

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO
CONSTITUCIONAL**

MATHEUS ASSAD JOÃO

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO
CONSTITUCIONAL**

MATHEUS ASSAD JOÃO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ms. Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente
2005

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Orientador
Profº Ms. Sérgio Tibiriçá Amaral

1º Examinador
Prof. José Maria Zanuto

2º Examinador
Marcos Antonio João

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2005

Dedico a presente obra ao Espírito Santo
que me iluminou, para que pudesse
desenvolver meus conhecimentos.

“Dilegua, o notte! Tramontate, stelle!
Tramontate, stelle! All'alba vincerò! Vincerò!
("Dissolva-se, ó noite! Ponham-se, estrelas!
Ponham-se, estrelas! Ao raiar do dia
vencerei! Vencerei!")

Turandot, de Giacomo Puccini

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar força, atenção, paz de espírito, conforto, tranqüilidade e inteligência suficiente para transformar esse trabalho em realidade.

Aos meus pais, Marcos Antonio João e Penha Maria Assad João, a minha irmã Larissa Assad João e a minha namorada Suelen, que nos momentos mais difíceis sempre estiveram ao meu lado, me apoiando para que não esmorecesse.

Aos meus amigos que compartilharam todas as dificuldades, alegrias e conhecimentos durante toda vida acadêmica, que com certeza deixaram lembranças que ficaram intactas durante toda a minha vida.

Enfim, ao querido orientador Prof^o Ms. Sérgio Tibiriçá Amaral que desde o início da minha vida acadêmica até a conclusão do curso estive próximo cultivando e alimentando meus sonhos.

RESUMO

É notório a necessidade de uma maior proteção do cidadão face aos atos poder público que ferem a Constituição Federal, isto devido a freqüência com que os governantes do qual emanam os atos têm violado os direitos humanos fundamentais consagrados naquela carta. Razão pela qual se levou ao estudo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instituto recente, instituído pelo Poder Constituinte de 1988 que procura ampliar a defesa das normas insculpidas na Magna Carta, não possui sedimentação jurisprudencial, muito menos doutrinária sobre o assunto, porém se devidamente interpretada pode se tornar controle preservativo ao Estado Democrático de Direito. A Argüição foi regulamentada pela Lei 9.882/99 que prevê entre outras coisas sua forma de processamento. O legislador com a edição da norma ao invés de esclarecer o novel instituto jurídico, o tornou ainda menos inteligível. Urge destacar a problemática na definição do que seria o preceito fundamental, no entanto, aprofunda-se que seriam para alguns doutrinadores aqueles enquadrados nos arts. 1º ao 5º da Lex Maior, os princípios sensíveis, que são objeto do controle interventivo e os direitos humanos fundamentais. Ademais, conferiu a seus legitimados duas possibilidades de argüição, a autônoma, típica do controle concentrado e a incidental, usualmente utilizada no controle difuso. Insta salientar que a Ação de Descumprimento é instrumento de controle de constitucionalidade subsidiário, uma vez que somente poderá ser manejado quando não for possível a propositura de qualquer outro remédio jurídico constitucional. No que tange aos seus efeitos sendo a norma considerada inconstitucional terá efeito vinculante e erga omnes, podendo esses efeitos serem manipulados pelo poder julgador. Vê-se tratar de uma complexa medida de controle de constitucionalidade que deve ser minuciosamente estudada pelos operadores do direito para que se faça dela um instrumento de notável valor jurídico na caça as normas ou atos do poder público ao qual venham ofender os preceitos de maior importância em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Constituição Federal; Controle de constitucionalidade; Argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ABSTRACT

It's notorious the necessity of a bigger protection of the citizen before the public power acts which damage the Federal Constitution, this is because of the frequency in which the governors who emanate these acts have violated the fundamental human rights constituted in that letter. This is a reason why it was raised a study of the Arguition of the desobeying of the Fundamental Precipitation, a recent institution which was instituted by means of a constitutional emend which tries to make the defense of the encarved rules in the Magna Letter bigger, it has no jurisprudential sedimentation, not even a doutrinary one about the issue, although if it is correctly interpreted it can become a preserving control to the Democratic State of Law. The Arguition was regulamented by the Law 9.882/99 which foresees between other things, its way of processing. The legislator with the edition of the rule instead of explaining the juridical institute, made it less intelegible. We urge to focus on the problematic in the definition of what the fundamental precipitation would be like, however, it goes further in what would be for some doutrine men those framed in the articles 1st to the 5th of the Lex Maior, the sensitive principles which are object of the interventive control and the fundamental human rights. Besides that, it was checked for their legistimated persons two possibilities of arguition, the autonomous one which is typical of the concentrated control and the incidental one which is usually used in the difusive control. It is important to say that the Action of the Desobeying is an instrument of control of the subsidiary constitutionality , since it will only be able to be managed when the proposal of any other constitutional juridical medicine is not possible. What is the focus of its effects being the norm considered unconstitutional it will have an important effect and this effect can be manipulated by the judging power. It is considered to treat a complexed measurement of the control of constitutionality which must be studied minuciously by the operators of the right to make it an instrument of great juridical value in the seeking of the norms or acts of the public power in which they offend the precipitions of a bigger importance in our juridical order.

Keywords: Federal Constitution; Control of constitutionality; Arguition of the desobeying of the fundamental precipitation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 HISTÓRICO	10
2.1 Supremacia da “Lei Maior”	17
2.2 Origens da Tutela Constitucional	23
2.3 Força Ordenadora da Constituição	26
3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	30
3.1 Conceito de Controle de Constitucionalidade	30
3.2 Inconstitucionalidade Formal e Material	33
3.3 Controle de Constitucionalidade difuso e concentrado	37
3.4 Controle repressivo e preventivo	49
4 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	56
4.1 Natureza Jurídica	59
4.2 Princípios Basilares	61
4.2.1 Princípio da Primazia da Constituição	61
4.2.2 Princípio da Subsidiariedade	63
4.2.3 Princípio da Perpetuidade do Estado	66
4.2.4 Princípio da Dupla Modalidade Funcional	67
4.2.4.1 Arguição autônoma e incidental	68
4.3 Do Preceito Fundamental e os Direitos Humanos	70
4.4 Área de atuação jurídica	74
4.4.1 Proteção dos Atos Públicos	75
4.4.2 Tutela à Constitucionalidade das Leis Municipais	78
4.4.3 Tutela à Normas Anteriores a Constituição Federal	81
4.5 Legitimados	82
4.6 Efeitos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	86
4.6.1 Efeito vinculante e erga omnes	87
4.6.2 Manipulação dos efeitos na decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental	88
5 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

1. INTRODUÇÃO

O estudo em comento se ocupará principalmente de áreas jurídicas ligadas ao Direito Constitucional. Na verdade a pesquisa pretendida levará rumos que englobam na esfera constitucional, o controle de constitucionalidade, mais especificamente a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Importante ressaltar que o tema sempre terá como foco a utilização do arcabouço de tutela constitucional na manutenção da Supremacia da *Lex Superior*, sendo que esta é a verdadeira motivação que alimenta a voracidade de se discorrer sobre o assunto.

Apoiado no que foi acima aludido se depara com a argüição de fundamentalidade e nela se vislumbra condições de envolver as normas constitucionais de suma importância por um campo magnético indestrutível caso venha ser bem utilizada.

A cientificidade do trabalho, encontra-se justamente no intuito de investigar pontos intrigantes dentro de uma das formas de controle de constitucionalidade, para salvaguardar com maior efetividade a Constituição Federal. Dentre essas situações surgiram vários questionamentos sobre o assunto, que alimentam o interesse dos operadores do direito, haja vista que esse tipo de controle de constitucionalidade tratar-se de um instituto recente, encontrado pela primeira vez no ordenamento jurídico na Constituição Federal de 1988, e posteriormente regulamentado por legislação esparsa.

Em primeira análise, sabe-se que a ADPF ampliou o campo de controle de constitucionalidade concentrado, já que inclui como objeto de tutela não somente as normas e os atos normativos federais e estaduais, como também normas e atos normativos municipais, dando possibilidade para que cada vez mais o cidadão esteja afeto apenas as normas que não colidam com a Constituição.

O Constituinte, dessa forma, atendeu os proclames de garantir aos cidadãos os direitos fundamentais esculpidos na Magna Carta, porém o Supremo Tribunal Federal está tendo dificuldades para delimitar qual o objeto que poderia ser matéria de futura Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, já que o legislador deixou várias lacunas na legislação que regula tal controle de constitucionalidade.

Dessa forma o grande desafio dos operadores do direito configura-se na instrumentalização desta modalidade de Ação Constitucional, dando azo a sedimentação e formação do direito material encerrado nas Ações de Descumprimento.

Tendo em vista que a ADPF somente será oponível quando não for possível a propositura de qualquer outra forma de controle de constitucionalidade, esclarece tratar-se de instituto constitucional de natureza subsidiária, o que dificulta ainda mais a sua eficácia como meio de controle de constitucionalidade.

Ademais, construir um sistema rigoroso de tutelar a Constituição Cidadã seria forma de presentear a sociedade que poderia gozar livremente de todos os direitos fundamentais que foram alinhavados naquele ordenamento.

Enfim, compadece aos aplicadores do direito fortalecer e finalizar o sistema de controle de constitucionalidade dando eficácia plena principalmente a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental que foi debatida de forma tímida, com o escopo exordial de oferecer maior sustentáculo a soberania das normas constitucionais e conseqüentemente ao Estado Democrático de Direito.

2. HISTÓRICO

A noção moderna de Constituição não foi inventada sem que houvesse experimentos históricos para concretizá-la como instrumento útil à manutenção da estabilidade social e do Estado Moderno. Ao analisar os precedentes históricos e doutrinários pode-se concluir que esse instrumento de institucionalização política foi sem dúvida uma criação da própria coletividade que vislumbrou a necessidade de um instrumento que estipulasse os direitos e obrigações essenciais para a formação do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Difícil é localizar na história movimentos uniformes que vieram a concretizar a necessidade de se estabelecer regras gerais que iriam conservar o bem estar de toda a sociedade, já que a diversidade de cultura e nações espalhadas pelo mundo fez com que cada um trilhasse por um caminho na formação de conjunto de normas norteadoras da concepção de Estado e de atribuição de garantias e direitos indispensáveis. Tempestuosa foi tarefa de buscar cartas ou direitos costumeiros que são auxiliares da construção do constitucionalismo hodierno, nota-se do brilhante testemunho de Canotilho (2002, p. 51):

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.

Antes de empreender-se na cruzada das revoluções constitucionais, isto para se ter uma real compreensão do que se buscou com o constitucionalismo vale conotá-lo inicialmente como sendo “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2002, p. 51). Dessa forma será possível no decorrer do presente trabalho

compreender a importância de se destacar cada fato histórico que veio acrescentar na formação desta carta delimitadora.

Dinamizando a pesquisa sobre os antecedentes constitucionais é preciso separar-se dois momentos distintos do constitucionalismo, o histórico e o moderno.

No constitucionalismo histórico podem ser destacados como precedentes constitucionais, mesmo que não se contemple o nome atual, os pactos, forais ou cartas de franquia, doutrinas contratualistas medievais e as leis fundamentais do Reino, na qual era formulada por legistas. Esta amplitude de fontes se deu em razão da filosofia iluminista que na época aflorava na Europa.

Oportuno ressaltar a influência que sofreu o constitucionalismo moderno com a introdução na história da formação do direito fundamental da Inglaterra dos pactos. Os pactos consistem na celebração de um acordo de vontades de forma escrita entre o monarca e os súditos no qual ficavam estipulado a forma de governo e as garantias de direitos individuais. A Magna Carta instrumento jurídico muitas vezes citada como referência histórica para formação e consolidação do constitucionalismo, nada mais é do que um pacto, celebrado entre o então rei João Sem Terra e seus súditos, estes que se revoltaram com a má administração de seu governante, obrigando-o a respeitar alguns direitos essenciais, ou mínimos para se viver dignamente. No entanto, não era raro o desrespeito dos monarcas as normas estabelecidas nos pactos, para lograr vantagens econômicas, subvertendo o direito dos súditos.

Destaca-se desta época várias garantias de perfunctório valor que advêm daquela Carta Magna, tais como a *Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act*, *Bill of Rights*, o *due process of law*.

Não menos importante foi a concepção por toda a Europa dos forais ou cartas de franquia, que igualmente aos pactos encampa a conotação de concessão e proteção de direitos individuais aos cidadãos. A diferença entre os

dois institutos históricos se dá pelo fato dos forais ser um instrumento político utilizado pelas sociedades medievais. Tratava-se da efetiva participação dos súditos no governo naquele reino, esta forma de direitos até então jamais havia se efetivado em qualquer carta de cunho institucional. Os governantes, normalmente reis, outorgavam direitos aos cidadãos, ainda que fosse à base da pressão popular.

Sem embargos a importância dos pactos, forais ou cartas de franquia, introduzindo a forma escrita na proteção dos direitos individuais, que hodiernamente são trazidos pelas Constituições Democráticas do mundo inteiro, não se preocuparam em afirmar condições favoráveis de vida para os seres humanos de uma forma geral e sim para homens individualmente considerados.

No estudo dos precedentes históricos da institucionalização do Estado de Direito, são notórios os contratos de colonização típicos da história da colonização da América do Norte. A partir do momento que os puritanos se instalaram nas colônias movidos por um sentimento igualitarista, logo se viu a necessidade de construir um arcabouço jurídico, elaborado por mútuo consenso, através do qual iriam se governar. Isto se deu através do *Mayflower* o célebre *Compact* (1620), bem como das *Fundamental Orders of Connecticut*, fixadas pelos chefes de família e incorporadas pelo rei Carlos II à Carta de 1662. Notou-se através desses instrumentos a manutenção e organização pelos governados do governo, que é um dos dogmas constitucionais, ou seja, a vontade do povo é soberana para administrar, legislar e julgar.

De igual valor para a construção da estrutura atual daquilo que se considera como Lei Suprema foram as Leis Fundamentais do Reino. Tais leis foram uma elaboração dos legistas franceses que a impuseram ao rei buscando defender a coroa contra suas próprias fraquezas, dessa forma demonstrou ao soberano a existência de regras que eram superiores a sua vontade. Essas regras podiam ser classificadas; quanto à matéria, na qual regulava a forma de adquirir, exercer e entregar o poder; quanto à sua autoridade, onde julgava que as normas eram superiores a qualquer outra norma emanada do Poder Legislativo

Originário, e ainda mais, seriam nulos caso viessem com elas colidir; quanto à sua estabilidade, tratava-se de normas imodificáveis, que poderiam ser alteradas pelos Estados Gerais. Com absoluta certeza desse conjunto de normas nasceu a superioridade e a imutabilidade dos direitos relativos ao poder.

No estudo dos precedentes constitucionais não se pode esquecer da célebre doutrina do Pacto Social, tendo em vista tratar-se filosofia próxima à idéia de Constituição atual. No período da Baixa Idade Média preconizava a autoridade dos governantes em detrimento dos súditos não passava de um contrato conhecido como o *pactum subjectionis*, por meio deste o povo se submetia ao governo do príncipe, enquanto este se encontrava sob a vigia divina. No entanto, a verdadeira teoria do pacto social adveio dos mestres iluministas no século XVII, quais sejam, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no *Tratado do governo civil*, ensinavam o acordo mútuo ainda que tácito pelos membros da sociedade. Igual solução proveu Rosseau, no *Contrato Social*, às vésperas da Revolução Francesa. Essa doutrina deixou um legado muito intenso e pregado por todas as Constituições democráticas, no qual o poder emana da vontade dos homens que cria seus próprios limites. As regras impostas aos governantes nada mais são do que um corolário da garantia da paz e dos direitos naturais apregoados por Locke e Rosseau.

Tópico de imensa grandeza no estudo dos antecedentes constitucionais é o do pensamento iluminista, uma vez que transformou a maneira de pensar da humanidade trazendo sérias mudanças no mundo contemporâneo. Inspirou as revoluções que marcaram época no século XVIII e XIX. Não obstante os notórios avanços, a doutrina iluminista se fundava em cinco idéias - forças, as quais colocavam o indivíduo, a razão, a natureza, a felicidade e o progresso como verdadeiras finalidades de vida. A concepção do pensamento iluminista é considerar o homem como um indivíduo racional que necessita ser convencido daquilo que lhe é dito, não aceitando qualquer tipo de dogma. Para tanto, se utiliza de seu raciocínio para obter as respostas aos seus questionamentos. Deixou de se submeter ao livre arbítrio de seus governantes, exigindo fossem respeitadas leis que floresciam da própria natureza. A felicidade passou a ser um

fim a ser atingido durante a própria vida e não no Reino dos Céus que pregava a salvação da alma. Diante desse conjunto de mudanças, mais notadamente pela sua melhor organização e aprimoramento dos conhecimentos científicos o homem passou a progredir incessantemente.

Após esse período de efervescência cultural deu-se início ao constitucionalismo moderno que alberga basicamente, conforme Canotilho (2002) um ordenamento jurídico compilado escrito, a consolidação dos direitos fundamentais e sua forma de garantia e a estruturação de um poder político com esquemas a fim de torná-lo limitado e moderado.

A partir daí se instaurou o liberalismo político e econômico, ao qual consolidou de forma magnífica a livre concorrência, a não intervenção do Estado nos assuntos de interesses exclusivamente privados e o *laissez-faire*, típica estrutura capitalista. No campo da concepção de direitos se vislumbra a separação de poderes inventada por *Montesquieu*, em sua obra *Espírito das Leis*, pelo qual dividiu o poder em três funções essenciais, julgar, legislar e administrar. O liberalismo, no entanto, não valoriza os direitos naturais do ser humano, aceitando o Estado como mero espectador, podendo as vezes coibir alguns abusos.

Com a intenção de separar definitivamente o Monarca do Estado, os liberalistas propuseram esta ideologia para acabar completamente com Absolutismo, instituindo normas que levariam ao governante a ser moderado, incapaz de abusos e zeloso defensor das liberdades individuais. Todo aquilo apregoado por esta doutrina ficou esculpido no art. 16 da Declaração de 1789, dizendo que “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.”

Diante dessa noção polêmica que se deu início ao movimento político e jurídico, nomeado de Constitucionalismo, pelo qual procurava se instituir em todos os Estados regimes constitucionais, isto é, moderados, com limites de poderes fixados em Constituição escrita. Notável foi à aderência de novo modo de pensar

o Estado, todos os europeus pouco a pouco durante os séculos XVIII, XIX, e início do século XX, foram destronando seus reis, através de revoluções e instituindo este novo modo de pensar o poder estatal.

