

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — Conceitos e Aplicabilidade Factível Analisados e Construídos Fundamentalmente sob os Pilares da Hermenêutica Jurídica — Parte IV

KELLY GRACIE PINTO GARCIA

Especialista em Direito Processual Civil Constitucional, Professora de Direito Constitucional e Controle Social, do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, Assessora Judiciária de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO: Introdução; I – A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil; II – A interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais; III – Arguição de descumprimento de preceito fundamental; IV – O objeto e o procedimento da arguição; V – Dos limites da coisa julgada e manipulação dos efeitos da decisão; VI – Do controle dos atos municipais; VII – Do controle de atos anteriores à Constituição; VIII – Da legitimação para a propositura da arguição e intervenção de terceiros; IX – Da subsidiariedade; X – Da medida liminar; XI – Institutos similares no direito comparado; XII – Aplicação do princípio da fungibilidade; Conclusão; Referências.

IX – DA SUBSIDIARIEDADE

A Lei nº 9.882/1999 veda expressamente a possibilidade de se propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando existir qualquer outro meio suficientemente eficaz de se solver a alegada lesividade da norma questionada.

Em uma primeira leitura, é óbvio que se evidencia com total nitidez o princípio da subsidiariedade, semelhante ao que se verifica no direito estrangeiro alemão, por meio do chamado *Verfassungsbeschwerde* ou recurso constitucional, e espanhol, por meio do seu recurso de amparo, o que significa que a interposição da ação somente será possível ante a absoluta inexistência de qualquer outro instrumento suficiente e capaz de sanar eventual lesão.

Diz o citado art. 4º, § 1º: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Ocorre que, mesmo no Direito estrangeiro, em que pese a exigência de exaurimento das vias ordinárias (§ 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, e art. 44, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol), verifica-se, por exemplo, no Direito alemão, que há uma certa flexibilização ante a existência de um interesse geral em discussão ou de ameaça iminente de lesão grave, para admitir o recurso constitucional; e de igual forma o Direito espanhol, ao admitir como obrigatórios apenas os recursos razoavelmente úteis à demanda.

Verifica-se, pois, que nem mesmo no Direito estrangeiro, no qual o rigorismo do dispositivo é aparentemente maior, manteve-se uma interpretação literal deste princípio da subsidiariedade.

O fato é que vários doutrinadores brasileiros voltaram-se para esta interpretação literal e restritiva sobre o tema, provocando um verdadeiro engessamento do mecanismo, e, neste sentido, é o que explicita Zeno Veloso, que trata o instituto como, *in verbis*,

remédio excepcional, último, extremo. O descumprimento de preceito fundamental não poderá ser corrigido, em princípio, pelo STF. Este só está autorizado a intervir quando 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. [...] não há como deixar de concluir que sua utilização será possível em casos muito raros e limitados.¹

Todavia, o Ministro Gilmar Mendes, ciente da celeuma em torno da questão, ao discutir acerca da legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, discorreu com muita sensatez o seguinte entendimento:

Também não me impressiona, em relação especialmente à argüição de descumprimento de preceito fundamental, a cláusula de subsidiariedade, que para alguns deve ensejar uma interpretação extremamente restrita ou restritiva, permitindo que se diga que sempre que houver algum instrumento processual adequado para resolver um problema concreto, não há que se aceitar a ADPF. Tenho sustentado que, a rigor, essa cláusula de subsidiariedade há de se aplicar exatamente entre os processos objetivos. Não cabendo, eventualmente, a ADIn, caberá a ADPF. Não cabendo a ADC, caberá a ADPF. Tanto é que os governos estaduais hoje manejam com grande intensidade a ADPF, com sentido de uma ação declaratória de constitucionalidade, exatamente pela falta desse instrumento no âmbito da Emenda 3.

