ Artigo citado, p. 6.

catória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias».

No mesmo sentido, mas de forma menos direta, Gustavo Binbenbim (*A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira — Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*⁵⁰) afirma que «embora a arguição de descumprimento incidental exiba algumas diferenças em relação à vetusta advocatária — especialmente o fato de que o juiz do caso concreto não é afastado do julgamento, ficando apenas vinculado, ao sentenciar, à decisão pontual do Supremo Tribunal Federal acerca da questão constitucional alçada ao seu conhecimento —, o fato é que o uso de conceitos jurídicos indeterminados como, v. g., ‘preceito fundamental’ e ausência de ‘qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade’, a inexistência de previsão na Lei de participação das partes do processo no incidente (o que viola o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, como se verá) e o veto presidencial ao dispositivo que conferia legitimidade ao cidadão para utilizar-se da arguição, dão ao novo instrumento um perfil autoritário, com ares, ou ao menos pretensão, de se convolar em uma advocatária redivida».

6. O PROCEDIMENTO DA AÇÃO. A DILAÇÃO PROBATÓRIA

A teor do que determina a Lei sob análise, «apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias» (art. 6º), sendo que «se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de 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).

Ademais, «poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo» (art. 6º, § 2º).

Trata-se, em nosso entender, de uma Dilação probatória que se nos apresenta bastante positiva, sobretudo, no tocante ao que determina o citado § 1º, sendo de lembrar-se que em nosso livro *Mandado de Injunção — Guia Teórico e Prático*⁵¹ defendemos esta dilação para o referido instituto.

Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 7º), sendo que, o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações (Parágrafo único).

⁵⁰ Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001, pp. 192-193.

⁵¹ 2ª edição, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1994, p. 84.

Finalmente, a decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros (art. 8º), enquanto a Lei nº 9.868/99, em seu art. 22, sendo omissa quanto ao *quorum* de aprovação, é mais objetiva ao prescrever que «a decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros».

7. A SENTENÇA E SEUS EFEITOS

A matéria vem regulada nos arts. 10 a 13 da Lei nº 9882, nos seguintes termos:

«Art. 10 — 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.

§ 1º — O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º — Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º — A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11 — Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e 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. 12 — A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irreversível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13 — Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno».

Teçamos alguns comentários sobre os artigos transcritos.

Inicialmente, é de se observar que no caput do art. 10, ao falar a Lei em «condições», estas deverão ser entendidas como requisitos, possibilidades, circunstâncias em que se dará a interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A determinação contida neste preceito da Lei em estudo, é muito mais draconiano do que qualquer efeito vinculante, isto porque, ao determinar as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, fere-se, de forma inconstitucional, o Princípio do Juiz Natural, ou seja, o direito que assegura a todos um julgamento livre e imparcial, baseado no livre convencimento do Magistrado.

No tocante ao § 3º do art. 10, determina-se que a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Em que pese (pelo menos de início) sermos a favor de que as decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade, proferidas nas Ações Diretas tenham em si um efeito vinculante, parece-nos que, no caso, se repete a inconstitucionalidade já referida quando tratamos do art. 5º § 3º, isto porque, não vemos como a legislação infraconstitucional possa criá-lo, quando, a teor da Constituição, a única previsão constitucional da vinculatividade se dá quando se trata de Ação Declaratória de Constitucionalidade.

No tocante aos Efeitos temporais, art. 11, a Lei 9.882/99⁵², tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, prevê a possibilidade de efeitos ex nunc às Declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Para tanto, por maioria de dois terços de seus membros, o Supremo Tribunal Federal, poderá (facultativamente, portanto) 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.

Este, possivelmente, é o ponto mais delicado de toda a Lei, visto que, em primeiro lugar, modifica o entendimento sempre consagrado no Brasil, no sentido de que a Lei declarada inconstitucional é lei nula, tal como já sentenciava, de há muito, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Themístocles Cavalcanti ao afirmar nos autos do Recurso Extraordinário nº 61.410, que «lei inconstitucional não pode produzir efeitos. Nulidade das nomeações praticadas sob a sua vigência».