Vê-se, na Inglaterra, no qual consagrou-se a concessão de maiores poderes ao parlamento, como forma de sopesar os excessos perpetrados pelos monarcas e os sofrimentos dos cidadãos. Legitimou a atuação dos membros do parlamento (*Members of Parliament*) na administração do reino, tendo a mesma densidade de autoridade do que o monarca. Denota-se de vital importância referênciada do mestre Canotilho à época (2002, p. 56):

(...)a partir da *Glorious Revolutions* (1688-89), ganha estatuto constitucional a ideia de representação e soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado. Os reis, os comuns e os lordes (*King in Parliament, Commons and Lords*) formavam uma espécie de “soberania colegial” ainda não desvinculada de ideias medievais. De qualquer modo, o balaceamento de forças políticas e sociais permite agora inventar a categoria política de representação e soberania parlamentar. Um corpo social dotado de identidade e que conseguiu obter a entrada no Parlamento (*Members of Parliament*) passa a exigir respeito e capacidade de agir. Numa palavra, passa a estar representado. Acrescente-se ainda a soberania parlamentar afirma-se como elemento estruturante da constituição mista, pois uma constituição mista é aquela em que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos do governo (rei e Parlamento). A “soberania do parlamento” exprimirá também a ideia de que o “poder supremo” deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. Esta ideia estará na gênese de um princípio básico do constitucionalismo, *the rule of law*.

Iguais providências tomaram os países americanos recém libertos das amarras coloniais. Como prova de sua independência e para se desvencilhar de vez de seus colonizadores, derrubando os costumes e fulminando instituições políticas tradicionais, elaboraram suas Constituições. Exemplo do sucesso deste modelo constitucionalista no continente, foi a grande expansão norte-americana, que ocorreu tanto na política quanto na economia.

Enfim, percebe-se que os conteúdos das Constituições variam conforme a sociedade em seu bojo modifica sua maneira de agir e pensar. Dessa forma, cabem aos juristas mais apropriadamente os constitucionalistas alterar as normas contidas na Magna Carta diante da evolução social em acontece cada dia mais

intensidade e rapidez. Nunca será possível albergar todas as necessidades dos cidadãos dentro de um corpo de normas, devido ao caráter transitório dos acontecimentos.

Insta ressaltar a existência de Estados no qual apesar da implantação do regime constitucional não houve qualquer tipo de desenvolvimento social, político e econômico. Isto se explica pelo fato desta implantação ter ocorrido sem a anuência e aceitação de todo povo daquele país que mal informados desconhecia seus direitos e deveres dentro daquele novo governo. Dessa forma, aqueles que detinham o poder puderam nele se manter, manipulando a ignorância da sociedade.

Esclarecedora a lição de Ferreira Filho (1999, p. 08):

Essa extensão fulminante do movimento a todo mundo civilizado não significa, porém, que em toda parte o governo moderado, constitucional, tenha deitado raízes. Em muitos casos, o êxito do constitucionalismo não foi além das aparências, fornecendo roupagem brilhante para vestir uma realidade adversa.

Na verdade, tem o regime constitucional seus pressupostos. Em primeiro lugar, só um poder firmemente estabelecido é que pode assumir forma constitucional, de modo que este não pode vingar ou prosperar onde um poder central efetivo não operou a unificação racional.

Por outro lado, esse regime depende da existência de uma opinião pública ativa e informada e esta depende de um certo grau de lazer, instrução, riqueza, que só num certo grau de desenvolvimento pode um Estado alcançar. De um modo geral, os mais ricos tendem a ser os mais livres e o enriquecimento geral propicia a reivindicação de liberdade maior.

Denota-se deste brilhante ensinamento a necessidade do conhecimento dos integrantes da sociedade de seus direitos que emanam do regime constitucional para que, assim, se possa efetivar a verdadeira liberdade, seja ela econômica, política, social e cultural. Assim, a simples imposição do regime pelos Estados não trará a seu povo os benefícios dele concernentes, é preciso que haja ampla conscientização da instituição de um sistema limitador do poder, o que dará plenas condições do cidadão exigir mediante os instrumentos possíveis a manutenção e o respeito ao sistema.

Como forma de mitigar algumas mazelas causadas pelo constitucionalismo de ideologia liberal, após a Primeira Guerra Mundial, nota-se importantes alterações em seu modelo. Devido à influência da igreja cristã e do crescente partido socialista houve a desvinculação do constitucionalismo com o liberalismo, buscando implantar normas fundamentais protetoras da economia e da sociedade. Ademais, a ciência jurídica na época procurou lapidar às novas Constituições que ao serem elaboradas atribuíam ao poder um caráter racional. Com o intuito de fazer prever nas Constituições normas que regulassem a vida política, deu-se vida a racionalização do poder.

A essa nova concepção deu-se o nome de modelo constitucional do Estado social que visava, conforme já foi dito, maior intervenção do mesmo nas áreas econômicas e sociais tendentes a atingir a igualdade entre os cidadãos. O real escopo dessa ideologia é a democratização da sociedade com “a conciliação da racionalização dos limites ao poder estatal com as exigências da sociedade e democracia” (PALU, 1999, p. 31).

Até então, as Constituições delegavam obrigações negativas ao Estado impondo que deixassem de fazer algo que seria prejudicial ao interesse das liberdades econômicas e o capitalismo, no entanto, a partir da implantação da social democracia o ente passou a contrair obrigações de ordem positiva, que viessem beneficiar todos os cidadãos principalmente os menos abastados. Dessa forma passaram a conviver no mesmo conjunto de normas fundamentais as obrigações negativas e positivas do Estado.

Isto não significa que o Estado passou a ser máximo, isto é, interferir e administrar os meios de produção e a propriedade privada que são características do socialismo. O objeto do Estado Social é tecer normas programáticas apenas no que diz respeito ao bem estar social, não tendo competência para impor condutas ao meio de produção que continua sendo capitalista.

2.1. Supremacia da “Lei Maior”

Memorável afirmação de Philippe Ardant “...tous les États du monde ont une Constitution”, indica que todos os Estados do mundo têm uma Constituição. Essa lição serve para demonstrar-se o quanto é forçoso a existência de uma norma suprema que possa nortear e dar sustentáculo a todo um sistema jurídico e a um Estado Democrático de Direito.

A Lei Maior situa-se no ápice da cordilheira jurídica, trata-se de fonte unilateral dos direitos de determinada sociedade, nela encontra-se os deveres e garantias dos cidadãos, é dela que surge princípios que acostam validade às leis e atos normativos, que atribui ao Estado, legitimidade para cobrar a sua observância.

Imperiosa neste momento mencionar as memoráveis palavras, do mestre da Escola de Viena, Hans Kelsen *apud* Veloso (2003, p. 17):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situada uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Diante da postura acima adotada, a definição da posição da Constituição Federal na atual conjuntura jurídica é de fundamental importância, tendo em vista que dela devem ser colhidos todos os elementos necessários para elaboração de legislações hierarquicamente inferior a sua posição jurídica. Agindo assim o legislador ao observar as normas constitucionais na elaboração das leis atribuirá “coerência e coesão ao ordenamento estatal” (TAVARES, 2001, p. 72).

Denota-se que a doutrina sistematicamente diverge sobre qual o alcance da supremacia constitucional face aos outros atos normativos hierarquicamente

inferiores. Segundo Canotilho *apud* Tavares (2001, p. 71), a supremacia da constituição se subdivide em três fundamentados

(1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa), (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (*norma normarum*), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas(...), (3) (...) implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição (...)

Não obstante o insigne ensinamento explanado alhures, convém trazer a tona outra classificação agora ministrada por Palu (1999, p.13):

Em conseqüência, a supremacia da Constituição pode ser vista, tendencialmente, a) em relação ao seu conteúdo (supremacia material), b) em relação a organicidade, aos procedimentos e competências pelos quais seus preceitos se inter-relacionam com os demais, indicando relação de hierarquia (supremacia formal)

A tão proclamada superioridade normativa da Constituição muitas vezes está explícita em seu próprio corpo. Exemplo da declaração expressa desse adjetivo ocorre na Constituição da Itália (art. 54), de Portugal (art. 3º.2 e 277º.1) e da Espanha (art.9.1). Contudo, nota-se que noutros sistemas jurídicos tal adjetivação é demonstrada implicitamente, quando seu conteúdo traz dentre outras coisas a criação de uma Jurisdição Constitucional, de um grande dispêndio de forças legislativas para instituição, modificação e supressão. No sistema constitucional pátrio a supremacia decorre de várias normas, qual seja o art. 60, 102 e 103, da Constituição Cidadã de 1988. Interessante que em países no qual vigora o direito consuetudinário a superioridade foi pacificada através da jurisprudência advinda de seus tribunais.

Indubitavelmente, que “la supériorité des lois constitutionnelles” tornaria inútil, caso não houvesse um sistema de proteção das normas constitucionais, contra ações violadoras cometidas pelos entes estatais. Modernamente se denomina o esbulho a Constituição por ato estatal de inconstitucionalidade e o meio de repreender tais atos se dá através do controle de constitucionalidade, que será objeto de estudo minucioso posteriormente neste trabalho.

Não obstante a supremacia constitucional garantir a validade e existência das normas constitucionais, vale lembrar que ao se instituir um poderoso meio de tutela dos preceitos constitucional estará se prezando pela manutenção de sua eficiência e efetividade, sem a qual não haveria razão de existir.

Louvável consideração teceu Rui Barbosa *apud* Veloso (2003, p. 18) sobre o tema em testilha:

Não seria, em verdade, estulto declarar teoricamente a improcedência das leis inconstitucionais, se elas, não obstante, houvessem de vigorar como válidas, por não se encerrar no organismo político uma instituição, destinada a reconhecer a inconstitucionalidade, pronunciá-la e neutralizá-la.

Diante de tão magnífica lição, fica aclarado a posição hierarquicamente superior que se encontra as normas constitucionais das legislações ordinárias. Sendo que estas nunca poderão infringir àquelas sob pena de se colocar em risco estrutura jurídica estabelecida pelo Poder Constituinte Originário. Denota-se que a *Lex Fundamentalis* deve servir como base para formação de um sistema jurídico no qual não haja ambigüidades e contradições, utilizando-se para tanto o controle jurisdicional de constitucionalidade para combater maculas.

Inconformado com as deveras usurpações sofrida hodiernamente pela novel Magna Carta, Veloso (2003, p.18) obtempera:

O controle de constitucionalidade é o principal mecanismo, o meio de reação mais eficiente, nos países de constituição rígida, para garantir a unidade intra-sistemática, eliminando os fatores de desagregação e ruptura, que são as leis e atos normativos que se opõe ao Texto Fundamental, conflitando com os seus princípios e comandos.

Ao se admitir a validade e eficácia de uma lei contrária à Constituição, estar-se-ia autorizando a revogação do Texto Magno por uma norma infraconstitucional, portanto de patamar inferior, o que representaria absurdo e disparate.

Fides Angélica de Castro Veloso Ommati enuncia que o controle da constitucionalidade das leis e atos constitui-se me freio da mais alta importância para o funcionamento harmonioso das instituições políticas, “É o único freio que o Judiciário tem sobre os demais poderes, mas não admite contra-freio, sendo, pois, absoluto”, ponderando a ilustre autora que, apesar de ser o *judicial control* um processo de controle indireto, que somente se manifesta quando existe a provocação da função judicante por alguém lesado em seu direito, “constitui-se em excelente forma de contenção do poder e garantia de liberdade e segurança das pessoas e das instituições” ressaltando “isso não importa em tirania

judicial, em vista dos cuidados que o sistema de organização do Poder tomou, no sentido de isolar, ao máximo os magistrados da ação política-partidária”.

Dessa forma, conclui-se que para se estabilizar o Estado é preciso preeminentemente de uma Constituição que contenha liberdades, direitos sociais, dentre outros, no entanto, é preciso que nela se institua forma de defendê-la contra qualquer tipo de ofensa, principalmente, como no objeto do presente estudo, aos seus esteios fundamentais, sob pena de ocorrer a desmantelamento do Estado.

Denota-se, que além da proteção realizada pelos controles de constitucionalidade para sustentar a superioridade das normas constitucionais, num aspecto material, faz-se mister estabelecer processos rígidos para supostas modificação, ampliação ou restrição das normas de cunho constitucional, o que traduzirá também a superioridade formal em relação às normas ordinárias, ponto importante para distinção das Constituições Federais das demais normas.

Manter inabalável as determinadas normas constitucionais, conferindo a elas “*status*” de cláusula pétrea, também faz com que as torne diferenciadas das normas infraconstitucionais que possuem um processo legislativo mais tênue. Daí percebe-se que a superioridade constitucional não se revela apenas quanto ao seu conteúdo ser de insofismável relevância como também pelo fato de ter um processo legislativo mais tormentoso na ânsia de sua alteração.

Impõe-se no presente momento explicitar as doudas palavras de Tavares (2001, p. 74) quando pormenoriza a rigidez constitucional:

Passou-se, pois, a utilizar o aspecto formal (superioridade) para identificar os Corpos Constitucionais. Por meio deste critério, as normas passam a serem consideradas como constitucionais não tanto em razão de seu conteúdo (normas sobre normas ou normas sobre condutas), mas sim tendo em vista sua incorporação em um corpo normativo considerado superior pela extrema dificuldade (e até impossibilidade, em certos casos) para promover-lhe a modificação.

Dessa maneira, tem-se que o grau de proteção conferido a determinado conjunto de normas passa a ser suficiente para distingui-las das demais normas de dado ordenamento. Isso significa que as normas constitucionais ou estão imunes à alteração (caso das cláusulas imutáveis, cláusulas pétreas, núcleo intangível) ou então requerem um

processo de alteração mais dificultoso do que aquele previsto para a alteração das demais normas do sistema. Tal fenômeno é denominado, do ponto de vista da Constituição, rigidez. Assim, essa figura concatena-se com a de Constituição em sentido formal, anteriormente assinalada. Dada a característica da rigidez atribuída à Constituição, dela decorre, inexoravelmente, a propagada supremacia constitucional.

Oportuno mencionar, ainda dentro do aspecto formal da supremacia constitucional, a diferença no que tange a competência da elaboração das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais. As normas de cunho constitucional são definidas pelo Poder Constituinte Originário, isto é, formado por representantes da vontade máxima do cidadão de determinado Estado, sendo, portanto, superior ao Legislativo, poder este competente para elaborar as legislações ordinárias. Dessa forma a Constituição não poderá ser tocada pelo Legislativo, haja vista não ser a ele atribuído legitimidade para promover qualquer tipo de norma constitucional.

Dada relevância do assunto e procurando esclarecer que o Poder Constituinte Originário é quem norteia as ações dos poderes legislativos no âmbito federal, estadual e municipal, faz-se mister apresentar lição de Tavares (2001, p.75):

A partir dos escritos do conde Emmanuel Joseph Sieyès, em especial em seu "Qu'est-ce que le Tiers État" formula-se a idéia de que sendo o Poder Constituinte (originário) superior ao legislativo, e considerando que o produto daquele poder é a constituição, tem-se como decorrência a rigidez desta última. Em suas palavras "leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independente da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É nesse sentido que as leis constitucionais são fundamentais"

"Assim é que temos um poder constituinte e poderes deste derivados, vale dizer constituídos por aquele que lhes é superior, e, que, portanto, os constitui". Ou seja, na constatação de normas de hierarquia diversificada, tem-se que são "oriundas as superiores de um poder (constituinte) que supera o que legifera ordinariamente (Legislativo)", do que resultam as Constituições rígidas. Tendo em vista que o Poder Legislativo, como todos os demais poderes estatais, é constituído pela Constituição, a esta deve obediência. Daí a rigidez de que se reveste o corpo de suas normas.

Ora, se a vontade do povo emana através do Poder Constituinte Originário seria ilógico não preponderar a predominância constitucional sobre as normas

instituídas pelos demais poderes derivados do originário. Nota-se das considerações alhures a necessidade da existência de um sistema jurídico superior que irá estabelecer o próprio Estado Democrático de Direito, prevendo sua estrutura, direitos e garantias fundamentais, atribuição de poderes, sua forma de proteção, dentre outras coisas, que deverão ser respeitadas, com fim de fortalecer a soberania estatal.

Insta salientar que o fortalecimento da soberania estatal depende exclusivamente da atuação do próprio Estado, através de suas atribuições, tal como seu poder de império, fazendo com que as normas constitucionais tornem-se eficazes e aplicáveis, para que aí sim possa se dizer haver verdadeira supremacia constitucional.

2.2. Origens da tutela constitucional

A busca dos juristas em proteger normas que vislumbram ser de intensa fundamentalidade não é recente, pois os gregos já faziam diferenças entre as “nomói” e “topói”. Notando a importância de se manter fortalecido o Poder Estatal, para tanto exigindo que as normas supremas emanadas do Poder Constituinte Originário fossem cumpridas e aplicadas, os Estados formularam meios de coibir qualquer tipo de agressão às referidas normas. No entanto, pode se dizer que com o passar do tempo os ordenamentos jurídicos foram aprimorando os institutos dos quais tratavam sobre o controle de constitucionalidade, com o único e exclusivo intuito de manter a eficácia das normas constitucionais, que tem o condão de orientar todo um sistema jurídico o tornando coeso.

Ao voltar-se ao passado jurídico dos diversos países dos quais influenciaram sobremaneira a legislação nacional, nota-se que não é retilínea as estruturas montadas pelos Estados para proteger de violações por leis ou atos normativos infraconstitucionais ou até mesmo de atos do poder público em geral a suas respectivas Normas Constitucionais.

Abordar-se-á no presente momento o sistema de controle de constitucionalidade britânico. Como já fora dito em tópico anterior, tal sistema sempre se pautou, inicialmente, nos princípios instituídos pela Magna Carta (1215), que sofreram alguns acréscimos no transcorrer dos tempos. Ressalta-se que antigamente o grande poder do Parlamento, pois era ele quem exercia o poder supremo, tinha até mesmo a competência para processar e julgar questões de inconstitucionalidade. Para ilustrar sua força, doutrinadores dizem que a vontade do Parlamento inglês era igualável a de Deus que criou a luz (“*the legislative power can change the constitution, as God created the light*”). No entanto, não é isto que realmente ocorre hoje, sob pena de pôr em risco o pacto social. Existem limites ao controle do Parlamento, através das próprias normas consuetudinárias que são esteios do *common law* britânico. Hodiernamente, a Câmara dos Lordes impõe pouca influência no controle da constitucionalidade das leis, cabendo efetivamente ao *Appellate Committee* processar e julgar casos de desrespeito as leis fundamentais.

Outro Estado que se notabilizou por sua estrutura no controle de constitucionalidade foi a França, que partiu inicialmente para uma tentativa de passar a defesa da Constituição para órgãos políticos. Os franceses viram seu sistema naufragar, haja vista as pressões sobre os componentes do órgão. Isto se deu na época da Revolução Francesa na qual a sociedade não depositava nos juizes confiança para tamanha incumbência em razão de muitas vezes estarem envolvidos em casos de corrupções. Daí se acreditar que a vontade popular na verdade emanava do órgão político eleito pelo povo. Contudo, com advento da Constituição de 1958 os franceses romperam com o sistema político e instituíram o Conselho Constitucional, que tem competência para controlar normas que, estão sendo elaboradas, antes de serem promulgadas ou após sua promulgação. As decisões do Conselho são irrecorríveis e se impõem aos poderes públicos.

O controle de constitucionalidade efetuado pelos países cuja ideologia era marxista sempre tentou se esquivar de aceitar um poder independente no comando da tarefa de defender a Constituição, haja vista que assim agindo estaria aceitando a doutrina ocidental da separação do poderes. Conseqüência da

idéia levou os países mais notadamente a União Soviética a instituírem um único órgão para solução das controvérsias constitucionais, chamado de *Soviet Supremo*, que adveio da emanção da vontade popular, conforme queriam os militantes daquela ideologia estatal.