É evidente que se dermos passos no sentido de uma racionalização do modelo, evitaremos a quantidade de processos que hoje assoberba o Supremo Tribunal Federal e que compromete o seu julgamento.²

No mesmo sentido é o pensamento de Hely Lopes Meirelles que, em um sistemático estudo sobre a matéria, ponderou:

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia

1 VELOSO, Zeno. Ob. cit., p. 306.

2 MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit., p. 266.

constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.³

Vindo o Supremo Tribunal Federal a dar uma interpretação literal e sec-tária ao § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/1999, a argüição de descumprimento de preceito fundamental tornar-se-á, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, por omissão e do mandado de injunção, instrumentos inúteis, reavivando o simbolismo constitucional.

Obviamente que questões vinculadas ao direito pré-constitucional e leis e atos normativos municipais em confronto com a Constituição Federal são exemplos de matéria a ser discutida em sede de argüição, posto não serem pas-síveis de discussão via ação direta.

No entanto, não é pertinente admitir que a simples tramitação nas vias ordi-nárias, com ampla disponibilização de recursos e o próprio controle de constitu-cionalidade no critério difuso, possam inibir qualquer discussão acerca de violação de preceito fundamental, por meio de argüição direta no Supremo Tribunal Federal.

Pois, como vislumbrado acima, não havendo outro processo de índole objeti-va, a argüição torna-se instrumento apto a dar solução às controvérsias constitucionais, pelo que não se deve considerar o princípio da subsidiariedade como uma cláusula incontestável e absoluta no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Destarte, anuindo integralmente com a flexibilização da interpretação despendida à subsidiariedade no âmbito da argüição de descumprimento de preceito fundamental, tem-se por apropriado encerrar a análise do tema com um viés conclusivo de Hely Lopes:

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderão servir de óbice à formulação de argüição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional re-clama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Essa leitura compreensiva da cláusula de subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999, parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio da exaustão das instâncias.

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

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da argüição de descumprimento toda vez que o princípio da Segurança Jurídica restar seriamente ameaçado, especial-

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 418.

mente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional.⁴

X – DA MEDIDA LIMINAR

O art. 5º da Lei nº 9.882/1999 prevê a possibilidade da concessão de medida liminar, por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a decisão deve ser tomada por seis ministros.

Significa dizer que nas duas modalidades de argüição, autônoma e incidental, será cabível a concessão de medida liminar e, excepcionalmente, ou conforme estabelece o seu § 1º, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, a liminar poderá ser concedida pelo relator, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

A excepcionalidade também se verificará durante o período de recesso, não sendo possível aguardar-se a sessão na qual se reúne o Plenário.

O § 2º noticia que o relator poderá ouvir órgãos e autoridades responsáveis pela prática do ato, bem como o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

No entanto, vale ressaltar que, embora só seja obrigatória a manifestação do Ministério Público no processo, quando atua como *custos legis*, a teor do art. 7º da referida Lei, ou seja, após informações que não forem por ele formuladas, parece que a melhor exegese implica em reconhecer a mesma obrigatoriedade em sede de liminares, quando o relator decidir ouvir órgãos ou autoridades responsáveis.

Vale dizer, verificando a inexorabilidade da urgência, o relator poderá proferir decisão *inaudita altera pars*, postergando a audiência dos interessados para momento futuro, sem que isso caracterize qualquer violação ao preceito normativo.

A liminar poderá ter essencialmente três escopos fundamentais: inibir prática de ato violador, cassar ato violador já praticado ou suspender processo em trâmite em instâncias inferiores, ou efeitos de decisões proferidas, salvo se transitados em julgado.

Diz o § 3º do aludido art. 5º que a liminar prevista para a argüição, além da suspensão direta do ato impugnado, poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo, efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na ação.

A introdução deste instrumento guarda nítida semelhança ao que ocorre na Lei nº 9.868/1999, quando disciplina as denominadas medidas cautelares, em ações diretas de inconstitucionalidade (art. 10 e ss.) e ações declaratórias de constitucionalidade (art. 21 e ss.), demonstrando mais uma vez a uniformidade de tratamento aos institutos que compõem o rol do controle de constitucionalidade

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 421.

brasileiro, embora pareça não ter sido este o entendimento do Relator Néri da Silveira, ao apreciar a ADIn 2231/DF, a qual encontra-se pendente de julgamento.