Com a nova orientação legislativa, consagra-se a posição de que poderá haver a declaração de inconstitucionalidade, sem a declaração de nulidade, sendo possível estabelecer-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade poderá ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Dizendo melhor: mesmo declarada a inconstitucionalidade no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos que se tenham produzido no passado, ou até determinada data, serão convalida-

⁵² Neste sentido, veja-se o art. 27 da Lei nº 9.868/99.

dos a critério do próprio STF que poderá fixar na decisão, a data de eficácia dos efeitos.

No estudo do controle da constitucionalidade, sobretudo, quando tal ocorre por via de Ação Direta, um dos pontos mais controvertidos diz respeito aos Efeitos da Declaração, matéria intimamente ligada a uma questão prévia, qual seja a de saber-se a natureza da Lei Inconstitucional, isto é, se ela é nula ou anulável, não se podendo olvidar que tanto um entendimento, como outro, trazem em si conseqüências de ordem, não apenas doutrinária, mas, igualmente, prática.

Enfrentemo-la, pois.

No entender de Pontes de Miranda, citado por José de Mesquita Lara⁵³, «tecnicamente, a inconstitucionalidade ou importa inexistência ou invalidade ou ineficácia», configurando-se a primeira hipótese quando, «na confecção da lei, foram preteridas formalidades constitucionais e regimentais estatuídas para o processo de elaboração»; enquanto que a ineficácia do ato legislativo significaria «a recusa, pelos Tribunais, em aplicá-la aos casos concretos que lhes são submetidos. Nesta hipótese, as formalidades do processo de elaboração estariam presentes, muito embora em seu contexto haja incompatibilidade entre o que ela determina e aquilo que prescreve a Constituição».

C. A. Lúcio Bittencourt em clássica monografia intitulada *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*⁵⁴, referindo-se à questão da nulidade da lei inconstitucional, assevera que «os nossos tratadistas não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais sem buscar-lhes o motivo, a causa, ou o fundamento».

Observa Hugo de Brito Machado no artigo *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*⁵⁵ que «a questão de saber quais são os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, ou está expressamente resolvida pela própria Constituição, ou há de ser resolvida em face da natureza jurídica da atividade em que se encarta aquela decisão».

Se na hipótese do controle incidental o pronunciamento do Magistrado é típico da atividade judicante, visto tratar-se de decisão em caso concreto, no controle por via direta «o que se questiona é a lei em tese, assim, a decisão que declara a inconstitucionalidade, ou a constitucionalidade, manifesta-se no plano normativo, ou plano da abstração» — conclui.

Embora a matéria seja interessante do ponto de vista teórico, em uma perspectiva prática, sobretudo, tendo-se em mente a técnica utilizada pelo

⁵³ «Suspensão pelo Senado Federal da Eficácia de Lei ou Decreto Declarado Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Direito Público», *Revista do Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. II, abril, 1960, pp. 43-44.

⁵⁴ 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1968, p. 141.

sistema constitucional brasileiro, pode-se afirmar que se encontra solucionada, à medida em que, o Poder Constituinte (típica manifestação da Função Legislativa em sentido amplo) conferiu poderes ao Supremo Tribunal Federal, como «Guardião da Constituição» (art. 102), para apreciar o «descumprimento de preceito fundamental» decorrente da Lei Maior (art. 102 § 1º e 103), o que significa dizer, via Ação Direta.

Por outro lado, em se tratando de julgamento incidental, por decisão definitiva, do pretório excelso, determinou que caberá ao Senado Federal, privativamente, «suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional» (art. 52, X).

Em ambas as hipóteses, entretanto, a decisão do Poder Judiciário, em si mesma, não revoga nem anula a Lei, visto ser esta uma função tipicamente legislativa.