Todos esses antecedentes históricos das formas de controle de constitucionalidade nenhum se igualam ao sistema norte americano, o qual realmente procurou colocar a Constituição em patamar intocável. As palavras de Cappelletti (1992, p. 46) dão a vultuosa importância do controle judicial das normas constitucionais pelos Estados Unidos da América:

Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review* (of the constitutionality of legislation), nos outros Estados - e me refiro, em particular, aos Estado da Europa - nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se pensa em que, precisamente, com a Constituição norte americana, teve verdadeiramente início a época do "constitucionalismo", com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias.

Frise-se por oportuno dentre outros precedentes a doutrina inspirada em John Locke que vislumbrou a existência de um direito natural superior o qual deveria ser intangível inspirou sobremaneira a doutrina constitucionalista norte-americana na elaboração de seu sistema de controle de constitucionalidade.

Os protetores das "Leis Supremas" norte-americanas antes mesmo da proclamação de sua independência já se deparavam com casos nos quais envolviam conflitos de normas consideradas intocáveis com normas flexíveis, pode se destacar o *Bonham' s case* de 1760. Após a Independência tornou-se pacífico nos grandes tribunais -norte-americanos a possibilidade da declaração de leis inconstitucionais. Ressalta-se decisão encampada pelo Tribunal de Nova York que decidiu pela inconstitucionalidade de lei que reduzia o número de jurados de sete para seis.

Restou, contudo, a miraculosa teoria criada por Marshall, no famoso embate jurídico entre *Marbury vs. Madison* de 1803 estabelecer um sistema de tutela constitucional com jurisdição e procedimentos próprios que vieram nortear

todos os métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. A famosa sentença proferida pelo Juiz Jonh Marshall, cujo fundamento encontrou preconizado pela própria Constituição norte-americana em seu art. 4, cláusula 2º, definiu modernamente com insuperável nitidez a Supremacia da Constituição sobre os atos legislativos que com ela contrastarem, caso contrário o Poder Legislativo alteraria normas constitucionais mediante leis infraconstitucionais.

Comentários de Cappelletti (1992, p. 48) sobre o assunto , reforçam a idéia acima exposta e ilustram a importância daquela decisão para o cenário da tutela jurisdicional constitucional moderna:

A opção do Chief Justice Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as leis e com o conseqüente poder dos juízes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas no mundo "ocidental" tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto, que neste movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciando pela Constituição norte-americana de 1987 e pela corajosa jurisprudência que a aplicou.

Em decorrência desta influência sofrida por este embate jurídico que deflagrou o atual método de controle de constitucionalidade americano atualmente pode se destacar no ordenamento jurídico deste país três formas de se controlar as leis frente a supremacia constitucional, a) a primeira por via de exceção, na qual qualquer juiz no caso concreto poderá suscitar a inconstitucionalidade, b) por meio de injunção o cidadão reclama do Poder Judiciário ordem para declarar lei ofensiva a Constituição, c) a terceira e última o procedimento declaratório no qual o cidadão pleiteia manifestação judicial sobre o conteúdo da norma antes mesmo dela ser aplicada.

Diante de todos os sistemas acima expostos indubitavelmente o americano foi o que procurou realmente albergar as normas constitucionais de abusos cometidos pelos Poderes Legislativo e Executivo, dessa forma, atingindo um dos fins buscado por todas as Constituições Democráticas que é o de colocar freios e

limites em todas as suas esferas de poderes e respeito ao ente máximo a vontade popular estampada através da Constituição Federal.

2.3. Força ordenadora

Logo do advento e da entrada em vigor de qualquer Constituição em um país democrático dá-se início a uma nova etapa em sua história política, econômica, social e jurídica. A necessidade da elaboração de uma nova Constituição pressupõe o caos vivido por um determinado Estado, e o seu nascimento vem justamente pactuar a reestruturação de um conjunto de seres humanos que já não se adaptavam ao sistema anteriormente imposto a eles. Normalmente surge de uma ruptura brusca e radical.

A Suprema Lei notabiliza-se por ordenar a política, a economia, a sociedade e a justiça. Com esta função a sua presença torna-se de fundamental importância, tendo em vista que consegue pacificar os ânimos sociais sem o uso de métodos desprezíveis já usados pela raça humana, já que se adequará perfeitamente com a necessidade histórica, cultural e social do Estado do qual emanou.

A presença de uma Constituição que contenha os verdadeiros valores sociais de cada Estado, a torna mais apta impor a sua força de ordem, tendo em vista que espelha a realidade por que passa. Denota-se da exímia lição de Palu (1999, p. 51/52) a configuração acima explanada:

A Constituição é a ordem jurídica fundamental, material e aberta da Comunidade, sendo que sua legitimidade material aponta para a necessidade de que a lei fundamental transportem-se os princípios caracterizadores do Estado e da sociedade e que haja uma abertura constitucional, no sentido de possibilitar o confronto e a luta dos partidos e das forças políticas portadoras de projetos alternativos de realização dos fins constitucionais.

(...)

A norma constitucional quer conformar e ordenar a realidade, política e social. Na medida em que consegue realizar sua pretensão de vigência, alcança ela sua força normativa e isso leva à questão dos limites e das possibilidades de uma tal realização, que está diretamente relacionada à conexão com a realidade.

Contudo, apesar do contexto alhures deve se ter em mente a necessidade de haver a maleabilidade das normas que estão no bojo da *Lex Maior*. Mesmo estando todos os poderes intrinsecamente a ela vinculados não se trata de força normativa rígida incapaz de sofrer alteração com o intuito de adequar a norma constitucional à realidade social.

A Magna Carta, ainda, não poderá ser extremamente minuciosa em seu tratamento devendo apenas iluminar as legislações e decisões judiciais. A abertura das normas constitucionais possibilitará ao juiz ao analisar o caso concreto respirá-las e aspirá-las adequando-as perfeitamente ao litígio, sob pena de sufragar a nova ordem democrática estabelecida.

Destarte, as normas fundamentais terão verdadeiramente força ordenadora caso não lhe seja imposto a rigidez e o detalhismo exacerbado, já que essas características causam a sua ineficiência e sua não coesão com os fatores sociais que modificam o tempo. Nota-se a necessidade das normas assumirem elasticidade o bastante para subsumir-se a realidade.

A visão de Hesse (1991, p. 24) sobre o tema corrobora o exposto:

Em síntese, pode-se afirmar, a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

E continua o doutrinador com maestria (1991, p. 24):

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza

Para ilustrar a matéria acima arregimentada torna-se oportuno citar lição da Suprema Corte Americana encampada por Palu (1999, p. 51):

Ao *Justice Brandeis* da Corte Suprema norte-americana: “Nossa constituição não é uma camisa de força. É um organismo vivo. Como tal, pode crescer, adaptar-se a novas circunstâncias. Porque é uma constituição capaz de adaptar-se, pode continuar existindo como lei fundamental de um povo que se desenvolve constantemente”.

Insta salientar, embasado nas lições retromencionadas, que existirá superioridade das leis fundamentais em seus aspectos mais recônditos quando estas se coadunarem com os valores sociais de seu tempo. Em não havendo esta conjectura, como já tido acima, tais normas estarão fadadas à ineficácia.

3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme se denota dos precedentes históricos, da manutenção da Supremacia da Lei Maior, bem como de sua força ordenadora faz-se premente a existência de um sistema guardador das normas encampadas na Constituição. Para que se consolide a Soberania do Estado Constitucional Democrático é preciso encontrar meios de garantir a sua defesa e definir infrações aos seus confrontadores, o que daria sua retilínea aplicação e tutela de suas normas.

No estudo em testilha torna-se precípuo deixar claro os meios de defesa a normas constitucionais fundamentais e saber ao certo quais atos do Poder Público poderão ser atacados com os meios de tutela constitucionais. Estabelecer os limites dos órgãos do Poder Público frente aos cidadãos e os desses frente a toda a coletividade fará com que exista o fortalecimento do Estado e da Soberania Constitucional.

A lição de Canotilho (2002, p. 881) destaca ser imprescindível para o Estado a existência de meios que possibilitem o ataque as violações das normas constitucionais:

A partir do Estado Constitucional passou a falar-se de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança do enunciado linguístico. No Estado constitucional o objecto de proteção ou defesa não é pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma do Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o Estado constitucional democrático.

Com sublime lição pode-se iniciar um estudo mais aprofundado no sistema de controle de constitucionalidade escolhido pelo poder constituinte originário e derivado para prover a tutela das normas constitucionais, abrindo caminho para entender-se o meio de controle de constitucionalidade objeto do trabalho em tela, qual seja a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3.1 Conceito de controle de constitucionalidade

Para compreender-se a estrutura de proteção as normas constitucionais face, *ab initio*, necessário ilustrar a quem foi outorgado pela vontade popular a incumbência de elaborar a tão aclamada “Magna Carta”. Convém salientar que a

Constituição veio à tona na história da humanidade para estabilizar direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, tendo em vista um vasto desrespeito a sua dignidade no transcorrer dos vários governos tiranos e absolutistas. Foi uma construção histórica que se concretizou com as Revoluções dos Estados Unidos e da França, chamadas pelos socialistas de “burguesas”.

Contudo, nem sempre a Constituição adveio da vontade popular ou de quem os representasse. Não entendendo o significado e importância de uma Carta Constitucional elaborada pelo povo, para que nela estabelecesse seus direitos e garantias fundamentais, no Brasil, em 1824, Dom Pedro I, impôs aos brasileiros, Constituição por ele outorgada. O mesmo ocorreu em 1937 quando Getúlio Vargas arbitrariamente criou Constituição capaz de legitimar seu governo antidemocrático.

Mas, atualmente, convive-se, ainda que com alguns percalços, com o princípio da democracia no qual permite que a vontade popular se espraie para a formação do Estado. Com a democracia as vigas mestras que tão sustento ao Estado são derivadas de representantes legítimos escolhidos pela população. Tais representantes formarão a Assembléia Constituinte do qual se originarão as leis fundamentais que irão fortalecer a Soberania Nacional e os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Com notória habilidade Canotilho (2002, p. 287) explora singelamente o que seria democracia:

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à “essência” da democracia “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático. Designamos aqui a fórmula de Lincoln como um modo de justificação positiva da democracia. A Constituição ao consagrar o princípio democrático, não se decidiu por uma teoria em abstracto. Procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica

A “teoria complexa da democracia” conforme definiu Canotilho (2002, P. 288) tem seu apogeu quando a Assembléia Constituinte, ou seja, o Poder

Constituinte Originário enquadra os ditames constitucionais a realidade cultural, histórica, econômica e social de seu povo.

Convém ressaltar que o Poder Constituinte Originário tem diretrizes próprias que o diferencia dos demais poderes da estrutura democrática. Considera-se estanque pois retrata uma nova ordem jurídica, é autônomo, ilimitado e incondicionado, ou nos dizeres de Canotilho (2002, p. 74) “poder incondicionado, permanente e irrepetível”.

No entanto, deve-se ressaltar que aquilo estabelecido por este poder não pode tornar-se algo inflexível, impossível de ser modificado e alterado para se adequar as constantes mudanças existentes na sociedade na qual se impõe. Vê-se preemente que a humanidade vem se modificando de forma intensa e progressiva sem que as legislações consigam se adaptar a nova demanda social.

Dallari (2002, p. 15) preconiza a revolução da humanidade no decorrer de sua história:

Uma rápida observação retrospectiva dos acontecimentos deste século revela que ocorreram fatos determinantes de profundas mudanças nas relações sociais. Duas guerras mundiais, provocando enormes deslocamentos de populações e grandes transformações culturais, a presença da União Soviética, que exerceu profunda influência nas relações entre capital e trabalho, bem como as concepções de justiça social, dando contribuição decisiva para eliminação de muitos privilégios aristocráticos, bem como para o seputamento de padrões de relacionamento social e escravistas e colonialistas, discriminatórios injustos, a criação da Organização das Nações Unidas, que, apesar de suas limitações, vem reforçando a exigência do reconhecimento da liberdade e igualdade de todos os seres humanos e de todos os povos, como direitos fundamentais, a extraordinária expansão dos direitos humanos, que desde o final da década de quarenta passaram a ser condicionantes das ordens jurídicas internas e desencadearam intensa atividade normativa internacional.

Somados as esses acontecimentos históricos que influenciaram sobremaneira a vida dos seres humanos estão o avanço da ciência, da tecnologia, dos meios de produção, da biogenética, dentre outras grandes invenções que sacudiram o intelecto da humanidade. Outro fator que modificou o comportamento humano foi sem dúvida o avanço dos meios de comunicação que hoje diminuem distâncias e permite maior troca de informações em tempo exíguo.

Como forma de se adequar a Constituição as essas incríveis modificações do *status quo* da sociedade, implantou-se no bojo do sistema constitucional um poder reformador que tem legitimidade para realizar as adaptações necessárias na Constituição, qual seja o Poder Constituinte Derivado. No entanto, seu poder legiferante está intrinsecamente condicionado aos preceitos fundamentais acostados na Lei Maior, devendo respeitar certos procedimentos e formalidades pré-estabelecidas.

Diante de tudo que foi exposto apenas nesses casos que a Constituição poderá sofrer modificações, isto é, emendas, não podendo aquele que não tem legitimidade para fazê-lo retocar ou criar leis que venham infringir normas constitucionais sob pena de se colocar em risco a supremacia da ordem democrática - constitucional apregoada pela própria “Magna Carta”, conforme intensamente relatado no capítulo inicial desse trabalho.

Por fim, o controle de constitucionalidade, conforme bem conceituado, tem como finalidade maior fazer com todos as formas de normatização estejam em consonância com as normas constitucionais, isto é, alcançar todos os atos normativos primários infra-constitucionais e até as Emendas, submetendo todos à vontade do legislador constituinte originário.

3.2 Inconstitucionalidade formal e material

Ao conceituar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos de outra natureza do poder público foi preciso reportar seus aspectos formais e materiais. Contudo, agora, aprofundar-se-á no estudo de ambos modelos de inconstitucionalidades existentes no ordenamento pátrio.

Ab initio, voltar-se-á ao estudo da inconstitucionalidade formal, isto é, aquela que vem ferir preceitos processuais constitucionais atinentes a elaboração das leis prescritas na Constituição Federal. Observa-se que para cada espécie de ato normativo existe um processo legislativo específico que deve ser observado sob pena de ser declarada sua inconstitucionalidade. Cada espécie exige um

conjunto de procedimentos, quais sejam, iniciativa, discussão, deliberação, sanção ou veto, promulgação e publicação.

Contudo, o que realmente difere um procedimento legislativo do outro é a competência da iniciativa e o quorum para deliberação, que dependerá da posição na hierarquia da norma que se quer elaborar. A presença de um desses vícios na instituição da norma causa sobremaneira sua inconstitucionalidade que deve na primeira oportunidade ser afastada do ordenamento jurídico, haja vista a superlegalidade formal prescrita na Constituição Federal.

Notável é a lição de Bonavides (2000, p.268) que obtempera sobre o controle formal:

Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes.

Ademais, reside inconstitucionalidade formal quando a norma foi editada por órgão que não era competente, ou seja, “quando emanam de autoridade que não podiam elaborá-las” (FLORES, 2002, p. 24).

Todavia, a existência da proteção ao rito na elaboração das leis nada mais é do que um corolário lógico do princípio da estrita legalidade formal das leis, sedimentado como direito e garantia constitucional no art, 5, inciso II, da Constituição Cidadã.

Cabe neste momento explicitar algumas considerações sobre a inconstitucionalidade material das normas infraconstitucionais e também das emendas. Considera-se inconstitucional a norma que trazer em seu bojo conteúdo contrário a disposição constitucional, isto é, os elementos substanciais das normas elaboradas não podem ofender preceito constitucional sob pena, como já visto, de se tornar invalido as grandes conquistas democráticas insculpidas nos comandos constitucionais. Não se leva em conta o processo de elaboração, mas apenas se existe conformidade com a “Lei Maior”.

Importante por oportuno destacar o que preconiza Bonavides *apud* Veloso (2002, p. 22) sobre a inconstitucionalidade material:

Desce ao fundo da lei, outorga a quem exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais

Nota-se que quando a substância da norma não se coaduna com expressamente com as normas constitucionais haverá sem dúvida a inconstitucionalidade da norma que deverá ser reconhecida pelo órgão competente para tanto, qual seja, aquele que possui jurisdição constitucional.

Vistoso ensinamento do mestre Canotilho (2002, p. 884) salienta que “por sua vez, a parâmetro material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição”.

Contudo, ao trabalhar-se com a inconstitucionalidade intrínseca não pode se olvidar que ela pode ter cunho direto ou indireto, dependendo se a norma violar expressamente comando constitucional ou se não referendar a intenção da norma constitucional.

Nesta seara, se discute a plausibilidade da atuação da Jurisdição Constitucional no controle de normas infraconstitucionais que venham ferir o “espírito” da Constituição.

As discussões doutrinárias vêm causando uma enormidade de embates jurídicos sobre a possibilidade ou de atacar através dos meios de controle de constitucionalidade normas infraconstitucionais que afrontem implicitamente mandamento constitucional.

Acalorando a discussão Bittencourt *apud* Flores (2002, p. 25) afirma a “necessidade, para a caracterização da inconstitucionalidade, de violação a

preceito expresso. Por conter diversas ideologias, dificilmente a Constituição estaria filiada a apenas um pensamento político, de sorte a ser impossível apontar o seu “espírito”. Não bastando, diz ser imprescindível a colisão expressa a uma norma constitucional para que a lei não seja considerada válida. Por fim o supracitado autor diz ser possível que se viole direta ou indiretamente direito e garantia fundamental, porém nesse caso se estaria na verdade se combatendo o regime democrático e republicano.

Todavia, Buzaid *apud* Flores obtempera que “a inconstitucionalidade tanto poderia ser encontrada no ato que contraria preceito expresso da Constituição, como naqueles que se mostram incompatíveis com o seu sistema”. Não se trata de posição isolada do douto jurista, Veloso (2003, p. 26) salienta que a “lei pode até não ofender dispositivo explícito da Constituição, mas representar uma agressão aos princípios fundamentais, às bases e postulados democráticos, ao ideal da Justiça”. Ferindo todos esses alicerces o autor presume que a lei seria indubitavelmente inconstitucional.

Vê-se que ao tutelar os preceitos imateriais que envolvem a Lei Maior estar-se-ia protegendo a finalidade de sustentar sua Supremacia, haja vista que por vezes não foi possível acostar em seu texto regras de natureza imprescindíveis para as bases sociais, que caso não reconhecidas poderá fazê-la sucumbir.

Corroborando com a tese acima aventada faz-se oportuno mencionar notória lição encampada por Bonavides *apud* Veloso (2003, p. 2003):

De sorte que, a este aspecto, onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo portanto de desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda força e energia na ambiência sensível da vida.

Destarte, parece estar definitivamente consignado que a lei infraconstitucional poderá ser declarada inconstitucional ainda que venha a tocar a força invisível que envolve a Constituição. Força esta que deve ser interpretada

de acordo com as diretrizes ideológicas e políticas atuais coadunando-se perfeitamente com a necessidade temporal do organismo social.