Observe-se, finalmente, que o art. 5º trazia ínsito aos seus parágrafos um texto cujo teor foi interpretado pelo Presidente da República como ato de intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo, pelo que foi vetado, retirando do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de suspender ato ou processo de produção normativa lesivo à ordem constitucional, bem como sua promulgação ou publicação.

XI – INSTITUTOS SIMILIARES NO DIREITO COMPARADO

Apesar deste modelo de controle de constitucionalidade, denominado argüição de descumprimento de preceito fundamental, não se encontrar retratado em toda a sua essência e formato, em qualquer outro país do mundo, é certo que encontra parâmetros em institutos equivalentes nos sistemas constitucionais europeus, como da Alemanha, da Espanha, do México, da Áustria, da Itália e da Baviera, bem como em institutos norte-americanos e até no Direito venezuelano.

O *Verfassungsbeschwerde*, ou recurso constitucional alemão, vem expressamente disposto no art. 93, alínea 1, § 4º, *a e b*, da Lei Fundamental alemã, e caracteriza-se, nos termos do seu art. 94, alínea 4.a, pela possibilidade de ser proposto por qualquer pessoa que se sinta lesada em seus direitos fundamentais (arts. 1º a 19) ou naqueles contidos nos arts. 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104, todos da Constituição da República Federal da Alemanha, pelo Poder Público, quais sejam: direito de resistência; de igualdade perante os Estados-membros; igualdade de direitos civis e políticos e acesso igualitário à função pública; direito de sufrágio ativo e passivo; garantia do juiz natural e não-admissibilidade de juízo de exceção; contraditório e legalidade e anterioridade penais, e liberdade de locomoção⁵.

O princípio da subsidiariedade, outra característica que permeia o modelo alemão, é nitidamente mais rigoroso e fechado, de modo que somente será cabível o recurso constitucional depois de esgotada todas as vias judiciais ordinárias.

Todavia, em que pese o sectarismo procedimental, depreendem-se algumas exceções a essa regra, vale dizer, sempre que houver um interesse público a ser apreciado para a concepção de um precedente, ou se verificar de plano que o curso forçado de instâncias judiciais pode causar grave e inevitável prejuízo ao requerente (Lei Orgânica do Tribunal, parte final do § 90, II).

5 HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 124, p. 115, out./dez. 1994.

Hely Lopes Meirelles, em estudo sobre a matéria, transcreve as oportunas observações de dois juristas alemães: Klaus Schlaich e Rüdiger Zuck, *in verbis*:

Tendo em vista o Direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia, segundo o qual “o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com o objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos”. Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: “Essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais”.

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional.⁶

No mais, caracteriza-se o sistema tedesco pelo fato de que também os municípios ou uniões de municípios podem propor o recurso constitucional, quando uma lei federal ou estadual interfira e invada a esfera da autonomia municipal.

Notadamente, os tribunais alemães devem proceder a uma interpretação do direito ordinário, sempre utilizando dos parâmetros fixados na Lei Fundamental, sob pena de verem cassadas suas decisões por meio do recurso constitucional.

Porém, dado ao grande número de ações propostas, e com o intuito de evitar a sua utilização abusiva, o art. 93, alínea *a*, da Lei Fundamental estabelece um prévio juízo de admissibilidade dos pedidos, a ser realizado por uma Comissão composta por três juízes, cujo não-conhecimento pode se dar por intempestividade, por se tratar de recurso manifestamente infundado ou ilegitimidade ativa *ad causam*, para o manejo da espécie recursal.

Sobre essas observações, pondera e conclui o aludido autor:

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes sobretudo do sistema concentrado, é certo que a idéia de que a não-observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5º, § 1º).⁷

O prazo para a interposição do recurso constitucional é de um mês, a partir da notificação da decisão, a qual deverá ser transcrita na sua íntegra, ou no prazo de um ano, se interposto contra lei ou ato normativo do Poder Públi-

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 417.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 437.

co, iniciando da data de vigência da lei ou da publicação do ato, ou, ainda, da vigência da Constituição para as leis anteriores.