Considerando o problema sob a óptica mais teórica que prática, não são poucos os que advogam a impropriedade do controle abstrato da constitucionalidade pelo Poder Judiciário, já que vislumbram, em tal hipótese, uma quebra do princípio da Divisão dos Poderes (ou Separação de Funções), onde não seria respeitada a natureza *interna corporis* do ato de legislar. Neste sentido, entendem mais correta a posição de que caberia a um órgão de natureza política exercer tal função como o faz, por exemplo, o sistema constitucional francês⁵⁶.

Para estes, aquele pronunciamento seria identificado como típica invasão do Judiciário nas atividades próprias do Legislativo, ou, «em outras palavras, a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a conformidade da lei com a Constituição, na via do controle concentrado, não é de natureza jurisdicional. Nada tem com a concreção da norma. Não pode ser tida como atividade jurisdicional, eis que esta pressupõe um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito»⁵⁷.

No mesmo sentido, doutrina Paulo Bonavides⁵⁸ que «tem-se assinalado que a via de ação é política ao passo que a via de exceção é judicial»⁵⁹.

A matéria foi objeto de minucioso tratamento por Francisco Campos (*Direito Constitucional*⁶⁰) ao afirmar: «A operação do juiz se resume a examinar se o ato que tem aparência de lei é, de fato, uma lei. Se o ato

⁵⁵ Texto inédito, fornecido pelo autor, Recife, 1994, p. 3.

⁵⁶ Apesar da afirmativa, não se esqueça da discussão doutrinária sobre a natureza do Conselho Constitucional francês e que foi analisada neste livro, no capítulo dedicado à Justiça Constitucional.

⁵⁷ HUGO DE BRITO MACHADO, loc. cit. p. 6.

⁵⁸ *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 247.

⁵⁹ Consulte-se a interessante monografia de JAVIER PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid, Editorial Tecnos, 1988.

⁶⁰ Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1956, vol. I, p. 430.

em questão viola alguma cláusula constitucional, o Poder Judiciário deixa de aplicá-lo à espécie, não porque exista uma lei superior à argüida de inconstitucional, mas porque esta, embora revestida de aparência de lei, não o é, em substância, e como tal não pode aplicada. O caso, pois, se resolverá perante os tribunais como se, na espécie, lei ordinária não houvesse.

A doutrina segundo a qual a chamada lei inconstitucional deixa de ser aplicada pelo princípio de que existe uma lei, a Constituição, que lhe é superior e que o inferior deve ceder diante do superior, é, de todo, inexata, pois que não pode haver hierarquia entre o que é lei e o que o não é, entre a realidade e a aparência, entre o que existe e o que não existe» — conclui.

Noutra passagem⁶¹, desta feita enfrentando o relacionamento entre os Poderes Judiciário e Legislativo, no instante em que aquele declara a inconstitucionalidade, escreve Francisco Campos: «Em suma: se um ato inconstitucional da legislatura pudesse ser considerado como lei, a sua inaplicação pelos tribunais implicaria participação do Poder Judiciário às funções legislativas e seria o exercício de um veto absoluto oposto por um poder de nomeação ao poder diretamente constituído pelo povo. Não há, com efeito, alternativa possível: ou a lei inconstitucional é alguma coisa, existe como lei, e, portanto, deve ser aplicada pelos tribunais, o que contravém ao sistema de Constituição escrita, ou, embora sendo lei, deixam os tribunais de aplicá-la, hipótese em que o Poder Judiciário se sobreporia ao Poder Legislativo, como órgão de revisão e de revogação dos seus atos, o que golpearia, de uma vez, os princípios do regime representativo».