3.3 Controle de constitucionalidade difuso e concentrado

Trata-se de dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade que foram formados e definidos em culturas jurídicas diversas. O controle difuso nasceu no sistema jurídico norte americano, já o controle concentrado é oriundo do sistema jurídico europeu, mais notadamente o Austríaco. O Brasil foi signatário de ambos os sistemas, o que denota a importância do tema a ser discorrido.

Ademais, é de insofismável necessidade definir com clareza tais controles, tendo em vista que o objeto principal do estudo em comento, qual seja, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, admite ser declinada tanto da forma difusa quanto da concentrada.

Denomina-se difuso aquele controle de constitucionalidade que pode ser suscitado diante de qualquer órgão do Poder Judiciário que tenha sua competência definida pela Constituição, pressupondo necessariamente seja argüido *“incidenter tantum”*, isto é, acoplado dentro de um processo judicial em andamento. É conhecido como sistema americano, visto que se deu pela primeira vez naquele país, feito este reconhecido por um respeitável constitucionalista com ilustre frase *“the most unique and the moste characteristic institution”*.

Por outro lado, o controle concentrado consiste naquele exercido única e exclusivamente por um membro do Poder Judiciário, devendo ser alegado por legitimados previamente estabelecidos pela Lei Maior. Este sistema caracteriza-se pelo controle abstrato das normas, não necessitando para seu exercício, de um prévio processo judicial. Não menos notório é a origem deste sistema, já que foi elaborada, a pedido do governo austríaco, pelo mestre da Escola Jurídica de Viena Hans Kelsen.

Silva (2000, p. 51) explica com excelência os sistemas acima aventados:

Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle de constitucionalidade, o difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao Tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

Já estabelecido os parâmetros iniciais para diferenciar ambos sistemas de controle de constitucionalidade cabe agora examinar cada um profundamente para se ter a noção exata da atuação de cada um deles no ordenamento jurídico pátrio.

No que tange o controle difuso de constitucionalidade suas fecundas raízes como dito alhures foram semeadas na Corte Suprema Norte Americana no glorioso aresto de 1803 emanado de Jonh Mashall, que solucionou o inesgotável caso *Marbury versus Madison*, na qual interpretando e desenvolvendo os princípios da Carta de 1787, criou os fundamentos do *judicial control*, que na época obteve grande receptividade de seus pares. Os astutos argumentos contidos na sentença foram tão modernos que até os dias de hoje permeiam nos mais variados sistemas jurídicos do mundo.

Para demonstrar o quão foi importante esta decisão, oportuno alinhar o comentário de Baracho (1995, p.93) sobre o caso:

A decisão mais significativa da Corte Suprema Federal no momento do aparecimento da federação americana. Em 1800, os jeffersonianos antifederalistas, ancestrais dos democratas, fizeram rever as críticas à proposta, consagrada na Constituição Federal e sempre na oposição, após o início daquele sistema político e sua aplicação, ganharam as eleições, tendo defrontado os federalistas, ancestrais dos atuais republicanos.

Em determinado momento, certas nomeações foram feitas tardiamente, pelo que a antiga administração não teve tempo de assinar as designações. O ministro da justiça, James Madison opõe-se a nomeação de certos juízes, estando entres eles William Marbury. De conformidade com as prerrogativas que lhe foram dadas pela lei federal de 1789 sobre a organização judiciária, entendia que o Ministro deveria proceder a nomeação. A corte recusa, entendendo que a lei federal era contrária Constituição.

Nada obstante o preciosismo no qual cobria tal decisão, foi também de suma importância para concretizar o federalismo norte – americano, haja vista

que com a possibilidade de atacar leis que vão de encontro com a Norma Máxima através do controle de constitucionalidade, tornou-se realidade o *checks and balances* americano. O Federalismo americano vige exatamente dos limites impostos aos três poderes, exercendo eles mesmos funções atípicas, dessa forma, tratando-se o controle de constitucionalidade o seu coroamento.

Extraí-se das sábias palavras de Hamilton *apud* Veloso (2003, p. 38) o controle do judiciário dos atos legislativos antes mesmo da sentença exarada por Marshal:

Portanto, nenhum ato legislativo contrário a Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive o que proibem. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos, e que onde a vontade da legistura declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.

Denota-se que o controle de constitucionalidade concreto não está previsto expressamente na *Lex Magna*, concluindo, assim, que foi criada através de preceitos constitucionais implicitamente nela embutidos, sendo típico caso de surgimento e desenvolvimento de método jurídico por costume constitucional.

Contudo, talvez grande diferença do sistema anglo-saxão está notadamente no princípio do *stare decisis*, segundo o qual qualquer decisão dos precedentes de inconstitucionalidade pela Suprema Corte vinculará todos os membros do poder judiciário da federação o que ameniza os problemas gerados pelo controle difuso. A lição lapidar de Poletti *apud* Flores (2002, p. 49) esclarece:

O núcleo do modelo americano de fiscalização de constitucionalidade reside, pois, no fato de que qualquer juiz chamado a decidir um caso em que seja relevante uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda. A funcionalidade do modelo, todavia, repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, no momento em que a *Supreme Court* decide a respeito de qualquer questão de constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais.

Pois bem. A tutela da constituição através da via de exceção, como doutrinadores acreditam ser equivocadamente nominada, está calcada no fato de ser argüida em caráter incidental, sendo mero óbice na obtenção do deslinde de uma causa principal. Dessa forma, não se trata de ação principal movida com o escopo da obtenção de prestação jurisdicional para ver a norma considerada inconstitucional, mas sim trata-se de mero apêndice do qual depende a causa sob *judice* para ver-se solucionada.

Provocado o juízo de inconstitucionalidade como questão prejudicial, como preferem os processualistas italianos, restará ao magistrado a qual foi colocada a questão dizer se a norma é ou não inconstitucional, e se será aplicada ao caso concreto, mas se declarada inconstitucional não a tornará inválida.

No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade foi elaborado segundo as lições de Ruy Barbosa, que inspirado com a corrente americana de controle de constitucionalidade convenceu o Poder Constituinte de 1891 adotar tal controle. No entanto, no início os magistrados pouco receosos de aplicá-lo deixaram de o utilizar. Porém com o advento da Lei nº 221 de 1894, o sistema foi difundido e passou a ser largamente utilizado.

Pode-se afirmar que no Brasil a grande maioria dos pedidos de reconhecimento da inconstitucionalidade das leis se dá justamente pela via de exceção perante qualquer jurisdicionado.

A questão prejudicial de inconstitucionalidade trata de um apêndice do qual a discussão principal depende para ser solucionada, e que verse justamente sobre matéria diversa do que a inconstitucionalidade. Com a decisão da questão prévia de inconstitucionalidade da lei, o juiz proferirá decisão concluindo pela compatibilidade ou não da norma com a *Lex Magna*.

Repisa-se que neste caso o juiz ao considerar a lei inconstitucional, ou seja, afrontiva a ordem constitucional deixará apenas de aplicá-la para aquele

caso em concreto colocado sob *judice*, o efeito da decisão de inconstitucionalidade, num primeiro momento, atingirá apenas as partes litigantes, não tendo efeito “*erga omnes*”. Ressalta-se que para o restante da sociedade a lei continua exibindo sua força obrigatória regendo os demais casos.

Portanto, a decisão de inconstitucionalidade terá efeito apenas entre as partes litigantes, frisando que sua eficácia será retroperante.

De forma como de costume brilhante Ruy Barbosa apud Flores (2002, p. 75) elenca condições para que ocorra o controle por via difusa:

1. Que o direito, cuja ofensa se acusa, assente em disposição constitucional, se o ato impugnado é do Poder Legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, se o ato acoimado fôr da administração.
2. Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.
3. Que essa intervenção se determine por acção regular, segundo as fórmulas técnicas do processo.
4. Que a acção não tenha por objeto directamente o acto inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas refira à inconstitucionalidade d'elle apenas como fundamento, e não alvo, do libello.
5. Que a decisão se circunscreva ao caso em litigio, não decretando em these a nullificação do acto increpado, mas subtrahindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão.
6. Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, depedendo os casos análogos, enquanto o acto não fôr revogado pelo poder respectivo, de novas acções, processada cada uma nos termos normaes

Nada obstante os requisitos aventados acima, oportuno ressaltar o entendimento do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei *ex-officio* pelo magistrado ou Tribunal, tendo em vista competir a ele a correta aplicação das normas, interpretando-as de forma sistemática e hierárquica. E mais, ao juiz cabe zelar a Constituição ato jurídico supremo emanado da límpida vontade popular, prevalecendo sobre ato secundário do legislativo, revestido pela lei.

Um ponto interessante encontrado no sistema difuso brasileiro é a clausula de reserva legal prevista no artigo 97 da Constituição o qual estabelece que os incidentes de inconstitucionalidade deverão ser julgados pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do respectivo órgão especial. O procedimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade regula-se pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

A regra *full bench*, na seara da declaração de inconstitucionalidade de forma difusa tem como escopo fundamental dar maior segurança jurídica aos casos concretos, haja vista que colocado a questão diante do Tribunal Pleno ou do órgão especial, somente será considerada inconstitucional a norma quando houver os votos da maioria absoluta de seus membros, por ser questão de grande relevância institucional. Ademais, insta ressaltar sobre a regra *full bench* que a norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Pleno ou pelo órgão especial caso venha ser suscitada novamente sua inconstitucionalidade a decisão anterior vinculará a posterior. O ilustre Amaral Jr (2002, p. 39) obtempera sobre o assunto:

Não obstante, a decisão tomada pelo tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais efeitos - em trâmite no tribunal - que envolvam a mesma questão constitucional. Daí a importância de bem determinar a natureza das regras constitucionais e legais que regem a problemática em causa, em especial para que se compreenda o significado da decisão plenária relativamente ao caso concreto que a ensejou, bem como o seu impacto no dia-dia forense

Nesse diapasão o Ministro Marco Aurélio em decisão emanada do Excelso Pretório da AgIn 169.964-8 expôs o seguinte entendimento:

Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionário homenageia não a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionários apreciem, pela primeira vez, a pecha da inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.

Não constitui óbice, todavia, para que o juiz monocrático declare a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que afronte a Lei Maior. A clausula acima aventada tem aplicação apenas nos tribunais para que concretize maior segurança jurídica de suas decisões, já que segundo Pontes de Miranda em nosso ordenamento jurídico não há o *per saltum* do juiz singular para o Tribunal sem que aquele profira sua decisão. O emérito jurisconsulto ainda salienta que a

decisão do Tribunal se equipara valorativamente com a do magistrado monocrático.

Com efeito, o art. 102, inciso III, alínea a), b) e c) do Diploma Máximo pátrio preconiza a possibilidade da questão prejudicial de inconstitucionalidade argüida dentro de processo principal chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário, haja vista ser o órgão de cúpula protetor das normas constitucionais.

Ato contínuo, reconhecida a inconstitucionalidade da norma pelo STF, este deverá comunicar ao Senado Federal a declaração, o qual poderá editar Resolução, com fundamento no art. 52, inciso X, da *Lex Superior*, suspender, no todo ou em parte, a aplicação e eficácia da norma ventilada. Poderá ocorrer a suspensão de qualquer que seja a lei ou ato normativo federal, estadual e municipal.

Questão divergente que surge na doutrina é a obrigatoriedade ou não da suspensão da norma pelo Senado Federal, o qual estaria ou não vinculado a decisão judicial.

Para o douto jurista Temer (1997, p. 48) “O senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão efetivada pelo STF”, na verdade teria liberdade para decidir, dentro de seu critério de conveniência e oportunidade, sua competência.

No entanto, de forma muito oportuna Flores (2002, p. 74) aduz entendimento diverso:

Inobstante as colocações em sentido contrário, afigura-se lícito concluir que a atividade do Senado, no controle de constitucionalidade por via de exceção, é vinculada e dependente da decisão do Poder Judiciário, não juízo de valor sobre o conteúdo da sentença, tampouco negativa de cumprimento ou ampliação de seu comando.

Ao contrário do que ocorre na decisão de inconstitucionalidade pelo STF, a suspensão emanada do Senado Federal, atingirá a todos os cidadãos, contudo, seu efeito será “*ex nunc*”.

Apesar de todas as considerações alinhavadas e de que o controle difuso é largamente utilizado pelos juristas brasileiros, pode causar alguns inconvenientes. Nota-se que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não adotou o princípio do “*stare decisis*”, segundo o qual uma vez declarada inconstitucional a norma pela *Supreme Court* os demais órgãos do Poder Judiciário devem imediatamente deixá-la de aplicar, para que não ocorra decisões conflitantes entre seus membros, tendo em vista ser instituto tipicamente dos sistemas jurídicos que adotam o *common law*.

Eloqüente é o ensinamento de Cappelletti (1992, p. 76) sobre o assunto:

No método de controle difuso e constitucionalidade – no denominado método americano, em suma – todos os órgãos judiciários inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho, a introdução desse método “difuso” de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do *stare decisis*. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método americano de controle, levaria a conseqüência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão do judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.

Como foi possível observar trata-se de situação temerária para os cidadãos que pleiteiam direitos através do judiciário os quais não saberão ao certo se os buscam corretamente.

Afinal, resta tecer considerações sobre o controle concentrado de constitucionalidade o qual tem como característica ter o seu objeto principal a discussão da constitucionalidade de lei ou ato normativo contrário a Constituição Federal.

O supramencionado controle teve suas raízes em uma engenhosa construção em 1920, comandada por Hans Kelsen a pedido do governo austríaco, razão pela qual passou a ser chamado de Sistema Austríaco de Constitucionalidade. A *Bundesverfassung* previa que apenas um órgão do Poder Judiciário, isto é, um especial Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* - teria competência exclusiva para analisar a constitucionalidade das leis. A Carta deste país previa também que competência qualificada para postular as questões de constitucionalidade perante essa Corte Constitucional, o exercício da ação que a impulsionaria estaria restrita a alguns órgãos políticos.

Denota-se que com esse novo sistema de controle de constitucionalidade houve uma desvinculação da ação principal que versasse sobre direito subjetivo com a discussão de constitucionalidade de uma norma. Deixando, assim, de ser mera questão prejudicial passando a ser objeto principal da ação com procedimentos próprios e jurisdição qualificada e apropriada para analisar as questões de constitucionalidade.

As palavras de Flores (2002, p. 54) dão a dimensão do momento da criação do controle concentrado de constitucionalidade:

A Constituição austríaca de 1920 criou uma corte constitucional, estabelecendo ser ela o único órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade. Daí a denominação de controle concentrado, já que aos demais tribunais era defeso examinar a validade das leis perante a Constituição. Esse foi o modelo idealizado por Kelsen, em que a supremacia da Constituição seria garantida por um órgão especial com função de verificar a conformidade das leis com seu texto. Estabeleceu-se, assim, um Tribunal Constitucional, competente para decidir de forma definitiva a constitucionalidade, ou não, das leis.

A criação de um via principal para discussão de constitucionalidade deu-se em razão da tutela dos esteios constitucionais não serem matéria restrita unicamente ao âmbito privado, como acontece no controle difuso, a defesa da Constituição é de interesse público e merece atenção especial por parte da estrutura política então sedimentada para o fortalecimento do Estado e na preservação dos direitos e garantias dos cidadãos.

Interessante é a idéia de Kelsen apresentada por Martins *et al* (2001, p. 7) que enfatiza existir uma deficiência no modelo americano de constitucionalidade “afigurando-se evidente que o interesse quanto à constitucionalidade das leis configura interesse público, que não coincide, necessariamente, com os interesses privados”. Difere e muito do sistema americano quanto ao cuidado na proteção da Constituição em face de toda sociedade o sistema Kelseniano, tendo em vista que naquele inexistente a figura de autoridade política que intervenha no processo de inconstitucionalidade das leis, justamente para representar o interesse popular, como ocorre com o chamado *amicus curiae brief*, que expõe sua posição no Tribunal sobre a questão de constitucionalidade ventilada.

O Sistema Austríaco de constitucionalidade se espalhou pelos demais ordenamentos jurídicos, mais notadamente na Europa, na qual foram criados Tribunais especializados que promoveriam desde então a Jurisdição Constitucional. São exemplos mundiais desses órgãos, o Tribunal Constitucional alemão – *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional espanhol, a Corte Constitucional italiana e o Tribunal Constitucional português.

O ordenamento jurídico pátrio como não poderia ser diferente também adotou o controle por via de ação em 1965, através da Emenda Constitucional nº 16. A partir de então o STF passou a ser o órgão exclusivo para aferir a constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, no que tange o controle abstrato das normas.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal duas funções, a primeira como protetor máximo das normas constitucionais e a segunda como órgão de cúpula do Poder Judiciário, no qual se processa e julga as ações de sua competência originária e quando for último grau recursal. Dessa forma, imperioso ressaltar que o mencionado órgão ostenta funções a mais do que um simples Tribunal Constitucional, não exercendo apenas jurisdição constitucional.

A novel Constituição Cidadã de 1988 estabeleceu a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, definido pelo seu art. 102, I, a).

Até o diploma acima mencionado a legitimidade para propositura das ações que fazem parte do controle abstrato de constitucionalidade era única e exclusiva do Procurador Geral da República que detinha o monopólio de representar ou não ao STF a discussão da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, atuando como verdadeiro *dominus litis*.

Todavia, com o advento da Carta Magna vigente o rol dos legitimados foi consideravelmente ampliado por seu art. 103, passando a ser portadores da capacidade postulatória no controle de constitucionalidade, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional. Ademais, com a recém Emenda Constitucional 45/04 a ADECON passou a ter os mesmos legitimados da ADIN, e mais, ampliando esse rol, que será composto também pelo Governador do Distrito Federal e pela Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Também são notas marcantes do controle abstrato das normas pelo ordenamento jurídico brasileiro a participação obrigatória do Advogado-Geral da União, que, como curador da norma impugnada, será citado para defendê-la, conforme obtempera o art. 103, § 3º, bem como a atuação do Ministério Público Federal em todas as ações de constitucionalidade, representado pelo Procurador Geral da República.

E mais, Mendes (1996, p.253) leciona que a decisão que considera lei inconstitucional, “independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e *ex tunc* quando for declarada por via de ação”.

Imperioso ressaltar que o art. 102, § 2º, introduzido pela Emenda Constitucional 03/93 atribuiu efeito “*erga omnes*” e vinculante nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo nas ações declaratórias de constitucionalidade. No entanto, o constituinte derivado se olvidou de ampliar a esses efeitos à ação direta de constitucionalidade ao qual a jurisprudência e a doutrina majoritária já preconizavam. Sendo assim, mesmo que o texto constitucional não prevê expressamente a os efeitos vinculante e contra todos para a ação direta de constitucionalidade, quando de sua decisão definitiva terá necessariamente esses efeitos, haja vista serem da natureza do controle concentrado de constitucionalidade.

Outrossim, “prescrição e decadência são institutos estranhos ao controle de constitucionalidade” (VELOSO, 2002, p. 94) . Dessa forma, forçoso concluir que o passa do tempo não tem o condão de convalidar o vício constitucional existente na norma.

