

OS ATOS DO PODER PÚBLICO, EVENTUALMENTE VIOLADORES DE PRECEITO FUNDAMENTAL, PASSÍVEIS DE QUESTIONAMENTO POR ADPF

THE ACTS OF THE PUBLIC POWER, EVENTUALLY VIOLATORS OF FUNDAMENTAL PRECEPT, LIABLE OF QUESTIONING BY ADPF

Luciana Campanelli Romeu*

RESUMO: O artigo estuda a arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos como foi delineada pela Lei n. 9.882/99, apresentando os tópicos identificadores deste instrumento processual como a legitimidade ativa, o parâmetro de controle utilizado, as modalidades, a incidência do princípio da subsidiariedade e os efeitos de sua decisão. Constata-se que se trata de instrumento da proteção da ordem constitucional no âmbito do contencioso objetivo, que visa o controle abstrato de constitucionalidade, seja em caráter principal, seja em caráter incidental. A partir destes pressupostos, analisa os atos do Poder Público, eventualmente violadores de preceito fundamental, passíveis de questionamento por este instrumento processual.

Palavras-chave: arguição de descumprimento de preceito fundamental. objeto. instrumento de controle abstrato de constitucionalidade.

ABSTRACT: This article studies the argumentation of noncompliance of the fundamental precept according to what was delineated by the Law n. 9882/99, bringing out the identifiers topics of this procedural instrument like active legitimacy, the parameter of control used, the modalities, the incidence of the principle of subsidiarity and the effects of its decision. In the article, verifies that it is an instrument of protection of the constitutional order under the scope of the contentious objective which aims the abstract control of the constitutionality, either in principal character or in incidental character. From these assumptions, analyses the acts of the Public Power, eventually violators of fundamental precept, liable of questioning by this procedural tool.

Keywords: argumentation of noncompliance of fundamental. object. instrument of the abstract control of the constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista na Constituição por norma de eficácia limitada, em que o poder constituinte originário se limitou a atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciá-la. Foi regulamentada pela Lei n. 9.882/99, que tendo em vista sua imprecisão semântica, gerou muitas controversas em relação a aspectos deste novel instituto, principalmente em relação a seu objeto e a finalidade do controle de constitucionalidade (concreto ou abstrato).

* Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito do Estado pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), Orientadora da Pós-graduação do Curso Luiz Flávio Gomes (LFG) em vários cursos. Foi Professora de Direito Público do Centro Universitário Moura Lacerda e da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal, Advogada. E-mail: luciana.romeu@hotmail.com.

O objetivo do trabalho é a análise da arguição, seu contexto atual no mundo jurídico, sua legitimidade ativa, o parâmetro utilizado, as suas modalidades a incidência do princípio da subsidiariedade, e o seu julgamento e respectivos efeitos. Ao longo desta verificação, expressamos nossos entendimentos em relação às controversas geradas pela Lei n. 9.882/99, notadamente aquelas cujo posicionamento influencia na conclusão quanto aos atos do Poder Público, eventualmente violadores de preceito fundamental, passíveis de questionamento por via deste instrumento processual.

Finalmente, a partir destes posicionamentos e tendo em vista a supremacia da Constituição, verificamos os atos do Poder Público, eventualmente violadores de preceito fundamental, passíveis de questionamento por este instrumento processual.

O método de pesquisa adotado é o dedutivo. Este parte de situação geral para explicar situação particular e assim, chegar à conclusão da afirmativa pretendida. Como amparo ao método escolhido, utiliza-se o estudo dogmático jurídico. Tal processo metodológico estuda a lei, a doutrina e a jurisprudência, interpretando as normas jurídicas e investigando a sua intertextualidade com outras afins, sempre na busca de uma aplicação equitativa, sistemática, descritiva, valorativa e prática.

2 DESENVOLVIMENTO

A Lei n. 9.882/99 caracterizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de controle de constitucionalidade que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, expressão esta última que abrange atos administrativos, atos jurisdicionais e atos legislativos.

A restrição dos legitimados ativos aos mesmos da ação declaratória de inconstitucionalidade e a previsão de efeitos *erga omnes* e vinculante ao julgamento, deixam claro que se trata de instrumento de proteção da ordem constitucional confiado ao âmbito de um contencioso objetivo, mesmo que pretensões subjetivas venham a ser resguardadas através da arguição incidental e da autônoma, que nesse último caso o será de forma indireta.

O controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja ela autônoma ou incidental, modalidades radicadas no artigo 1º, ambas no seu *caput* e no seu parágrafo único, I, da Lei n. 9.882, será feito sempre em abstrato. No caso da arguição incidental, o controle será realizado da mesma forma que o é pela Corte Constitucional dos países europeus de jurisdição concentrada, onde há uma cisão funcional vertical.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos moldes da lei que a regulamenta, terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Poderá também ser utilizada quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Ela possui assim, finalidade preventiva ou repressiva. Assim, suas decisões de mérito poderão ser declaratórias, normalmente quando seu fim for a reparação, ou mandamentais, especialmente quando visar a prevenção de lesão a preceito fundamental.