Apesar de bastante longo o trecho transcrito, trouxe-nos ele a posição doutrinária da corrente que, entre nós, é vitoriosa no Supremo Tribunal Federal, pois, conforme lembra Gilmar Ferreira Mendes⁶², «o dogma da nulidade da lei inconstitucional é uma verdadeira tradição do Direito brasileiro. Tal assertiva vem reiterada em obras de respeitáveis publicistas, como Rui Barbosa, Francisco Campos, Alfredo Buzaid, Castro Nunes e tantos outros. Afirmava-se, quase sem contestação, que a declaração de inconstitucionalidade importava na nulidade da lei».

Ressalte-se, por oportuno, que este dogma de que fala Gilmar Mendes, se faz presente na Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal que, só em situações muito especiais, lhe abria exceções.

Finalmente, traga-se à colação o ensinamento de Araújo Castro que, preocupado com o aspecto das relações entre os «poderes», ou seja, que o Poder encarregado de dizer o Direito, não invada a esfera daquele outro a

⁶¹ *Ob. cit.*, p. 439.

⁶² *Controle da Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo, Editora Saraiva, 1990, p. 275.

quem cabe fazer o Direito, oferece caminhos os quais, em seu entender, deverão ser seguidos pelos intérpretes ao apreciarem a inconstitucionalidade da lei.

Em livro intitulado *A Constituição de 1937*⁶³, sintetizando posições expostas por Black, Ruy Barbosa e Amaro Cavalcanti e depois de afirmar que «é preciso ter em vista que o Poder Judiciário, quando decreta a inconstitucionalidade das leis, não age discricionariamente», indica Araújo Castro as regras que deverão ser seguidas, em número de 6 (seis), a saber:

a) a questão da constitucionalidade de uma lei não deve ser levantada senão quando isso se torne absolutamente necessário à direta aplicação do caso de que se trata;

b) não basta invocar o espírito da Constituição para decretar a inconstitucionalidade de uma lei; é mister que a violação constitucional seja clara e evidente;

c) a lei deve ser aplicada quando aquele que alega a sua inconstitucionalidade não mostra a disposição violada;

d) a presunção é toda em favor do ato legislativo, e, sempre que for possível decidir, sem entrar no exame dessa questão, o juiz deve fazê-lo;

e) ao Poder Judiciário não cabe investigar os motivos que levaram o Legislativo a votar a lei, e esta não deve ser julgada inconstitucional por parecer impolítica, injusta, absurda ou contrária aos princípios de justiça natural;

f) a inconstitucionalidade de uma ou mais disposições de uma lei não implica a inconstitucionalidade de outras que com aquelas não se achem em situação de conexão e dependência» — conclui Araújo Castro.

8. IRRECORRIBILIDADE SIGNIFICA IMUTABILIDADE FUTURA?

Prescreve a Lei 9882/99 (art. 10, § 3º), que a decisão proferida na «Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é irrecurável, não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12) e que a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público».

Frente a este dispositivo, uma questão poderia ser suscitada, a saber: a irrecurabilidade e a não possibilidade de rescisão do julgado, significaria que, em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal não poderá a matéria voltar a ser apreciada através de nova ação, desde que presentes novos argumentos?

⁶³ 2ª edição, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, pp. 223-224.

A indagação tem sua razão de ser, em razão de que a interpretação que se dá a um determinado dispositivo de Lei não poderá ser eterna, como aliás, o próprio STF já reconheceu, inclusive, ao modificar o entendimento de Súmula antes editada, do que é exemplo a de nº 359 que, em uma 1ª fase, determinava que «ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária» (destaque nosso). Posteriormente, entretanto, e em um momento ao qual poderíamos denominar de 2ª fase, o mesmo Supremo Tribunal Federal concluiu no sentido de que «o direito à aposentadoria se considera adquirido pela satisfação de todos os seus pressupostos antes da vigência da lei nova, modificando-os»⁶⁴.

