

## **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

*Gilmar Ferreira Mendes*  
Advogado-Geral da União

### **INTRODUÇÃO:**

Tendo origem em projeto de lei proposto pela ilustre deputada Sandra Starling, entrou em vigor em 3 de dezembro último a Lei 9882, regulamentando o art. 102, § 1º da CF. Trata-se de diploma legal que visa dar conformação à chamada Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, todas com um grande potencial para aperfeiçoá-lo.

No cumprimento da missão de expor as linhas primordiais da argüição de descumprimento, vamos abordar alguns temas que nos parecem os mais importantes no assunto.

### **I - AMPLIAÇÃO DO LEQUE DE SITUAÇÕES QUE PODEM SER OBJETO DE CONTROLE CONCENTRADO:**

Uma das mais importantes características da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – instrumento de controle concentrado de constitucionalidade – é a larga extensão do conjunto de seus possíveis objetos, fruto da abertura semântica dada pela expressão “ato do Poder Público” contida no art. 1º da lei que a disciplina. Assim, por exemplo, para além de atos de natureza normativa, o citado dispositivo está a indicar que a argüição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Também no plano dos atos normativos, houve ampliação das hipóteses de controle concentrado. Assim, consoante o § único do mesmo art. 1º, a argüição de descumprimento poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito municipal ou direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição, hipótese que, até o momento, somente poderia ser apresentado mediante recurso extraordinário ao STF.

### **II- ANTECIPAÇÃO DAS DECISÕES SOBRE CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS PELO STF:**

Outra fundamental inovação trazida pela argüição de descumprimento é a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal. Muitos podem discordar sobre a possibilidade de uma tal antecipação decisória, já que, conforme o § 1º do art. 4º, a propositura da argüição de descumprimento dependeria da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a situação inconstitucional. Vale dizer, o uso da argüição de descumprimento fica condicionada a um princípio de subsidiariedade. Tal intelecção do dispositivo em questão não se nos afigura de todo correta. Explicamos o motivo.

O pleito a ser formulado na argüição pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside talvez na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a argüição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo e não para a proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição 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 arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não há cogitar aqui de meio eficaz para solver, de forma ampla e geral, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, tal como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

### **III - ANÁLISE DE FATOS E PROGNOSES :**

Consoante o disposto no § 1º do art. 6º da Lei 9882, o relator do processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá determinar o levantamento de dados de fato relevantes para o exame da questão constitucional discutida nesta ação.

O dispositivo em questão tem inegável semelhança com o § 1º do art. 9º e com o §1º do art. 20 da Lei 9868 ( LADIN), expressando, temos certeza, a mesma preocupação por parte do legislador. Mas qual é ela?

Referimo-nos à apreciação dos chamados “*atos e prognoses legislativos*” no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica.

É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade.

Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional.

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos, o chamado “*Brandeis-Brief*” – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “*case Müller versus Oregon*” (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “*questão jurídica*” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Hoje, não há como negar a “*comunicação entre norma e fato*” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

A constatação de que os elementos normativos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciada ou de modo inseparável produziu, de certo modo, conseqüências no âmbito do processo constitucional. Inicialmente, afirmava-se que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo estranha aos seus misteres a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentemente fáticas.

Na Alemanha, propôs o deputado Dichgan, em 1968, que se alterasse a lei de organização da Corte Constitucional para assentar que o *Bundesverfassungsgericht* restava vinculado aos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador, salvo no caso de fixação de falsa constatação.

Essa proposta provocou uma discussão intensa no Parlamento alemão, tendo sido retirada pelo próprio autor após a verificação de que a sua aprovação ameaçava a existência da Corte Constitucional e que, por isso, teria, a sua inconstitucionalidade declarada.

Restou demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.

Entre nós, não pode restar qualquer dúvida, a partir dos dispositivos agora presentes em nossa legislação, que a análise fática deve estar presente no controle de constitucionalidade com instrumento de racionalização das decisões proferidas neste âmbito.

#### **IV- ABERTURA PROCEDIMENTAL:**

Da mesma forma, afigura-se digno de realce o dispositivo ( § 2º do art. 6º ) constante da Lei 9882 que permitir que o relator, segundo critérios seus, admita a manifestação de interessados no processo. Trata-se de figura assemelhada à contida na Lei 9868 (art. 7º, § 2º). Em ambos os casos, o que se pretendeu foi introduzir em nosso direito positivo a figura do “*amicus curiae*” no processo de controle de constitucionalidade.

O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira.

Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

## V- VALOR DAS DECISÕES:

Por último, é mister abordar a questão das decisões tomadas no âmbito das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Vários e interessantes são os aspectos deste tema. Passemos ao exame de alguns deles.

Damos por certo que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

Do mesmo modo e pelas mesmas razões, cremos que também poderá ser fornecido pelas decisões dadas nas arguições de descumprimento critério firme sobre a constitucionalidade de normas de mesmo teor, editadas pelas várias unidades federativas.

Resta um importante ponto a ser abordado. Trata-se das decisões que tenham como objeto a legitimidade ou ilegitimidade constitucional de sentenças judiciais, especialmente aquelas em que não estejam envolvidas a aplicação de lei ou ato infraconstitucional, mas sim a correção da interpretação dada a um determinado dispositivo constitucional. Nestes casos, acreditamos que, em virtude do já citado efeito vinculante, o STF, a partir de sua decisão, passará a fixar com força obrigatória qual a interpretação legítima a ser dada em casos semelhantes aos dispositivos constitucionais sobre os quais versou a sentença questionada pela arguição de descumprimento.