Após o referido juízo de prelibação realizado pelo Tribunal Constitucional, a análise recairá sobre a existência de questão jurídico-constitucional relevante ou sobre a possível ocorrência de violação dos direitos fundamentais e demais direitos estabelecidos no Texto Orgânico, e de eventual prejuízo grave ao requerente. Uma vez provido o recurso, a Corte proferirá um julgamento de caráter revogatório, quanto às decisões judiciais, ou anulatório, quanto às leis federais.

Já no Direito espanhol, tem-se o denominado recurso de amparo para atacar atos judiciais, condicionado, no entanto, ao exaurimento das vias recursais ordinárias, conforme estabelece o art. 44, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Cabe ressaltar, todavia, que tanto a jurisprudência quanto a doutrina têm flexibilizado essa regra da subsidiariedade, defendendo a utilização apenas dos recursos realmente úteis à ação, e não a de todos os recursos possíveis.

As convergências alegadas pelo requerente deverão se pautar em atos judiciais ou atos normativos do Poder Público em quaisquer de suas esferas, vale dizer, as impugnações podem referir-se tanto a atos administrativos quanto a atos judiciais, e, ainda, atos parlamentares, conforme estabelecem os arts. 43, 44 e 42, respectivamente, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

O eminente jurista espanhol, Vicente José Martínez Pardo, propõe um conceito de recurso de amparo ressaltando suas características intrínsecas e extrínsecas:

El recurso de amparo constituye un medio de impugnación extraordinario y subsidiario, que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional contra la última resolución judicial definitiva emanada del Poder Judicial por haber vulnerado dicha resolución (o la sentencia, acto administrativo o vía de hecho que aquella resolución viene a confirmar) algún derecho fundamental de los contemplados en la Sec. 1º del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29), el principio de igualdad (art.14) o el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2), y dirigido a obtener la declaración de nulidad de tales resoluciones, el reconocimiento del derecho fundamental infringido y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su restablecimiento.

A través del recurso de amparo el Tribunal Constitucional protege la defensa de los derechos fundamentales; así, ante cualquier vulneración de una norma constitucional que tutele alguno de tales derechos, el Tribunal Constitucional tiene la función de reinstaurar el ordenamiento constitucional vulnerado y a través de la interpretación crea la oportuna doctrina legal que vincula a todos los poderes públicos. Como establece la STC 1/81 de 26 de enero “la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección de los derechos y libertades [...] cuando las vías ordinarias han resultado insatisfactorias [...] Para ello el T.C. actúa como intérprete supremo, de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribu-

*nal Constitucional el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos.*⁸

Assentando também de maneira eloqüente uma conceituação sobre o instituto espanhol, tem-se, nas lições de Zeno Veloso, a transcrição de Francisco Rubio Llorente:

O amparo é um procedimento especial que, embora denominado recurso, representa um processo substantivo e independente, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição (princípio da igualdade, direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade religiosa, ideológica e de culto, à liberdade e à segurança, à honra, à intimidade e à própria imagem, à inviolabilidade do domicílio etc.), podendo “ser interposto por qualquer pessoa (natural ou jurídica) que invoque um legítimo interesse, bem como pelo Defensor do Povo e pelo Ministério Público, sendo indispensável “esgotar, previamente, as vias judiciais.”⁹

Conforme se verifica, o recurso de amparo espanhol tem por finalidade precípua a defesa dos direitos fundamentais, e não da ordem constitucional objetiva.

Isso é o que bem observou Edílson Pereira Nobre Júnior, quando, em suas considerações acerca do tema, oportunamente citou Ángel J. Gómez Montoro:

A primeira circunstância que há de se ter em conta é que o tutelado, através deste processo, não é a legalidade em abstrato, ou a garantia de quaisquer direitos subjetivos, mas sim um tipo bem preciso destes, que são os direitos fundamentais. Com o amparo não se persegue a tutela de interesses legítimos (como ocorre com outros muitos processos), mas sim de concretos direitos fundamentais, direitos personalíssimos, cuja defesa corresponde, primeira e principalmente, a seu próprio titular e que admitem, com dificuldades, a intervenção de terceiros.¹⁰

No mais, o modelo espanhol possui uma legitimação ampla para sua interposição, deferindo-se a qualquer pessoa, natural ou jurídica, que invoque legítimo interesse.