Outra característica inerente ao controle concentrado de constitucionalidade é a impossibilidade de se desistir da ação intentada. Segundo o rel. Min. Celso de Mello na ADIn 387/RO:

O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade impede a desistência da ação direta já ajuizada. O art. 169, §1º, do RISTF, que veda ao Procurador-Geral da República essa desistência, aplica-se, ostensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados pela Constituição 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103) – RTJ 135/905

É possível, aliás, que na ação de constitucionalidade se obtenha liminarmente a tutela constitucional através do STF, desde que seja cabalmente demonstrado o “*fumus bonis iuris*” e o “*periculum in mora*”.

Como já anotado no controle difuso de constitucionalidade, a regra estatuída do art. 97 da CF, também se aplica ao concentrado, qual seja, a reserva de plenário, segundo a qual o quorum para deliberações sobre controle de constitucionalidade deverá ser observado a maioria absoluta dos membros do Supremo.

Insta salientar que o objetivo exordial do controle abstrato é declarar, através da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade de leis ou atos normativos federal, estadual ou distrital, que tenham como características a generalidade e abstração.

Trazendo a tona posição *communis opinio* de Canotilho *apud* Veloso (2002, p. 131) que poderão ser objeto de controle de constitucionalidade por via de ação as normas decorrentes da revisão constitucional, quais sejam, as emendas constitucionais. Isto ocorrerá quando, segundo a doutrina, as normas constitucionais derivadas forem inconstitucionais.

Destaca-se por oportuno que o Supremo Tribunal Federal poderá realizar a tutela das normas constitucionais através da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade quando as leis ou atos normativos aviltadores forem estaduais e municipais, contudo, isto não significa dizer que as leis ou atos normativos municipais estão fora da tutela, tendo em vista que o controle de constitucionalidade objeto principal do estudo, qual seja, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá ser utilizada para enfrentar a constitucionalidade das normas acima mencionadas.

3.4 Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo

Outra distinção que poderá ser feita ao controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos será quanto ao momento em que for realizado, no curso do trâmite legislativo ou em seu estado vigência da norma violadora.

Denomina-se controle preventivo o exercido pelos três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais investigaram o conteúdo dos projetos de leis com intuito de evitar que norma aviltadora da Constituição Federal ingresse no ordenamento jurídico.

Por outro lado, denomina-se controle repressivo aquele exercido pelo Poder Judiciário, logo após a entrada da norma no ordenamento jurídico pátrio, já estando perfeito o ato legislativo e com plena vigência e aplicabilidade.

Nessa seara, para melhor compreensão do tema, se analisará inicialmente o controle preventivo de constitucionalidade segundo o qual tem com escopo fundamental mover esforços para prevenir que norma em desconformidade com a ordem constitucional entre e tenha aplicabilidade no ordenamento jurídico. É propriamente manejado no momento em que o projeto de lei está em trâmite no legislativo, com mera perspectiva de se tornar lei, não portando eficácia jurídica, já que é ato legislativo imperfeito por não ultrapassar todos procedimentos.

Quando o controle em epígrafe for ensejado pelo Poder Legislativo ou Executivo pode se dizer que haverá controle preventivo político, tendo em vista que ainda que seja suscitada a falácia constitucional no procedimento legislativo, a norma poderá ingressar no sistema jurídico.

Oportuno ressaltar que o controle preventivo foi condecorado com maior resplendor na Constituição Francesa de 1958, efetivado através do *Conseil Constitutionnel*, padronizando-se como controle político da constitucionalidade dos projetos que almejam transforma-se em normas. O citado órgão não visa a declaração de nulidade da norma, porém reinstaura-se o processo legislativo na tentativa de sanar o vício constitucional arraigado na pretensa norma.

Para melhor compreensão do tema em deslinde necessário tecer as considerações dos ilustres ensinamentos de Cappelletti (1992, p. 94)

Quando um texto legislativo ou tratado internacional já esta definitivamente elaborado, mas ainda não promulgado, o Presidente da

República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma ou de outra Câmara do Parlamento (isto é, da *Asemblée Nationale* ou do *Sénat*) pode remeter o próprio texto legislativo ou o tratado ao *Conseil Constitutionnel*, a fim de que este se pronuncie sobre sua conformidade à Constituição. Para algumas leis, ditas orgânicas ("*lois organiques*" de que se pode dizer, grosso modo, que concernem especialmente à organização dos poderes públicos), o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é, ao contrário, sempre obrigatório.

O *Conseil Constitutionnel* deve decidir dentro de um mês ou, em certos casos dentro de oito dias, neste ínterim, a promulgação da lei fica suspensa. O pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é emitido por maioria dos votos, depois de um procedimento que se desenvolve em segredo, sem audiências orais, sem contraditório, um procedimento que não existe verdadeiras partes, embora sendo admitida na prática a apresentação de memoriais escritos por parte dos interessados. Se o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* for no sentido da inconstitucionalidade, a lei não poderá ser promulgada nem poderá, por conseguinte, entrar em vigor, senão depois da revisão da Constituição.

A grandiosidade com que os constitucionalistas franceses cuidam do tema vê-se fabulosa, devido a preocupação de que o poder que foi emanado da Constituição, no caso o Legislativo, exerça sua função típica de elaborar normas com o devido respeito a consolidada supremacia das normas constitucionais, outorgando, assim, aos cidadãos maior segurança jurídica.

O modelo preventivo político de controle de constitucionalidade pátrio é diverso. No âmbito Legislativo notam-se em vários momentos, em um primeiro momento será feito pelas Comissões de Constituição e Justiça, num segundo momento pelo plenário das Casas Legislativas que poderão caso entendam ser a norma inconstitucional rejeitar o projeto. Por outro lado, o Executivo fará o controle preventivo após aprovada a lei pelas duas Casas Legislativas (Câmara e Senado), chegar em suas mãos para sancioná-la, e se na oportunidade vislumbrar vício ante a constitucionalidade poderá apor o veto constitucional.

A própria Constituição Federal de 1988, faz menção em seu art. 58, da criação das Comissões que deverão ser constituídas pelas Casas Legislativas de acordo com os respectivos regimentos internos ou do ato que resultar da sua criação.

Como já mencionado alhures o Brasil optou pelo sistema bicameral, formado pela Câmara dos Deputados, constituída por aquele que em tese devem

representar o povo e pelo Senado Federal, constituída por representantes dos membros dos estados federados.

Com efeito, com fundamento na norma constitucional acima alinhavada ambas as Casas Legislativas mediante seus Regimento Internos instituíram as Comissões de Constituição e Justiça.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no art. 32, III, prevê que a Comissão de Constituição e Justiça terá sua atividade voltada aos aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnicas legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação.

Não obstante, o art. 101, do Regimento Interno do Senado Federal, estatui que o mencionado órgão tem a missão de emitir parecer sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias ventiladas para deliberação do plenário, por despacho do Presidente, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário.

Frisa-se que a atividade exercida pelas Comissões de Constituição e Justiça através de seus pareceres não tem o condão de vincular a votação das Casas Legislativas em comento, as quais poderão aprovar norma que tenha sido considerada eivada de inconstitucionalidade pelas Comissões, vez que com isso preserva-se a vontade popular manifestada pelo Legislativo e sua livre convicção e independência na elaboração das normas.

Outrossim, não se pode olvidar que o controle preventivo político em testilha não é sufragado tão somente pelo Poder Legislativo, isto por que o Presidente da República, chefe máximo do Poder Executivo, através do permissivo legal do art, 66, § 1º da Constituição, poderá exercê-lo utilizando sua faculdade de vetar lei o controle de constitucionalidade. Para que o projeto de lei, transforme-se em lei precisará do selo presidencial, contudo, este poderá colocar obstáculo quando se deparar com perceptível inconstitucionalidade.

Haverá a possibilidade do Poder Judiciário engendrar o controle preventivo, no entanto, para adequar a sua natureza deverá ser denominado de controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Dessa forma, interessa observar que a entrada de norma maculada por inconstitucionalidade no ordenamento jurídico deveria ser algo raro, por estar cercado por todos os lados de órgãos vigilantes, porém vê-se que na verdade não é isto que ocorre.

De forma impoluta Moraes (2002, p. 584) leciona sobre o controle preventivo exercido pelo Judiciário:

(...) apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não consagrar um controle preventivo de constitucionalidade abstrato, nos moldes dos realizados pelo Conselho Constitucional francês e pelo Tribunal Constitucional português, será possível a realização desse controle preventivo, incidentalmente, em sede de mandado de segurança, quando ajuizados por parlamentares contra ato do Presidente da Câmara ou de Comissão Legislativa inconstitucional.

O STF admite a possibilidade de controle de constitucionalidade durante procedimento de feitura das espécies normativas, especialmente em relação à necessidade de fiel observância das normas constitucionais do referido processo legislativo (CF, arts. 59 a 69).

Assim, o controle jurisdicional sobre a elaboração legiferante, inclusive sobre propostas de emendas constitucionais, sempre se dará de forma concreta, por meio de ajuizamento de mandado de segurança por parte de parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo.

Após análise da astuta lição, enxerga-se que o controle preventivo jurisdicional se dará quando o parlamentar observar vício formal de constitucionalidade no decorrer do procedimento legislativo ou, também, segundo a numerosa doutrina, quando houver ofensa a qualquer das cláusulas pétreas definidas no art. 60, § 4º da Constituição Federal e as demais nela espreiadas, e através de mandado de segurança provocar o Poder Judiciário para prestar jurisdição dizendo sobre o vício formal inerente a norma.

Declarando o Poder Judiciário irregularidade no procedimento legislativo o efeito de sua decisão não necessariamente colocará um fim no procedimento legislativo, que poderá ser colocado novamente para deliberação legislativa.

Abrem-se parênteses para lembrar que a Lei nº 9882/99 que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em seu texto original previa expressamente o controle preventivo de constitucionalidade em seu art. 5, §4º e art. 9º com o intuito de evitar lesão aos preceitos fundamentais. Ocorre que, foram vedados os dispositivos por considerados agressivos a soberania do Legislativo, ao conceder poderes excessivos ao Supremo Tribunal Federal.

Enfim, o controle preventivo de constitucionalidade num todo, não se figura como protetor na Constituição, já que não é óbice para que norma viciada ingresse no sistema jurídico.

Todavia, em razão da ineficácia da plenitude do controle preventivo de constitucionalidade restou ao legislador constituinte, com intuito de tutelar a Supremacia da Constituição, criar meios para extirpar do ordenamento jurídico normas que estão em pleno vigor e aplicabilidade, porém em desconformidade com a ordem jurídica constitucional. Nominou-se controle repressivo os remédios utilizados para retirar do ordenamento tais normas, dentre eles se encontra a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, objeto motivador do estudo.

Segundo majestosa lição de Canotilho (2002, p. 895) constitui controle sucessivo, pelo seguinte:

Na hipótese do ato normativo ser um acto perfeito, pleno de eficácia jurídica, o controlo sobre ele exercido é um **controlo sucessivo** ou a *posteriori*. O exame de fiscalização de constitucionalidade fez-se, assim, num momento sucessivo ao aperfeiçoamento do acto normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação ou entrada em vigor.

Destarte, sendo as normas insculpidas na *Lex Mater* hierarquicamente superior as emanadas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Constituinte Derivado, as primeiras devem permanecer intangível sob pena, como já estudado em capítulo anterior, sufragar a Supremacia da Constituição. Não restando, alternativa para manter a dádiva constitucional senão a de afastar do ordenamento jurídico normas adjetivadas de inconstitucionalidade.

No Brasil controle repressivo ou sucessivo, é realizado única e exclusivamente pelo Poder Judiciário, que poderá ser chamado para se pronunciar pelo controle concentrado, por via de ação direta, no qual o Supremo Tribunal Federal é órgão cúpula com competência exclusiva para conhecer da ação ou pelo controle difuso, por via de exceção, no qual a constitucionalidade da norma poderá ser argüida perante qualquer juízo.

Insta ressaltar que o controle repressivo mediante decisão do Poder Judiciário declara nula a norma incompatível com a Constituição, lapidando o sistema jurídico.

4. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A denominada e tão acharcada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi, no formato e na nomenclatura atual, pela primeira vez amalgamada na Constituição Cidadã de 1988. Com efeito, face mandamento

constitucional, tardou, mas o instituto foi regulado pela Lei 9882 de 03 de dezembro de 1999.

Trata-se de nova medida constitucional para cercar com maior proteção o respeito e eficácia das normas constitucionais fundamentais, passando a englobar como seu objeto qualquer ato do poder público, não mais apenas leis ou atos normativos corriqueiros dos demais controles de constitucionalidade.

A aclarada ampliação do objeto do controle em estudo caso seja devidamente interpretado pelos doutrinadores constitucionalistas e manejado por os que possuem legitimidade, poderá se notabilizar como um poderoso instrumento no combate aos desmandos cometidos através de atos do poder público e, aí sim, concretizar a força normativa e a supremacia constitucional, bem como poderá se ver a harmonia do Estado Democrático de Direito.

Neste passo, apesar de ser instituto original, é possível destacar uma tentativa da Assembléia Constituinte de 1.891, introduzir naquela Carta medida judicial semelhante a Argüição. O projeto apresentado por Julio de Castilhos à Comissão da Assembléia Constituinte da época preconiza “quando quaesquer leis de um dos Estados infringirem qualquer princípio cardeal da Constituição, ao Govêrno da União caberá suspender a respectiva execução na parte relativa a infração, competindo ao Supremo Tribunal a decisão final do conflito”.

O mestre Tavares (2001, p. 11) descreve perfeitamente a semelhança das medidas judiciais da seguinte forma:

A hipótese era aventada para fins de cabimento de uma medida judicial que, como finalidade, pretendia conferir maior proteção a certos preceitos constitucionais, suspendendo o ato contendo violação perpetrada contra tais preceitos.

A referência a um rol de regras ou princípios como parâmetro para a sustentação de um instrumento próprio visando exclusivamente à sua tutela é justamente a base sobre a qual se assenta o instituto da argüição de descumprimento, porque voltado apenas para os preceitos constitucionais de caráter fundamental.

Nesta seara, pode se dizer que o instrumento da intervenção previsto da Constituição de 1891, possuía diretrizes que poderiam incutir no âmago do legislador constituinte a criação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, já que tinha como objeto a ser atacado normas que viessem a desrespeitar princípios certos e específicos delimitados pela própria Carta. É o que ocorre, pois a Argüição se fundamenta na proteção dos “preceitos fundamentais” estanques das demais normas constitucionais.

Diante desses institutos o Constituinte 1988 quedou-se a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista num primeiro momento do art. 102, par. único, e após a Emenda Constitucional 03/93, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, transferiu-se para o §1º do mesmo artigo.

Dessa forma, deu-se vida a um novo meio de controle de constitucionalidade repressivo e concentrado que poderá provocar a Corte Constitucional, cuja competência originária será exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual deverá processá-la e julgá-la.

Não obstante o entusiasmo de alguns com o novo meio de controle de constitucionalidade, restaram críticas efusivas da doutrina. Membros do Assembléia Constituinte questionaram sua utilidade, pois não vislumbravam com o instituto qualquer acréscimo no intuito de tutelar os princípios fundamentais, já que os meios existentes cumpriam satisfatoriamente a tarefa a ele incumbida.

Oportuno ressaltar que a norma constitucional que a prevê é de eficácia limitada. O texto do dispositivo observa que o Supremo Tribunal Federal a apreciará “na forma da lei”, o que para a doutrina e jurisprudência majoritária significa dizer existir necessidade de regulamentação para que tenha aplicabilidade.

Apesar de inócua discussão, por já ter sido a lei elaborada, Tavares (2001, p. 95) diverge arduamente da limitação preconizada defendendo “aplicabilidade imediata já que conta, por força de uma interpretação sistemática do Texto

Magno, com um conteúdo mínimo que lhe confere o necessário nível de concretude”. Aponta o ilustre doutrinador que restaria a lei ordinária única e exclusivamente delinear o *iter* procedimental da Argüição.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal como se denota do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 145860, julgado em fevereiro de 1993, tendo funcionado como relator o Ministro Marco Aurélio se posicionou considerando ser a norma de eficácia limitada decidindo que:

A previsão do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a argüição a ponto de colocar em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir deficiência do quadro indispensável à conclusão sobre a pertinência do extraordinário.

Entretanto, surgiu discussão no meio doutrinário na expectativa para que se prestaria o novo controle de constitucionalidade. Vozes calorosas como Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins argumentavam que seria um novo meio de provocação jurisdicional tendo como objeto principal a inconstitucionalidade por omissão. Já para Clèmerson Merlin Clève trataria de meio supletivo de controle de constitucionalidade. No entanto, mais oportuna foi a lição de José Afonso da Silva segundo o qual deveria a Argüição se aproximar do *Verfassungsbeschwerde*, ação do ordenamento jurídico alemão que tinha a finalidade de proteger direitos fundamentais, quer quando por atos comissivos quer quando por atos omissivos.

Ocorre que a Lei nº 9.882/99 já regulamentou a Argüição que a partir de agora poderá ser promovida por aqueles que tem legitimidade constitucional.

O anteprojeto da lei supramencionada foi elaborado por exímios constitucionalistas, tais como, Celso Ribeiro de Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Arnold Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Oscar Dias Corrêa. Conforme se vê trata-se de uma bela comissão, que apesar das louváveis esforços para elaborar a norma, sofreu críticas tanto da técnica legislativa quanto do conteúdo a qual englobou.

Importante salientar que a referida lei teve como principal ponto norteador atacar a abundância de liminares que permeavam o Poder Judiciário. Há época o governo está extremamente preocupado em reduzir, gradativamente, os poderes dos juízes ou tribunais, que quando provocados intervinham em causas de relevância nacional sem que houvesse devido processo legal, ou seja, de forma abrupta, através de liminares decidiam as questões, o que causava embaraço na governabilidade do país. Com efeito, outorgando poderes apenas para o Supremo Tribunal Federal, órgão político no qual era constituído de pessoas de confiança do então Presidente atenderia seus interesses.

Críticas ferrenhas denotam-se das lições de Tavares e Rothenburg et al (2001, p. 86):

A lei, principalmente depois dos vetos que a mutilaram, tornou-se confusa e obscura, exigindo do intérprete um esforço hercúleo para desvendar seu significado. Ela introduziu institutos inteiramente novos no ordenamento jurídico pátrio – alguns até louváveis e necessários -, mas os disciplinou de modo assistemático e lacunoso, semeando dúvidas e incertezas, que decerto prejudicarão sua aplicação. Portanto, apesar dos esforços retóricos de seus defensores em demonstrar o contrário, é cristalino que a nova ação não foi instituída para construir instrumento de promoção de cidadania. A expectativa nutrida por José Afonso da Silva, de que o novo instrumento pudesse vir a ser “fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo Pretório Excelso”, não nos parece que foi atendida, pois é nítido que o objetivo central da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos moldes em que disciplinada pela Lei nº 9.882/99, traduz-se na defesa da governabilidade, e não nos direitos do cidadão.

Essas primeiras impressões que cercaram o instituto dão a dimensão da importância do estudo em tela, para que se possa adentrar nas características específicas deste novel diploma legal que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

4.1. Natureza jurídica

Muito embora denominada pela própria “Lei Maior Pátria” de “arguição”, não é possível dissociar sua natureza jurídica de ação constitucional, pelo fato de que da mesma forma dos demais meios de controle de constitucionalidade, está

imbuída na proteção das normas constitucionais, porém matéria nela discutida está vinculada a sua finalidade constitucional específica.