Tratando do tema, escreveu Roberto Rosas no livro *Direito Sumular — Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*⁶⁵ que «a parte final desta Súmula foi excluída a partir de “inclusive a apresentação...voluntária”. Assim entendeu o STF porque a afirmação do direito à aposentadoria conduz ao direito adquirido. Se já houve a aquisição desse direito, não pode estar condicionado a outra exigência (RE 86.608, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 83/304; RE 85.330, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15.12.1980 — Proventos com base em todas as vantagens a que fazia jus quando adquiriu o direito; RTJ 106/763, 107/1.207 e 109/739)».

Creemos nós, que concluído o julgamento, e sendo inadmissíveis Recursos e/ou Ação Rescisória, não haverá a impossibilidade de que uma nova ação seja proposta, destacando o Autor, a existência de novos argumentos jurídicos, que deverão ser apreciados. Inexistindo este pressuposto, sendo a fundamentação idêntica àquela outra que serviu de base à decisão anterior, seria o processo extinto. Entretanto, se presentes novos argumentos, deverá o STF aceitar a ação e dar-lhe andamento, até decisão final.

Em outras palavras: A recorribilidade e a rescisória são inadmissíveis; A impetração de nova ação, fundamentada em novos argumentos jurídicos será admissível, em nome de uma constante atualização da Jurisprudência do STF às novas realidades econômicas e sociais, mesmo que este posicionamento possa contrariar tradicionais conceitos da Teoria do Processo, que hoje visa muito mais o respeito à Constituição e a eficácia da norma, do que meras formalidades.

Evidentemente, que em tais situações tantos a petição inicial deverá demonstrar, claramente, novos fatos e novos argumentos, como a decisão que a aceitar, ou não, deverá, de igual modo, ser detalhadamente fundamentada.

⁶⁴ *Revista de Direito Administrativo*, 104/188.

⁶⁵ 7ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 142.

9. DA RECLAMAÇÃO

Finalmente, vale ressaltar que, nos termos do art. 13 da Lei 9882/99, «caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno».

Este (RISTF), por sua vez, repete, com maior detalhamento, o que se encontra prescrito na Constituição Federal que, no art. 102, I, ao fixar a competência do STF para processar e julgar, originariamente, estabelece em sua alínea I, «a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões»⁶⁶.

O Regimento Interno do STF, por sua vez, dedica ao instituto o Título V, Capítulo I, da Parte II, mais precisamente, os arts. 156 a 162, nos seguintes termos:

«Art. 156 — Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões.

Parágrafo único — A reclamação será instruída com prova documental.

Art. 157 — O Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de cinco dias.

Art. 158 — O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

Art. 159 — Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 160 — Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada.

Art. 161 — Julgando procedente a reclamação, o Plenário poderá:

- I — avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;
- II — ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;
- III — cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Art. 162 — O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente».

⁶⁶ Igualmente, o art. 105 I f da Constituição Federal determina que compete ao STJ, processar e julgar, originariamente, «a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões».

Em que pese a importância do tema, o mesmo não vem sendo objeto de estudos doutrinários na proporção que era de se esperar⁶⁷, sobretudo porque, o instituto ainda é objeto de dúvidas, inclusive, quanto à sua natureza jurídica, sendo que, segundo ensina Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁶⁸, «é a reclamação, fundamentalmente, uma ação de conhecimento, pois a espécie de tutela que se busca nela é cognitiva, isto é, uma sentença (*rectius*, um acórdão, já que se trata de ação da competência originária dos tribunais).

Entretanto, a reclamação permite tutela cautelar, e sua decisão sai sob a forma de ordem».

⁶⁷ Neste sentido, podem ser citados os seguintes livros: JOSÉ DA SILVA PACHECO, *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 3ª edição, São Paulo, Editora RT, 1998; BARACHISIO LISBOA, *Da Reclamação*. Bahia, Tipografia Naval, 1952; CLÁUDIA OLIVEIRA PACHÚ, *Da Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal*. Recife, mimeo, 1998; MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, *Da Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. São Paulo, PUC-SP, 1999.

⁶⁸ *Ob. cit.*, p. 463.