Inegavelmente, quando a Constituição hispânica se referiu a “qualquer pessoa”, acabou por afastar qualquer possibilidade de discussão quanto aos direitos do estrangeiro, para a propositura do recurso de amparo, mesmo que não residente no território espanhol.

No tocante à legitimação do Ministério Público, deverá obrigatoriamente intervir em todos os recursos de amparo, visando à precípua defesa da legalidade, direitos dos cidadãos e interesse público, bem como a legitimação do defensor do povo, denotando o caráter objetivo do processo.

Os arts. 48 a 58 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional estabelecem o procedimento a ser observado para a regular tramitação do recurso de amparo

8 MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. El recurso de amparo constitucional – Consideraciones generales. Revista Internauta de Prática Jurídica, Valência, n. 8, jul./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.uv.es/~ripij/8vic.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2005.

9 VELOSO, Zeno. Ob. cit., p. 298.

10 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Ob. cit., p. 81.

espanhol, que entre outros exige uma exposição clara e concisa dos fatos que a fundamentam, indicação dos direitos fundamentais violados, enumeração dos documentos essenciais à demanda.

Tem-se, pois, que o aludido recurso é cabível, tanto perante os Tribunais Ordinários, quando então receberá o nome de amparo ordinário, quanto perante o Tribunal Constitucional, quando receberá o nome de amparo constitucional.

O prazo para interposição do recurso é de vinte dias, e se inicia da ciência do ato ou da notificação da decisão judicial impugnada, ou, ainda, em três meses da publicação de lei ou atos normativos do Poder Público.

Vale ressaltar que, verificado por unanimidade dos membros do Tribunal que compõem a seção de julgamento, a ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 50 da LOCT, que por consequência implique inadmissão do recurso, se o Ministério Público interpuser recurso de súplica, a decisão de admissão, ou não, se dará por despacho motivado.

As partes serão notificadas das sentenças do Tribunal Constitucional, as quais serão publicadas no Boletim Oficial do Estado no prazo de trinta dias, com caráter irrecorrível, produzindo efeitos *inter partes*, podendo o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade, determinar que os efeitos atinjam também outros eventuais atos semelhantes e futuros que venham a ser praticados.

Depreende-se, pois, a natureza declaratória da sentença que julga o recurso de amparo, na medida em que declara a nulidade do ato violador e causador de lesão, bem como condenatória, posto que restabelece o direito infringido.

Embora tratado na sua maior extensão de maneira semelhante aos modelos alemão e espanhol, o recurso de amparo mexicano traz algumas peculiaridades como dupla finalidade: protetiva em relação às garantias individuais e resolutive em relação a eventuais conflitos federativos.

Ressalte-se, ainda, que a legitimação para a propositura do recurso de amparo recai sobre qualquer pessoa atingida pelo ato violador, podendo, ainda, a lei autorizar a intervenção de algum parente ou mesmo estranho, se caracterizado o perigo à sua vida, liberdade, deportação ou ante a impossibilidade de fazê-lo pessoalmente.

Ademais, tem-se que o Ministério Público poderá intervir em todas as ações, bem como titularizá-las, exceto se se tratar de matérias afetas ao campo civil e comercial, de interesse exclusivamente particular.

A maior distinção, todavia, entre o modelo mexicano e os modelos alemão e espanhol, está no fato de que a competência para a apreciação do recurso de amparo não está adstrita a um único Tribunal, apresentado-se difusa para todos os órgãos judiciais.

No tocante à República Austríaca, a Constituição promulgada em 1º de outubro de 1920 traz como uma práxis o princípio de que o objeto do controle de constitucionalidade das normas engloba tanto as leis federais e estaduais

quanto as sucedidas leis do *Reich* e dos Estados, desde que regularmente recepcionadas nos termos dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Da mesma forma que os modelos germânico e espanhol, o recurso constitucional austríaco, ou *Beschwerde*, poderá ser interposto por qualquer pessoa, sempre que violado em seus direitos tutelados constitucionalmente ou prejudicado pela aplicação de um ato ilegal, lei inconstitucional ou mesmo por um tratado internacional contrário ao direito.