Lembrando que as semelhanças não se esgotam apenas nesta hipótese, já que também deverá ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, cujo procedimento será regido pela Lei nº 9882/99.

Nesse diapasão, sustenta o mestre da argüição Tavares (2001, p.230)

Na história constitucional brasileira sempre se adotaram que, não obstante sua natureza de ação, receberam do constituinte um *nomem iures* absolutamente próprio (sem similares). Essa circunstância não representava, porém, qualquer diferença significativa, embora não impedisse o reconhecimento de certas particularidades, como ocorre, ademais, entre as diversas espécies de ações judiciais assim identificadas.

Exemplo para ilustrar o entendimento de que mesmo sem ser denominada ação não deixa de sê-la, é a da hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Quando da Constituição de 1967 esta não era assim denominada, mas sim era chamada de representação interventiva, e apesar de muitas discussões, era considerada ação constitucional.

A dúvida atinente a natureza de ação do instituto estudado torna-se mais acentuada, tendo em vista que, de acordo com que será adiante enfrentado, é cabível tanto como ação autônoma quanto como incidente em ação principal. Dessa forma denota-se o que o meio de controle de constitucionalidade em comento possui caráter híbrido, diferenciando-se dos demais controles concentrados que somente podem ser impingidos na forma de ação principal e autônoma.

Além do mais, importante ressaltar que esse mecanismo de controle de constitucionalidade permite que haja a transposição do controle difuso para o concentrado. E mais, os efeitos de sua decisão pode ter um caráter endo – processual, permitindo o deslinde do processo no qual foi levantada, bem como um caráter extra – processual, atingindo pessoas que não são parte do processo.

4.2 Princípios basilares

As diferenças entre os institutos mais apropriadamente dos meios de controle de constitucionalidade estão justamente nos princípios que os englobam. O mesmo ocorre com a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por esta se deitar em alicerces próprios que a torna estanque dos demais remédios constitucionais que visam estabilizar o Estado de Direito.

Quando de sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, quer o constituinte quer o legislador ordinário alinharam uma série de princípios para estribar sua formulação, são eles, os princípios da primazia da Constituição, da subsidiariedade, da perpetuidade do Estado e da dupla modalidade funcional.

4.2.1 Princípio da primazia da Constituição

O princípio da Primazia da Constituição foi emprestado do direito constitucional alemão para fundar as estruturas da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Não sabe se de forma espontânea, mas o legislador ordinário ao instituí-la colocou no art. 1º, *in fine*, da Lei nº 9.882/99, o mencionado norteador deste meio de controle de constitucionalidade.

Constitui-se primazia da Constituição o seu poder de direcionar e controlar a vida de todos da sociedade, mas propriamente os atos do poder público em todas suas esferas, quais sejam administrativa, legislativa e judiciária, fazendo com que seu conteúdo esteja limitado com as normas constitucionais. É o que justamente ocorre com a Argüição existente no ordenamento, pois a lei expressamente declara serem objeto da ação atos do poder público eivado de inconstitucionalidade.

Art. 1º - A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar e reparar dano ou lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público.

Com isto observa-se que mesmo de forma implícita o legislador adotou o mencionado princípio. Permitindo que todo ato advindo do poder público seja controlado pela argüição de fundamentalidade, não apenas lei em sentido estrito, procura-se manter intangíveis os alicerces sustentadores do Estado Democrático de Direito.

Ao analisar o Recurso Constitucional Alemão instituto norteador do controle de fundamentalidade Hesse (1.999, p.167) disserta:

O primado do direito encontra configuração na primazia da Constituição e na primazia da lei, ele é assegurado por um controle judicial quase ilimitado.

Segundo o princípio da primazia da Constituição, nenhum ato estatal pode pôr-se em contradição com ela. Também a legislação está vinculada à ordem constitucional (art. 20, alínea 3, da Lei Fundamental), a Lei Fundamental proíbe rompimentos constitucionais (art. 79, alínea 1) e a escavação de direitos fundamentais (art. 19, alínea 2). Pela primeira vez na história constitucional alemã foi atribuída, com isso, à Constituição – também diante do legislador – força vinculativa ilimitada.

Com orientadora lição denota-se que a Constituição Federal não deve estar infensa apenas no que tange ao mundo jurídico, proposta dos demais meios de controle de constitucionalidade, mas sim, como quer o controle de fundamentalidade, com relação os atos jacentes dos poderes da república.

Nesta seara, forçoso diferenciar o princípio da Primazia Constitucional com o já estudado anteriormente princípio da Supremacia da Constituição. Entende-se por Primazia a estrutura voltada a fiscalizar os atos estatais em geral para que não ofendam o Texto Maior, dessa forma, constata-se que a argüição de fundamentalidade tem maior amplitude quanto ao objeto a ser atacado. Já em se tratando da Supremacia verifica-se a atuação dos meios de controle de constitucionalidade para albergar as normas constitucionais das leis ou atos normativos aviltadores.

Conclui-se, assim, que o princípio da Primazia é gênero quanto o da Supremacia é espécie deste gênero.

Impoluta lição do mestre Canotilho (2001, p. 245) ao alinhar as dimensões do Estado de Direito com relação a sua constitucionalidade:

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando - de ordem jurídico normativa fundamental vinculativa a todos os poderes públicos. A constituição confere a ordem estadual a aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o - primado do direito – do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito.

Enfim, com a proposta de tutelar a *Lex Superior* de todos os atos do poder público que não lhes sejam compatíveis material ou formalmente, pois está sustentada pelo princípio da Primazia da Constituição, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sendo utilizada da forma adequada ensejará o fortalecimento do Estado em todos os seus níveis de poder.

4.2.2 Princípio da subsidiariedade

O ordenamento jurídico pátrio se pautando nos institutos estrangeiros similares ao controle de fundamentalidade, tais como o *Verfassungsbeschwerde* alemã e o recurso de amparo espanhol, adotou expressamente o princípio da subsidiariedade no art. 4 § 1º da Lei nº 9.882/99 que preceitua “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”

Nesse sentido, Veloso (2003, p. 306) contempla o caráter excepcional da medida constitucional:

A nossa arguição 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 ele carente, insuficiente, ineficaz.

Tal interpretação literal do dispositivo é chamada de subsidiariedade residual, ou seja, a argüição de fundamentalidade poderia ser manejada quando não existisse qualquer outro remédio constitucional para restabelecer a ofensa aferida a Constituição. Assim, não cabe ADPF para considerar nulo a lei ou o ato normativo contrário as normas constitucionais, pois é a Adin o meio especial para esse combate. Da mesma forma ocorre com eventual declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo, que prefere a Adecon como forma especial de ação constitucional.

Oportuno ressaltar que essa interpretação redundaria no esvaziamento de futuro objeto a ser discutido em sede da argüição, isto em decorrência do amplo arsenal de remédios constitucionais existentes, nunca se encontrará espaço para sua utilização passando a ser o um controle de constitucionalidade inócuo, cuja grandiosa e principal finalidade é realinhar qualquer desvio constitucional que possa causar o desmantelamento do Estado Democrático de Direito.

Diante dessa crise existencial da argüição alguns doutrinadores passaram a entender que na verdade sua subsidiariedade é supletiva, isto é, utilizado todos os meios cabíveis para sanar a lesão aos preceitos fundamentais forem fadados ao insucesso surgiria então a possibilidade da interposição da ADPF.

Este posicionamento encontra respaldo na lição Tavares e Rothenburg *et al* (2001, p.27):

(...) o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais sempre haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via de argüição

Esta forma de explicitar a subsidiariedade da argüição traria ao instituto maior atuação na proteção das vestes constitucionais, porém passaria a ser a

“*ultima ratio*” no intento da defesa da instituição política e democrática, não deixando de ser um instituto raramente utilizado.

Permissa venia, adotando-se o princípio da subsidiariedade não existiria razão plausível para o legislador constituinte incluir este controle de constitucionalidade no sistema jurídico pátrio. A doutrina e a jurisprudência do STF majoritária erroneamente vem apontando a subsidiariedade da argüição ao invés de lapidar este novo instrumento visando solidificar as raízes alicerçadoras da República protegendo os preceitos fundamentais.

Urge, interpretação mais corajosa deste diploma constitucional previsto no art. 102, § 1º, da Magna Carta, não deve se ter receio de proporcionar ao cidadão maiores formas de combate aos desmandos públicos. A definição de um objeto próprio para argüição faz-se preemente.

Para corroborar este entendimento necessário citar majestoso ensinamento encampado por Tavares e Rothenburg *et al* (2001, p. 225):

A argüição em sua modalidade direta praticamente afasta o problema da subsidiariedade. Pode nem ser cabível ação direta de constitucionalidade (quando o objeto for ato normativo municipal ou anterior à Constituição ou infralegal, ou ato concreto do Poder Público) em razão da jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal. Quando o objeto também for passível de ação direta de inconstitucionalidade, em vez de subsidiariedade, haverá preferência para argüição, em função da maior importância da norma constitucional violada (preceito fundamental) e da relevância que venha ser reconhecida no caso à questão constitucional. No cotejo entre a fundamentalidade do parâmetro e a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, por um lado, e a subsidiariedade, por outros, aquelas hão de prevalecer.

Não há razão para o legislador ordinário impor a argüição a residualidade, isto porque ao criá-la o Poder Constituinte Originário não opôs qualquer limitação equiparando-a aos demais controles de constitucionalidade. Da mesma forma seria inadmissível estreitar o uso da ação direta de inconstitucionalidade dizendo sê-la residual.

4.2.3 Princípio da perpetuidade do Estado

Os preceitos fundamentais que merecem guarida no controle de fundamentalidade estão intrinsecamente ligados ao princípio da Perpetuidade do Estado.

Considerando que a Carta Política vigente trata-se do início de uma nova ordem social, política e jurídica imprescindível que seus esteios sejam devidamente protegidos para que se posterguem por tempo indeterminado. Todavia, devem existir meios hábeis para mantê-la intacta.

O novo Estado preconizado pelo Poder Constituinte Originário decorrente da vontade soberana do povo, através de seus representantes, merece ser imutável, tendo em vista que a pacificação da sociedade depende dos princípios democráticos amalgamados rígidos e esculpidos em norma supra legal.

A estabilidade do Estado Democrático enseja conseqüentemente maior segurança jurídica para aqueles que lhe pertencem. Sua linearidade depende exclusivamente do respeito a suas vigas mestras pelos órgãos políticos e jurídicos que o compõem, bem como de um sistema de proteção constitucional eficiente. São características que acarretam a confiança do povo daquele modelo estatal vigente.

Para ilustrar tais idéias oportuno enfatizar o que disserta Romano (1977, p. 103) sobre o princípio em voga:

Quanto ao tempo, costuma-se, afirmar que o Estado tem um caráter de “eternidade” ou de “perpetuidade”. Juridicamente e referida a cada Estado, esta afirmação significa que o Estado não surge por *tempus definitum* e que, portanto, considerada no seu complexo, não é uma vedação provisória, se bem que sua extinção possa não só verificar-se de fato, mas também ser prevista e regulamentada, quando se inicia o procedimento que deve conduzir a ela.

E é justamente nessa perspectiva da eternidade estatal imanente que afigura a importância de estancar todo e qualquer tipo de vazamento do seu conteúdo material sustentador.

Logo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o instrumento apto atender a idéia protetiva dos esteios que garantem a perpetuidade do Estado Democrático vigente.

4.2.4 Princípio da dupla modalidade funcional

Ponto crucial que distancia o controle de fundamentalidade dos demais meios de controle de constitucionalidade no que tange a sua modernidade é o fato da possibilidade de sanar vício de qualquer ato do emanado pelo Estado quer por via de ação direta característica inerente ao controle concentrado quer pela via incidental inerente ao controle difuso.

Ao acoplar esses dois modelos de controle de constitucionalidade em apenas um instituto a Lei nº 9.882/99 passou a ser um modelo “*sui generis*” e moderno de controle de constitucionalidade.

Com a possibilidade da defesa dos preceitos fundamentais pela via de ação e pela via incidental abre-se oportunidade para maior efetividade no seu controle, propiciando lógica e coesão do ordenamento jurídico face as normas fundamentais constitucionais. É por isso que nesse passo implica no melhor aperfeiçoamento do instituto em tela, tornando-o aplicável, completando o sistema de proteção constitucional pátrio.

Ademais, resta salientar que a Arguição confunde o sistema concentrado com o difuso, haja vista que o Supremo Tribunal Federal será sempre o órgão jurisdicionado competente para conhecê-la.

4.2.4.1 Arguição autônoma ou incidental

Conforme se extrai da Lei nº 9882/99 a arguição poderá ser autônoma ou incidental.

A argüição autônoma encontra previsão no “caput” do art.1º da Lei nos seguintes termos “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”.

Nota-se com o artigo transcrito que o legislador ordinário contemplou rigorosamente obediência a norma constitucional que prevê a argüição. A função deste instituto é fiscalizar as normas constitucionais especiais de forma objetiva e direta, sem que haja necessidade de discussão dependente ao seu par.

Ao lado da das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade forma o sistema de controle concentrado de constitucionalidade pátrio, movidas pelos mesmos legitimados estabelecidos na Magna Carta, através de processo objetivo, perante o Supremo Tribunal Federal, órgão guardião das normas constitucionais.

Na argüição de fundamentalidade necessário que o legitimado ao promovê-la indique na petição inicial a causa de pedir, nos termos do art. 3º, e incisos da Lei regulamentadora, qual seja, a indicação do preceito fundamental que se considera violado e a indicação do ato questionado. Fazendo prever estes dois requisitos estará se atendendo a *causa petendi* e a argüição será conhecida pelo Supremo.

Por sua vez, a argüição incidental estaria estabelecida por vários dispositivos espalhados pela Lei nº 9.882/99. Não obstante ser questão prejudicial da qual dependa processo principal, se trata de controle concentrado de constitucionalidade realizado *incidenter tantum* no seio de processo principal, vez que somente poderá ser processada e julgada pelo STF e manejada pelos legitimados estabelecidos pela Constituição Cidadã.

Oportuno ressaltar que a forma incidental da argüição é que se equipara aos institutos do direito comparado os quais foram usados como base para sua criação, quais sejam, o *Verfassungsbeschwerde* alemão e o recurso de amparo

espanhol, que permitem levantar a questão de inconstitucionalidade perante a Corte Constitucional no meio de processo judicial subjetivo.

São três os dispositivos legais que expressamente permitem a argüição incidental, nos seguintes termos:

Art. 1º, parágrafo único, inciso I, “caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”

Art. 5º, §3º, “a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento do 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. 6º, §1º, “se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações, designar peritos 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.”

Evidente a existência da argüição incidental, contudo a Ordem dos Advogados do Brasil interpôs a Adin nº 2231 questionou a constitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º e do art. 5, § 3º da Lei, sustentando que foi ampliada a competência do Supremo Tribunal Federal através de lei ordinária, o que não é possível.

Sem embargos a Adin 2231 interposta pela OAB, Tavares e Rothenburg *et al* (2001, p. 63) explanam sobre a incidentalidade da argüição:

Há uma argüição incidental, ao lado daquela exercida por ação, porque a controvérsia com “relevante fundamento” à qual faz menção o parágrafo único do art. 1º só pode ser aquela que se apresenta em juízo, e não qualquer controvérsia que se instale entre particulares. A controvérsia, no sentido técnico, é aquela instaurada perante o Judiciário ou levada ao conhecimento deste. Auxilia o reconhecimento dessa modalidade a apreciação do disposto no inciso V do art. 3º da Lei da Argüição, que exige que se apresente, conjuntamente com a petição inicial, “se for o caso, a comprovação da existência da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”. O cumprimento do artigo impõe apenas para a argüição incidental. Daí a eventualidade (“se for o caso”) da aplicação do mesmo.

Sente-se que se daria a controvérsia relevante preconizada pela Lei da Arguição nos mesmos moldes da recentemente estabelecida pela Emenda 45 para o recurso extraordinário interposto diante do STF. Caberá aos operadores do direito aguardar o entendimento da Alta Casa para melhor definição do termo.

Ademais, no que tange a arguição não tem mais fundamento esta limitação, tendo em vista que o art. 2º, inciso II, da Lei estudada foi revogado, no qual permitia a qualquer pessoa propor a arguição, justamente pelo medo de abalroar de ações aquele órgão de cúpula.

4.3 Do preceito fundamental e os direitos humanos

Ao contrário de um de seus precursores, qual seja, o Recurso Constitucional alemão, nem a Constituição Federal nem a Lei nº 9.882/98 prescrevem quais seriam os preceitos fundamentais que se violados ensejariam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Constituição alemã elenca quais as normas são dotadas de fundamentalidade e se atingidas poderá permitir que qualquer legitimado faça uso do Recurso diante do Tribunal Constitucional. Segundo Hesse *apud* Tavares e Rothenburg *et al* (2001, p. 211) “ o recurso constitucional só está dado em violação aos direitos fundamentais enumerativos citados”, observando que aquela Constituição permite interpretação extensiva dos preceitos elencados.

No entanto, tanto a norma constitucional quanto a legislação ordinária pátria que instituíram a arguição de fundamentalidade não trouxeram limites para fixar o que seriam os preceitos fundamentais. Nesse passo, agiu com acerto o legislador constituinte e ordinário ao deixar que a jurisprudência na análise de fato concreto pontue no caso posto *sub judice* o que se configura preceito fundamental, permitindo maior adequação da norma constitucional a realidade histórica, política e cultural da sociedade.

Caberá aos interpretes do direito constitucional valorar acontecimentos reais do cotidiano da população para aplicar com correção a argüição. Destarte, observa-se a aplicação da tríade estrutural do direito erigido pelo insigne Reale (1.999, p. 54) que desdobra o relacionamento “fático-axiológica-normativa de qualquer porção ou momento da experiência jurídica oferecido à compreensão espiritual”

Nesse diapasão, leciona Veloso (2003, p. 295):

(...) não poderia o legislador apresentar um elenco definitivo, um painel pronto e acabado dos preceitos fundamentais, pois a Constituição, apesar do ideal da estabilidade, é um documento histórico - cultural do povo. Embora lentas, as transformações são inevitáveis, ditando, como disse Krüger, uma mudança de natureza das normas constitucionais. O que se pode considerar preceito fundamental, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, pode ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo. O texto do dispositivo está inserido num certo fático-político-social que, variando, determina a moderação do conteúdo do preceito. Inversamente, o fenômeno pode transformar, futuramente, em preceito fundamental o que não tem esse *status* atualmente. Como já alertamos outras vezes, o texto constitucional não pode ficar entorpecido, imóvel, parado, se a realidade subjacente caminhou, evoluiu, mudou.

Diante do narrado vê-se que o encargo para definição do que são preceitos fundamentais caberá aos juristas constitucionalistas ocupados em desvendar esse portentoso meio de controle de constitucionalidade.