Observa-se que a arguição é delineada, pois, como instrumento apto a solver controvérsias sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal, e tem como objeto mediato “ato do Poder Público”, expressão de significado amplo que inclui atos administrativos, atos jurisdicionais e atos legislativos.

Considerado o princípio da subsidiariedade, os doutrinadores discutem a possibilidade de utilização do instrumento em epígrafe para questionar, em face da Constituição Federal, eventual violação à preceito fundamental por omissão legislativa, por mera interpretação judicial, por proposta à emenda constitucional, por veto do presidente do Poder Executivo, por direito pré-constitucional, por ato regulamentar, por norma revogada, por medida provisória rejeitada, quando da sua vigência, e, por direito municipal¹. Ventila-se ainda a possibilidade do manejo da arguição com a finalidade de pleitear a declaração de constitucionalidade de lei estadual e municipal, de maneira a preencher o quadro das “ações declaratórias”. Vejamos.

Ora, parece-me que o questionamento da constitucionalidade de omissão legislativa e de mera interpretação judicial por arguição de descumprimento de preceito fundamental esbarra no princípio da subsidiariedade², previsto no artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, diante a existência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade, respectivamente. Para o Supremo Tribunal Federal³ não se admite este instrumento quando houver qualquer outro meio relacionado às demais ações de controle concentrado de constitucionalidade.

¹ Estas são as hipóteses apresentadas por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, que me parece terem elencado a maioria, senão todas as situações pretendidas pela doutrina na identificação do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1288 - 1306).

² No direito estrangeiro também obedece ao princípio da subsidiariedade a Verfassungsbeshwerde alemã e o recurso de amparo espanhol. (Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 305).

³ STF, ADPF 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 27.10.2006.

O uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar a constitucionalidade de proposta à emenda constitucional e de veto do presidente do Poder Executivo fere a cláusula pétrea da separação de poderes já que significa transformar o Poder Judiciário em uma terceira caso do Legislativo.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser veiculada para impugnar eventual violação de preceito fundamental por direito pré-constitucional. Trata-se de questão relacionada à eficácia do ato normativo e não à sua validade. Sua análise situa-se no campo da recepção ou não da lei ou ato normativo pela nova Constituição, não caracterizando controle de constitucionalidade.

A possibilidade de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar eventual violação à preceito fundamental por ato regulamentar, por norma revogada, por medida provisória rejeitada, quando da sua vigência, por lei municipal, bem como para pleitear a declaração de constitucionalidade de lei estadual e municipal, deve ser analisada diante a viabilidade do uso deste instrumento para questionar ato formal e materialmente legislativo.

Constitui ato formalmente legislativo aquele editado pelo órgão constitucionalmente competente, através de procedimento legislativo previsto na Constituição. Já o ato materialmente legislativo se caracteriza por veicular norma legal geral (dispõe para pessoas genericamente determinadas) e abstrata (prevê condutas ou ações genericamente determinadas).

No controle abstrato, diante a inconstitucionalidade de ato formal ou materialmente legislativo, o Judiciário declara a invalidade de ato de outro poder do Estado, seja do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, quando no exercício do poder hierárquico. Dessa forma a edição de ato formalmente e materialmente legislativo consiste em função típica legislativa atribuída, na distribuição de funções estatais, ao Poder Legislativo.

O controle abstrato de constitucionalidade de ato formalmente e materialmente legislativo caracteriza a atuação atípica do Judiciário como legislador negativo, situação que representa exceção ao princípio da separação dos poderes e, por isso, deve estar contida no corpo da Constituição, de forma clara e expressa, sob pena de violação à separação dos poderes, verdadeira cláusula pétrea.

Assim, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição Federal, não poderá ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, os atos material e formalmente legislativos, nos quais se pode incluir direito municipal e estadual, seja para

pleitear a inconstitucionalidade deste primeiro, bem como para requerer a declaração de constitucionalidade de ambos, de maneira a preencher o quadro das “ações declaratórias”.⁴⁴

Entretanto, é viável o questionamento por arguição dos atos legislativos meramente formais, como os atos administrativos (ato regulamentar), despidos das notas de abstração e da generalidade. Também o é, a lei revogada e medida provisória rejeitada, quando da sua vigência, que, com a revogação ou rejeição passa a não ser dotada de abstração, não constituindo disposição legal em sentido material.

3 CONCLUSÃO

É possível a impugnação veiculada pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, dos atos legislativos meramente formais, como os atos administrativos, a lei revogada e a medida provisória rejeitada, quando de sua vigência.

Mas não é passível de questionamento por meio deste instrumento processual, a omissão legislativa, a interpretação judicial, a proposta à emenda constitucional, o veto do presidente do Poder Executivo e o direito pré-constitucional. Também não o são, os atos material e formalmente legislativos, nos quais se pode incluir o direito municipal e estadual, seja para pleitear a inconstitucionalidade deste primeiro, seja para requerer a declaração de constitucionalidade de ambos.

4 REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983.
- OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1988.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁴ Nas ações declaratórias de constitucionalidade, ao se declarar a constitucionalidade de interpretação de lei ou ato normativo, declara-se a inconstitucionalidade daquela que lhe é contrária.