Vozes abalizadas elaboram posicionamentos fixando sendo as normas e princípios constitucionais revestidas pelo manto da “petrealidade” as capazes de serem objeto material da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Oportuno ressaltar que tais disposições são imodificáveis, quer seja pelo legislador ordinário quer seja pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

Note que o binômio preceito fundamental enjaula as disposições normativas e princípios constitucionais que traduzem a vontade soberana do povo na escolha do Regime Político Democrático, deixando transparecer com evidência que os preceitos fundamentais são aqueles ostentadores do suporte estatal. Em razão de serem normas essenciais a estrutura estatal, um sistema protetor para

garantir sua manutenção torna-se imprescindível para sustentar o Complexo Jurídico Constitucional.

Com a costumeira competência e habilidade locutória o mestre constitucionalista Mendes (1996, p.11), obtempera:

“Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do Art. 60, §4º, da Constituição Federal; princípio federativo, a separação dos poderes, o voto direto, universal e secreto.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados princípios sensíveis, cuja a violação pode dar ensejo a decretação de intervenção federal nos Estados –membros (Constituição Federal, art. 34)”

E prossegue ainda o doutrinador:

“É fácil ver que a amplitude conferida as cláusulas pétreas e a idéia de unidade de Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Como observado na doutrina alemã, tal tendência não exclui a possibilidade de engessamento da ordem constitucional, obstando qualquer mudança significativo.”

Nada obstante considerar serem preceitos fundamentais as cláusulas pétreas que, não se pode olvidar dos princípios sensíveis que embora tutelados por outro instrumento de controle de constitucionalidade, qual seja, a intervenção estatal, tratam-se de normas constitucionais de suma importância para o aperfeiçoamento da estrutura institucional pátria. O art. 34, inciso VII, diz serem tais princípios, a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático, b) direitos da pessoa humana, c) autonomia municipal, d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta, e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Ao lado dessas normas pode se acrescentar como sendo preceito fundamental os dispositivos elencados nos arts. 1º a 4º da Lei Maior, que alinham a forma federativa do Estado, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, independência e harmonia entre os poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico.

Ademais, consideram-se preceitos fundamentais os direitos e garantias fundamentais preconizados pelo art. 5º, da Lei Superior. Sentem-se essenciais, tendo em vista que ao aplicar e efetivar qualquer norma constitucional, se manterá intacto os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana com o devido respeito a sua dignidade e vontade. Irrefutável a necessidade de preservação desses dispositivos constitucionais, já que nada teria sentido na existência de um Estado Social Democrático no qual não perpetuasse a tutela dos direitos mínimos dos cidadãos.

Forçoso descrever lição preconizada por Mandelli Jr (2003, p. 120) ao enfrentar o tema:

A finalidade de um controle de constitucionalidade é a preservação do poder do povo, expresso em uma Constituição social e democrática. Os instrumentos de controle devem se prestar à proteção dos direitos fundamentais, sob pena de desvio de finalidade e desmantelamento do estado Social Democrático de Direito.

Ainda, em obediência aos princípios fundamentais do Estado brasileiro – inclusive a dignidade da pessoa humana – e a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, devem os direitos fundamentais – todos eles – ser considerados como parte de um núcleo intangível (clausulas pétreas), dando uma abrangência compatível ao art. 60, § 4º, IV, da C.F.

Ao definir-se que as mencionadas normas constitucionais preferem um sistema diferenciado de tutela verifica-se a existência de uma hierarquia entre as normas constitucionais, levando em consideração a estruturação estatal, limitação dos poderes, direitos e garantias fundamentais. Conforme desvenda Canotilho (2002, p. 1.047) as idéias constitucionais se dividem nos princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias básicas da ordem constitucional que devidamente estancados, faz-se com que paire sobre os cidadãos um sentimento de força jurídica e política constitucional.

Toda a norma aventada compõe o núcleo central da Constituição do qual devem espriar e se orientar as demais. Não como negar a existência de hierarquia dentre as normas constitucionais, pois umas constituem linhas mestras e outras desdobramento lógico dessas.

Brilhante e estarrecedora as preleções de Tavares (2001, p. 123) que obtempera:

(...)a fundamentalidade de certos preceitos recorrendo à idéia de QUINTANA no sentido de identificar uma “alma” constitucional. Para o emérito constitucionalista “a alma ou o espírito da Constituição está conformada pelo complexo integral e orgânico, dos valores essenciais filosóficos, morais, históricos, sociais, jurídicos, econômicos, etc. assim como dos ideais, finalidades, propósitos e, em geral, condições que inspiram, animam e fundamentam a totalidade ou parte qualquer do texto do corpo da Constituição, enquanto leis funcionais, fundamentais e supremas do país”.

PIERANDREI reconhece que existe um núcleo central da Constituição, em torno do qual esta obtém uma integração. Em lição extremamente apropriada, da qual se pode partir para todo o desenvolvimento do que se denominará “preceitos constitucionais fundamentais”, o autor revela que, “naturalmente, a operação interpretativa não pode ser considerada finalizada senão quando a norma tenha sido estudada – de maneira sistemática – em suas relações com os demais preceitos, em sua ligação dentro do âmbito da Constituição.

Denota-se que qualquer movimento estatal que faça ruir a estrutura do Estado Social Democrático de Direito e do Regime Político causará indubitavelmente uma inconstitucionalidade qualificada em face de importância das normas constitucionais que lhe dão sustento. Evidente, assim, a importância da definição da fundamentalidade das normas a serem englobadas e do próprio instituto da arguição em testilha.

Insta ressaltar que o conteúdo material dos objetos sindicáveis pela arguição são de extrema importância e em decorrência da inteligência do legislador ordinário se restringiu a utilização desta, causando óbice para ampliação da defesa dos preceitos fundamentais mencionados alhures.

4.4 Área de atuação jurídica

Para desvendar quais serão os objetos sindicáveis pela arguição de descumprimento de preceito fundamental preciso se faz analisar de maneira conjunta os art. 1º, “caput” e parágrafo único, inciso I, e o art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99.

O art. 1º, “*caput*” indica inicialmente que a medida constitucional em epígrafe será manejada para obstar ou sanar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público. Em seguida o par. único, inciso I, do mesmo dispositivo alinha que serão passíveis da argüição quando for “relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”

Assim, constata-se que a argüição será oponível quando ato do poder público aviltar as normas constitucionais dotadas de fundamentalidade, observando sempre que poderão ser seus objetos, atos não normativos, leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais, e leis ou atos normativos anteriores à Constituição Federal.

Ressalta-se que com o meio de controle de constitucionalidade em testilha ampliou-se o quadro de atos estatais que serão submetidos aos vigos constitucionais, em razão, conforme já explanado anteriormente, deste estar sendo norteado pelo princípio da Primazia da Constituição.

Ademais, para definir o campo de atuação jurídica da ADPF importante observar o disposto no art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 o qual dispõe sobre a subsidiariedade deste mecanismo de defesa constitucional. Todavia, sua aplicação deve ser dada com ressalvas e razoabilidade, tendo em vista possuir objeto próprio, apartado, que não pode ser atacado por nenhum outro meio. Isto se denota do simples fato de ato normativo ou lei municipal ou anterior Constituição poderem ser questionadas sua constitucionalidade unicamente pela argüição. Dessa forma, será meio subsidiário quando de outra forma não atingir o seu intento de tirar do sistema normativo lei ou ato normativo federal ou estadual.

4.4.1 Proteção dos atos não normativos do Poder Público

De acordo com que já foi acima aventado houve, através da ADPF, ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal para reconhecer a

constitucionalidade ou não dos atos do Poder Público obstando se aviltar preceito fundamental esculpido no Diploma Maior.

Os atos do poder público são gênero dos quais os dos poderes executivo, legislativo e judiciário são espécies. Enquanto nos demais meios de controle de constitucionalidade somente era possível aventar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, com o presente instrumento de controle de constitucionalidade passou a ser possível declarar inconstitucional os atos infralegais, não normativos.

Consideram-se atos do poder público todo aquele emanado de órgão ou instituição pública criadas para efetivar a existência e a finalidade estatal, seja na esfera federa, estadual ou municipal, na persecução do interesse público.

Com efeito, excluem-se da sindicância pela argüição os atos jurídicos que não se enquadram no âmbito estatal, isto é, aqueles atos que regulam a vida privada dos cidadãos, por exemplo, os atos particulares não revestidos de autoridade pública, normas de natureza privada, como regulamento de associações ou de empresa, e assim por diante.

Nesse passo, pode se destacar alguns atos estatais aceitáveis de serem tutelados pelo controle de fundamentalidade, quais sejam, os atos políticos, os atos normativos secundários e os atos realizados por particulares investidos de autoridade pública.

Considera-se atos políticos ou de governo aqueles exercidos com certa discricionariedade pelo agente público, subordinando-se única e exclusivamente pelos ditames constitucionais que lhe outorgam competência, são exemplos, a concessão de indulto, a iniciativa de lei pelo Poder Executivo, a decretação de intervenção, a declaração de guerra ou a celebração de paz, a nomeação de ministros de Estado, a sanção de projeto de lei ou veto político. Trata-se de atos passíveis de controle, haja vista o disposto no art. 5º, XXXV, da C.F., segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

direito”, da mesma forma essa Carta permite no art. 102, III, a interposição de recurso extraordinário quando a decisão recorrida “julgar válida lei ou *ato de governo* local contestado em face desta Constituição”, não pode se alegar a ingerência entre poderes para se escusar a defesa da supremacia da Constituição.

Interessante a discussão que ocorreu na ADPF 1-RJ, na qual foi discutida a possibilidade de considerar inconstitucional o veto parcial, imotivado, do projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal pelo Prefeito Municipal do Rio de Janeiro. Na oportunidade o STF não conheceu da argüição justamente sustentando a violação ao princípio da separação dos poderes. No entanto, não agiu com justiça a Suprema Corte, já que apesar de ato discricionário do Chefe do Executivo o veto de projeto de lei, por força constitucional, deve ser motivado, e não o foi, apesar da autonomia sua conduta deve estar em consonância com a Lei Superior.

Serão, também, atos sindicáveis, os atos normativos secundários, tais como decretos, portarias ou regulamentos que disciplinam a eficácia da lei, quando não observarem o princípio da reserva legal. Esses atos se eivados de inconstitucionalidade podem causar patente violação ao Estado de Direito, ao princípio da separação dos poderes e a Supremacia da Constituição.

Até o advento da ADPF nenhum outro mecanismo de controle de constitucionalidade era capaz de extirpar os atos normativos secundários do meio jurídico, já que o STF não entendia inconstitucional mas ilegal o ato dessa natureza portador de desvio. Este é o entendimento que o Min. Celso de Mello, atuando como relator deixou transparecer na AdinMC 1347-DF, j. 05.09.1995, DJU 01.12.1995, p. 41.685:

O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim, estar-se-ia em face de uma situação inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.

Entretanto, com a argüição de fundamentalidade, dando maior completude ao sistema concentrado de controle de constitucionalidade, mitigou a falta de instrumento constitucional capaz de sanar inconstitucionalidade de ato regulamentador apontada pela jurisprudência.

Ademais, atendendo as novas demandas sociais inerentes a modernidade das relações jurídicas entre os entes públicos e os privados, com a devida interpretação, o controle de fundamentalidade poderá ter atuação nos atos realizados por particulares investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. Essa posição se sustenta utilizando de forma análoga a regra do mandado de segurança, que encontra respaldo constitucional no art. 5º, inciso LX, que reza “quando o responsável por ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou *agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*” (grifo nosso)

Nessa seara, corroborando esta tese afirma Tavares e Rothenburg *et al* (2001, p. 92):

Parece-nos que os atos privados que, por sua natureza, forem equiparáveis à ação estatal, poderão sujeitar-se também ao controle por via de ADPF, caso inexista outro meio para sanar a lesividade. Num contexto como o atual, em que a tônica constitui substituição do Estado por atores privados, por meio de desestatizações, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada, e outros mecanismos assemelhados, é assaz importante vincular estes atores ao respeito aos direitos fundamentais e a Constituição, mediante todos os meios e remédios disponíveis.

Ressalta-se em decorrência da crise do Estado Social em oferecer serviços essenciais aos seus cidadãos outorga-se a entes privados o direito de presta esses serviços, no entanto, restará a esses entes, da mesma forma respeito aos direitos mínimos fundamentais estabelecidos no Texto Magno.

4.4.2 Tutela à constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais

Irrefutável, é que o Estado brasileiro é uma federação indissolúvel formada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme está cristalizado no dispositivo vestibular da astuta Carta Magna.

Na lavra de Ferrari *apud* Flores (2002, p. 92) a República Federativa do Brasil constitui-se “um tipo de Estado descentralizado politicamente, cuja competência dos entes jurídicos parciais decorre de previsão constitucional”.

Face ao desmembramento da organização política – administrativa pátrio concedeu-se constitucionalmente aos municípios competência legislativa, sob a luz dos incisos I e II do art. 30. Denotando-se autonomia legislativa aos municípios sobre as matérias que são de sua alçada.

Todavia, evidente que a produção legislativa exercida pelos municípios não deve estar desvinculada da hierarquia constitucional, justamente para manter retilínea sua relação entre a União e o Estado. E mais, para não afrontar a soberania constitucional as normas municipais deve estar em consonância com os ditames previstos na Constituição.

Para tanto, necessário a existência de um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais. Hodiernamente, tais normas somente poderão ser controladas pelo STF através do controle difuso de constitucionalidade se manejado o recurso extraordinário.

Não pode se olvidar que a própria Constituição Federal no seu art. 125, §2º permite o controle concentrado de constitucionalidade pelos Tribunais de Justiça dos Estados, das leis municipais que aviltem disposições da Constituição Estadual respectiva, através de ação direta de inconstitucionalidade.

O tema encerra maiores discussões quando normas municipais falseiam parâmetros constitucionais. Inelutavelmente, a doutrina e a jurisprudência uníssona entendem impossível que os Tribunais estaduais assentem decisão nessa seara, pois nem ao Supremo foi atribuída tal competência, muito menos as

Cortes inferiores seriam dada tal atribuição, para proferir decisão *erga omnes* sobre a inconstitucionalidade de normas municipais.

Com a costumeira maestria Flores (2002, p. 100) prescreve:

Ao Supremo Tribunal Federal foi deferida por disposição expressa, a guarda da Constituição. Não que os outros órgãos do Poder Judiciário – juízes e tribunais – não devam zelar pela aplicação e preservação dos ditames constitucionais. Ao contrário, a supremacia da Constituição reside, exatamente, na máxima efetividade das normas superiores. Entretanto, decisões que afetem diretamente a Constituição Federal e que, por isso mesmo, produzam efeitos em todas relações jurídicas em que o assunto for ventilado, devem ser centralizadas em um órgão de cúpula. À evidência, o Supremo Tribunal Federal. Ao se admitir que os Tribunais dos Estados pudessem firmar posicionamento sobre uma norma perante a Constituição Federal, com eficácia de coisa julgada *erga omnes*, estar-se-ia estabelecendo vinculação da Corte Suprema a decisão emanada de órgão hierarquicamente inferior.

Outra vez a argüição de fundamentalidade adentra em cena no ordenamento jurídico como consolidadora do sistema de controle de constitucionalidade e norteadora da Primazia da Constituição, pois através dela torna-se possível contestar a permanência no ordenamento jurídico municipal de lei ou ato normativo que viole os preceitos fundamentais nela estabelecidos.

De tal sorte que o órgão de cúpula, qual seja, o Supremo Tribunal Federal se afirma como guardião da Constituição passando a conhecer questões de inconstitucionalidade no âmbito municipal, pelo controle concentrado de constitucionalidade, tendo como meio a argüição, o que até então era possível simplesmente através do recurso extraordinário, ou seja, pela via de exceção.

Inaltecadora do instituto são as palavras de Tavares e Rothenburg *et al* (2001, p. 93):

Aliás, a nosso ver, é digna de encômios a extensão do controle abstrato a lei municipal, que permitirá o Supremo Tribunal Federal resolver, de uma só vez por todas e com eficácia *erga omnes*, as controvérsias envolvendo a constitucionalidade do Direito municipal, evitando com isso o congestionamento ocioso do Judiciário, acarretado pela repetição desnecessária de demandas idênticas, com atrasos na prestação jurisdicional e riscos à isonomia do jurisdicionado. E nem se diga que tal extensão agrava a sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal, hoje já tão assoberbado, pois cada ADPF sobre lei municipal julgada

corresponderá seguramente, a um grande número de recursos extraordinários, envolvendo a mesma questão, que o Pretório Excelso não terá de apreciar.

Segundo entendimento de Veloso (2002, p. 297) o controle jurisdicional de constitucionalidade pátrio carecia de meio um direto, eficaz e rápido em relação às leis municipais afrontadoras à Constituição Federal.

4.4.3 Tutela às normas anteriores a Constituição Federal

Antes da ocorrência do instituto da argüição a maioria absoluta dos julgados pretorianos direcionavam pela não admissão de ter como objeto no processo objetivo de controle de jurisdicionalidade leis ou atos normativos anteriores à Constituição Federal.

Entendiam os Ínclitos Julgadores do STF que o conflito de normas “entre o direito infraconstitucional pretérito e a nova Constituição deve ser equacionado por meio do critério cronológico de resolução de antinomias, e não pelo critério hierárquico” (TAVARES e ROTHENBURG *et al*, 2001, p. 94), isto é, as leis ordinárias anteriores a Magna Carta que não lhe sejam compatíveis aplicar-se-á o fenômeno da recepção, devendo a lei ser revogada e não declarada inconstitucional, pela ocorrência de uma nova ordem jurídica e política.

Oportuno transcrever parte da lavra do Ministro Paulo Brossard na análise da Adin 02-DF, j. 06.02.1992, DJU 21.11.1997, p. 60.585 que leciona:

(...)o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente, nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as.

Não obstante, outras vozes surgiam daquele Excelso Pretório pugnando pela possibilidade de que lei anterior a Constituição seja objeto de controle concentrado de constitucionalidade, o que influenciou na instituição da Lei nº 9.88/99 que regula a argüição a autorizar seja ela manejada contra atos do

legislativo precedente a Constituição. Seus astutos defensores eram o ministros Neri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Gilmar Ferreira Mendes.

Imperioso ressaltar que esta lacuna no controle abstrato de normas de possuir instrumentos com efeito *erga omnes* para extirpar do ordenamento jurídico normas infranconstitucionais anteriores a Lei Maior, até então, causará constante instabilidade, incerteza e insegurança jurídica na visão dos operadores do direito.

Para preencher esta lacuna a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por disposição expressa em lei, pode ter como objeto sindicável leis ou atos normativos precedentes a Constituição fechando assim o arcaçouço do controle de constitucionalidade das normas. Entretanto, destaca-se que a matéria da norma a ser atacada deve ferir preceito fundamental nos parâmetros narrados alhures.

4.5 Legitimados

Ocorrendo violação a preceito fundamental por ato do poder público conforme orienta o art. 2º da Lei nº 9.882/99 poderão propor perante o Supremo Tribunal Federal a argüição os mesmos que estão pelo art. 103, da Constituição Federal autorizados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Denota-se com uma simples análise do texto legal que a labuta neste processo não se enquadra na esfera privada daqueles que figuram no pólo ativo ou passivo da ação. Os legitimados agem com intuito de zelar pela supremacia da Lei Maior e, por conseqüência, pela soberania da vontade popular. Trata-se de um processo objetivo que visa extirpar ato do poder público que avilte os preceitos fundamentais insculpidos no Diploma Maior, não é processo de índole subjetiva no qual os litigantes almejam interesses particulares.

Quando deparados com normas ou atos do poder público que atinjam o Texto Magno estão legitimados para propor a Argüição de Descumprimento de

Preceito Fundamental, consoante com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 45/04, o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara do Deputados, a mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, Partido Político com representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional, mais a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.

Incontestável no que tange a argüição autônoma serem estes legitimados delimitados para propô-la, face ser oriunda de processo objetivo com finalidade única e exclusiva de discutir a afronta da norma frente aos preceitos fundamentais. Há, por outro lado divergência na seara da argüição incidental. O art. 2º, inciso II, vetado pelo Presidente da República previa que qualquer do povo ameaçado ou lesado por ato do poder público poderia propor a referida argüição.

O Presidente da República motivou seu veto sustentado que aquele dispositivo legal traria a Supremo Tribunal Federal problemas de ordem funcional, tendo em vista que aumentaria demasiadamente o número de processos a serem analisados por este órgão de cúpula devido ao acesso individual e irrestrito. Ademais, salienta que abrir as portas do Supremo para o cidadão questionar a constitucionalidade de leis não se coaduna com o sistema do controle concentrado de normas, bem como não existiu nenhum requisito que viesse barrar a demanda de processos.

Contudo, o veto presidencial sente-se que esvaziou o escopo maior da argüição, qual seja, ampliar os rumos democráticos aos quais o país está alcançando. Note-se que a argüição visa varrer os atos do poder público que afetem preceitos fundamentais constitucionais, sendo que os próprios cidadãos são os mais afetados com condutas do poder público que sejam inconciliáveis com a ordem constitucional, devendo lhes ser dado instrumento para desobstruir o seu direito, podendo exercer plenamente a cidadania.

Nessa seara, não pode se olvidar que a própria natureza da argüição constitui óbice para o abalroamento de processos junto ao Supremo. O controle de constitucionalidade por ela exercido é específico, já que somente poderá ser suscitado quando houver descompasso entre ato emanado do ente estatal e preceitos fundamentais constitucionais, isto é, das normas especiais que cercam o Estado de Direito.

Importante destacar a lição de Tavares (2001, p. 321) na defesa da amplitude dos legitimados para propor a argüição:

(...) a argüição – embora inserida no controle de constitucionalidade – guarda uma particularidade que lhe confere uma tônica própria quando da análise de argumentos como estes que aqui se expõem, no que respeita à admissibilidade de sua propositura. É que ela já se encontra constitucionalmente delimitada pelas normas que lhe podem servir de parâmetro para fins de averiguação do descumprimento, apenas os preceitos fundamentais, decorrentes da Constituição. Isso, só por si, é capaz de evitar uma indesejável avalanche de processos perante a Corte Suprema, porque nem toda violação da Constituição será capaz de embasar a novel medida.

Além deste respeitoso entendimento, não pode se esquecer de que o próprio art. 1, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99, que autoriza a argüição incidental, traz em seu bojo outro requisito que restringe ainda mais a utilização da argüição, qual seja, o “relevante fundamento da controvérsia constitucional” que deve ser analisada pelos ministros do órgão máximo.

Destarte, parece infundada a tese do Presidente da República ao vetar a argüição, que poderia aproveitar a oportunidade para abrir aos cidadãos a porta da democracia e do exercício da cidadania.

Seguindo esta linha conservadora no que tange aos legitimados a perpetrar instrumento apto ao controle de constitucionalidade, com razão neste aspecto, o Supremo dividiu os defensores da Constituição estabelecidos em seu art. 103, em universais ou neutros e não universais ou especiais.

São considerados legitimados universais, que não necessitam comprovar pertinência temática para propor as medidas de defesa constitucionais, o

Presidente da República, a Mesa da Câmara do Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido Político com representação no Congresso Nacional. Confere-lhes esse poder por representarem toda a coletividade, tendo interesse em preservar a soberania da Constituição.

Ao contrário, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou o Governador do Distrito Federal e a Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, têm a necessidade de demonstrar pertinência temática para que seja conhecido pelo STF qualquer dos meios de controle de constitucionalidade por eles manejado. A lei federal ou estadual ou ato do poder público objeto de ação de constitucionalidade movida por um desse legitimados deve causar impacto na esfera da autonomia estadual.

Nesse passo, a mesma interpretação deve ser dada aos legitimados para propor a argüição de descumprimento.

O veto do art. 2, inciso II, tornou inaplicável o disposto no art. 2, §1º, da lei nº 9.882/99 que preconiza:

Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador – Geral da República, que, examinado os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

No entanto, pode se argumentar que apesar do veto do inciso II, do art. 2º, do qual este dispositivo faz remissão, face ao direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, a), da Lei Superior, poderá qualquer pessoa do povo representar ao Procurador Geral da República que irá realizar rigorosa análise e juízo de admissibilidade para verificar a viabilidade da propositura da argüição.

Ponto timidamente explorado pela doutrina é a legitimidade passiva do controle em tela, isto é, quem poderá figurar no pólo passivo da ação. Com a

criação do instituto da argüição houve a ampliação daqueles que podem serem legitimados a responder a demanda.

Denota-se que o instituto ampliou o objeto do controle de constitucionalidade, podendo ser matéria de discussão de constitucionalidade qualquer ato do poder público, até então, apenas leis ou atos normativos poderiam ser questionados sobre sua constitucionalidade. Ao abarcar maior objeto, distendeu a legitimidade passiva para todas as autoridades ou órgãos do Poder Público do qual tenha emanado ato vicioso quanto sua constitucionalidade.

Ao final, importante destacar que o Advogado-Geral da União funcionará obrigatoriamente como curador do ato impugnado, seguindo a regra dos demais meios de controle de constitucionalidade, conforme prevê o art. 103, §2º da C.F..

4.6 Efeitos da decisão da argüição de descumprimento de preceitos fundamental

Uma vez provocada a jurisdição do Tribunal Constitucional, caberá a ele decidir sobre a inconstitucionalidade ou não da norma em abstrato objeto do controle concentrado de constitucionalidade. No fim do processo objetivo o órgão entregará o provimento jurisdicional para o qual foi invocado, qual seja, sua decisão sobre o tema. Esta decisão deve redundar na retirada da lei inconstitucional do ordenamento jurídico, já que considerada inapta com a ordem jurídica posta.

Além disso, tal decisão repercute de forma diferenciada no mundo jurídico com relação as demais decisões do judiciário, que atingem apenas as partes envolvidas no processo.

No controle concentrado de constitucionalidade, consoante ao art.102, §2º, com nova redação dada pela emenda 45/04, do Diploma Maior, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações constitucionais, incluída argüição de descumprimento de preceito federal, terão

efeito contra todos e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como os entes da administração pública direta e indireta, nas esferas federais, estaduais e municipais.

É de rigor que contra a decisão não poderá ser proposta ação rescisória ou qualquer tipo de recurso que venha questioná-la, o máximo que será permitido é a oposição de embargos de declaração, para tornar intelegível parte duvidosa.

Na argüição verifica-se uma peculiaridade quanto aos seus efeitos, haja vista que o art. 11 da lei regulamentadora autoriza a manipulação dos efeitos na decisão da argüição de fundamentalidade.

4.6.1 Efeitos vinculante e erga omnes

O legislador de forma expressa consignou no §3º, art. 10, da Lei nº 9.882/99, que a decisão que encerra o processo da argüição terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Público.

Não só na argüição mas como nos demais meios de controle de constitucionalidade essencial para plena eficácia da tutela constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional que esteja atrelado a ela os efeitos *erga omnes* e vinculante, isto porque assegura a supremacia das decisões advindas deste órgão do judiciário, bem como garante que os efeitos da decisão se espraia por todo território nacional.

Elucidativo é o ensinamento de Miranda *apud* Mandelli Jr (2003, p. 172):

Só esta concepção é compatível com a defesa da Constituição, só ela impede que tais sentenças venham como que adquirir força constitucional, por não mais poderem ser reformadas, só ela assegura plena liberdade de julgamento do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais, só ela obsta à fraude à Constituição que seria qualquer órgão ou entidade com poder de iniciativa requerer a apreciação de certa norma para, uma vez obtida uma decisão de não inconstitucionalidade, impedir que noutro momento, em qualquer Tribunal ou no próprio

Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, essa norma viesse a ser argüida.

Em regra, todos os controles de constitucionalidade trazem previsão que garante que a sua decisão seja oponível contra todos, isto porque a força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade é inerente ao desejo da declaração. No caso da decisão da argüição quando atacar ato normativo que possui regulamentação geral e abstrata, fácil constatar que todas as pessoas deverão respeitar a decisão. No entanto, quando o objeto sindicável for qualquer outro ato de ente estatal de efeitos mais concretos, ligados ao cotidiano das pessoas, um número mais restrito delas serão atingidas.

No que tange, o efeito vinculante da decisão da argüição de descumprimento de preceito fundamental pode se dizer que esta qualidade a ela auferida se assemelha em alguns aspectos aos precedentes jurisprudenciais americanos conhecidos como *stare decisis*. Este difere daquele, tendo em vista ser extraído de um caso concreto, através da via difusa de constitucionalidade.

Importante ressaltar que a decisão vincula sem sombra de dúvidas todos os órgãos do Poder Judiciários caracterizando ser o STF um órgão de cúpula do qual os demais são hierarquicamente inferiores e devem respeito. No âmbito administrativo, de forma inovadora, a decisão da argüição passou a vincular as autoridades administrativas as quais não poderão praticar atos violadores aos preceitos fundamentais presentes na constituição.

Todavia, não terá o condão de vincular os atos do Poder Legislativo, para obstar que elabore ato normativo com o mesmo conteúdo, haja vista que este deter Poder Reformador das normas constitucionais, abrindo a possibilidade para que uma norma antes considerada inconstitucional passe a estar em conformidade com a Lei Maior. Mesmo porque violaria a independência dos poderes e a flexibilização das normas constitucionais acarretando dissonância entre a realidade social e estas.

4.6.2 A manipulação dos efeitos na decisão da argüição de descumprimento de preceito fundamental

A Lei que regula argüição traz dispositivo inovador, no qual autoriza o Supremo Tribunal Federal manipular os efeitos inerentes a decisão da ação, conforme se extrai da redação do 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 seus efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixado.

Depreende-se deste dispositivo a outorga ao Supremo Tribunal Federal de determinar os limites de efetividade e aplicabilidade da decisão lavrada. Assim, o órgão de cúpula se incumbiria de restringir ou ampliar de acordo com a necessidade do caso os efeitos inerentes de uma decisão de controle concentrado de constitucionalidade.

Com sucinta análise da referida regra, observa-se a necessidade da presença de alguns requisitos para que nasça a possibilidade da determinação da manipulação dos efeitos da decisão da argüição de fundamentalidade.

Primeiro requisito que salta aos olhos, de índole objetiva, é a necessidade da decisão na argüição ser proferida por maioria de dois terços dos seus membros. Outro requisito, cuja essência é subjetiva, é a exigência de se encontrar no caso concreto motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Assim, perfazendo tais requisitos será possível distender a amplitude ou restringir os efeitos da decisão da argüição.

Com base naquilo que fora estudado no presente trabalho é possível definir que o controle de constitucionalidade nacional contém raízes tanto no controle austríaco como no americano. Ambos sistemas de controle de constitucionalidade trazem efeitos distintos da decisão, o que confunde muitas vezes os doutrinadores, que ora defendem serem “ex tunc” ora “ex nunc”.

Não obstante o imbróglio jurídico constitucional causado pela opção dupla de sistema de controle de constitucionalidade, em regra quando realizado pelo STF o efeito da sua decisão será “ex tunc”, isto é, irá retroagir “ab initio”, causando severos transtornos no meio jurídico, tendo em vista que se considerará que a lei nunca existiu, e por isso, os atos nela embasados devem ser considerados nulos.

Contudo, oportuno salientar que a retroatividade da decisão tem sido acolhida com um pouco de cautela pela doutrina, haja vista que não é legítimo no anseio de se ver uma norma considerada inconstitucional prejudicar o cidadão de boa-fé que praticou alguns atos jurídicos na época em que era vigente. Assim, é preciso mensurar a declaração da nulidade absoluta dos atos praticados sob a égide da lei inconstitucional, para que não cause injustiça e a violação ao princípio da segurança jurídica.

Talvez seja em decorrência desse aspecto que foi introduzido na Lei de regulação da arguição em seu art. 11, a possibilidade da manipulação dos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade, podendo a Suprema Corte observando os requisitos legais ostentar efeito “ex nunc”.

Existe corrente doutrinária lecionando que o art. 11 é inconstitucional, pois para que fosse possível a manipulação seria necessária previsão constitucional expressa autorizando tal procedimento.

A jurisdição constitucional exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, mas especificamente no caso pelo STF deve sempre zelar pela perpetuação da paz social. Incomensurável é o poder dado a este órgão de cúpula pelo dispositivo em comento, que deverá se pautar pelo costumeiro brilhantismo de suas decisões, sem se deixar levar pelos anseios políticos que degradam os corredores do Estado Democrático de Direito, elevando a justiça social a um cume sem alcance.

5. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito moderno está fundamentado em normas escritas em um documento rígido que garanta ao cidadão um mínimo essencial de direitos. Além de prever direitos aos cidadãos também tem o escopo de organizar os poderes e distribuir suas competências, bem como a dos entes federados.

O documento escrito e que contém certa rigidez nominado de Constituição tem sido hodiernamente a maior arma na defesa dos direitos dos cidadãos, tendo em vista o momento crítico e confuso da administração, da justiça e do legislativo. É justamente esta finalidade da Carta Política, garantir a soberania do povo ao qual esta sob sua égide.

Para tanto, faz-se necessário cercar as normas constitucionais vitais a manutenção do Estado Democrático e dos meios que o garantem, de um sistema eficaz de controle de constitucionalidade, que venham realmente combater qualquer tipo de ato praticado pelos poderes que constituem o Estado que não se amolde aos institutos constitucionais, mantendo a supremacia da constituição.

A priori, os instrumentos de controle de constitucionalidade previstos no Diploma Superior visavam exclusivamente evitar que ingressasse ou extirpasse do ordenamento jurídico pátrio leis ou atos normativos que viessem aviltá-lo.

O controle preventivo, pode ser exercido pelo Poder Legislativo, através da Comissão de Constituição e Justiça, pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança impetrado por qualquer parlamentar ou pelo Poder Executivo, vetando a lei que considerar inconstitucional. Não obstante, conforme reza o art. 49, inciso V, da C.F., o Congresso Nacional poderá preventivamente sustar os atos normativos do Poder Executivo que extrapolem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

O sistema concentrado brasileiro pautou-se principalmente em dois modelos que possuem um enorme enfoque mundial, quais sejam, o controle difuso de constitucionalidade e o concentrado.

No que tange ao controle difuso, originou-se da ilustre decisão emanada da Corte Constitucional Americana, pelo *Chief Justice* John Marshall, no clamoroso caso *Marbury vs. Madison*. O controle de constitucionalidade difuso ou por via de exceção tem o condão de decretar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em qualquer processo judicial, perante órgão do Poder Judiciário, qualquer que seja a instância. Na verdade, trata-se de um incidente prejudicial ou não do objeto principal de um processo judicial do qual está interligado. Sua decisão nos Tribunais deve respeitar o princípio da reserva de plenário, isto é, será declarada pela maioria de seus membros. Ademais, a decisão de inconstitucionalidade atingirá apenas as partes envolvidas no processo principal.

O controle de constitucionalidade concentrado nasceu dos estudos do mestre de Viena, Hans Kelsen, que sob a encomenda do governo austríaco instituiu um forte sustentáculo para garantir a soberania das normas constitucionais através de ações cujo objeto principal é, justamente, a discussão da lei ou ato normativo ser ou não compatível ao texto constitucional. Destacou legitimados, limitando as pessoas que poderão provocar a jurisdição

constitucional. A ação de constitucionalidade teve ser proposta perante um Tribunal que atuará como Corte Constitucional ao julgar as referidas ações. Os efeitos de suas decisões, em regra, são vinculantes, *erga omnes* e retrooperante.

Interessante que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não pendeu exclusivamente por um dos métodos, mas sim realizou uma metamorfose entre ambos, criando com certeza algumas confusões, contudo, garantem uma maior possibilidade do próprio cidadão questionar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando for de seu interesse.

Inovadora foi a inserção na Constituição Federal de 1988 de um novo mecanismo de controle de constitucionalidade, desafiando várias vertentes da Assembléia Constituinte, qual seja, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Prevista no art. 102, §1º limitou seu objeto de discussão com intuito de tutelar os esteios magnos presentes na louvada Magna Carta, no entanto, tal norma é de eficácia limitada e dependia de lei regulamentadora para ter aplicabilidade.

Tardou mas a Lei nº 9882/99 veio regulamentar a argüição de fundamentalidade permitindo, então, fosse intentada pelos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade.

Apesar da Lei expressamente dar a este novo meio de controle de constitucionalidade caráter residual, seu objeto de impugnação tornou-se diferenciado, tendo em vista que foi ampliado com relação aos demais meios de controle de constitucionalidade possibilitando por meio desta atacar qualquer ato do poder público que viesse violar preceitos fundamentais.

A argüição que possui dupla modalidade funcional, possui o condão de questionar leis municipais, atos normativos federais, estaduais, atos normativos infralegais, e normas anteriores a Constituição, outorgando-lhe objeto próprio que lhe retira o caráter subsidiário lhe imputado pela lei que a regulamentou.

Em razão do limite de seu objeto no que concerne a normas constitucionais que tutela, isto é, a proteção somente do casco sustentador do Estado Democrático de Direito, a argüição visa dar ênfase ao princípio da Primazia da Constituição, segundo o qual tende a evitar que os dispositivos constitucionais sejam ofendidos por todo e qualquer ato do poder público.

Insta salientar que a Lei nº 9882/99 prevê a possibilidade do Supremo Tribunal Federal no momento que proferir sua decisão manipular os seus efeitos, restringindo-os ou ampliando-os. Assim, poderá definir determinado momento no passado para que a decisão possa iniciar a produzir seus efeitos ou determinar que produza efeitos “ex nunc”.

Enfim, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental interpretado de maneira teleológica foi introduzido no sistema de controle de constitucionalidade com escopo fundamental de oferecer maior sustentáculo às normas constitucionais que dirigem o Estado Democrático de Direito. Assim, sendo o meio de controle de constitucionalidade que fecha o sistema nacional, trata-se de um elemento de repressão aos atos do poder público que fustigam e atentam contra a Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: natureza jurídica e função constitucional. 2001. 74 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2001

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lâmega. Manual de Interpretação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPO, Hélio Márcio. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª Edição. Porto Alegre: S.ª Fabris, 1992

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Direito Processual Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 25ª Edição. São Paulo Saraiva.1999

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. Aspectos Processuais de Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1984.

MANDELLI JR, Roberto Mendes. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional Interpretado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Repertório de Jurisprudência. 2ª Quinzena de junho de 2001-caderno 1

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. Tratado de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: (Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99). São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

VELLOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 103.