Por fim, o princípio da subsidiariedade também aqui é adotado com certo rigor, já que exige o exaurimento das vias recursais, quando então, uma vez mantida a lesão de seu direito fundamental, o Tribunal acolherá o recurso constitucional.

Algumas influências também se inserem do Direito norte-americano, por meio do seu *writ of certiorari*; do Direito da Baviera, por meio de seu *popularklage*; do Sistema Constitucional italiano, do qual se extrai a figura da auto-remissão; e, finalmente, do Direito venezuelano, com sua ação popular constitucional.

Denota-se com certa clareza que os institutos estrangeiros mencionados trazem em comum um escopo subjetivo de proteção ao requerente em seus direitos fundamentais, e um objetivo de defesa da própria Constituição.

O que, por conseqüência, evidencia a existência de alguma similitude da argüição com estes institutos de direito estrangeiro, todavia, não há uma real equivalência das estruturas que permeiam o quinto elemento que forma o complexo arsenal de controle de constitucionalidade brasileiro, isoladamente considerado, que mesmo ante os vetos presidenciais sofridos, acabou por apresentar-se com peculiaridades intrínsecas e extrínsecas singulares na sua composição, reafirmando sua importância e seu valor para o ordenamento jurídico brasileiro.

XII – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Nada obstante o ordenamento jurídico brasileiro não ter consagrado expressamente a possibilidade de aplicação e o manejo do princípio da fungibilidade entre os instrumentos recursais, como ocorria no Código de Processo Civil revogado, desde a vigência do Código de 1973, vem se travando verdadeira discussão acerca da sua conversação na sistemática processual.

Muitos doutrinadores refutavam a sua permanência por considerá-lo inútil, ante a transparência com que a matéria passou a ser tratada, mas conforme bem esclarece Luiz Rodrigues Wambier, não só existem dúvidas como também se mostra necessária a sua permanência no ordenamento pátrio:

Hoje já não há mais dúvidas quanto à subsistência do princípio, mesmo à falta de previsão expressa. A tendência que há, no entanto, é a de se fazerem, a exemplo do que ocorria antes do advento do CPC novo, restrições no sentido de só se poder aplicar o princípio se a) não houvesse má-fé e b) o erro não fosse grosseiro.

A ausência de má-fé é requisito que não deve ser exigido para aplicações do princípio. O único que pode ser exigido, segundo a melhor doutrina, é o de que

não haja erro grosseiro, e isto significa que deve haver dúvidas objetivamente demonstráveis ou atestáveis por divergências no plano doutrinário ou jurisprudencial, a respeito de qual seja exatamente o recurso cabível, no caso.

Outra exigência que carece de sentido é a de que o recurso interposto, se tiver um prazo eventualmente maior do que aquele outro que poderia ter sido interposto, seja interposto no prazo menor.

Essa exigência é inadmissível por duas ordens de razões: a) não se proporcionaria à parte a garantia constitucional do *due process of law*, abreviando-se o prazo do recurso; b) não se estaria aplicando realmente o princípio da fungibilidade recursal, pois, se havia dúvida, e se a parte optou por um dos recursos, a opção deveria ter sido feita integralmente.¹¹

Ora, conforme bem explicitou o ilustre autor processualista, a imposição de condições desarrazoadas para a aplicação do princípio da fungibilidade acaba por criar óbices à sua efetividade, e, conseqüentemente, à própria efetividade da prestação jurisdicional.

Vale dizer, deve-se observar o preenchimento das exigências mínimas reclamadas para o manejo do instrumento que, em verdade, se deveria adotar sob pena de se estar frustrado o direito fundamental da tutela de uma prestação jurisdicional efetiva.

A fundamentalidade material da prestação jurisdicional efetiva foi amplamente analisada por Luiz Guilherme Marinoni, em artigo jurídico intitulado “O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”, onde, além de defender que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal abriu espaço à aceitação da idéia de que os direitos fundamentais encontram-se inseridos por todo o corpo orgânico e mesmo fora dele, também aduziu que

a compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. *Pensando-se a partir daí fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra do modo menos gravoso ao réu.* Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.¹²

11 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso de processo civil avançado* – Teoria geral do processo e processo de conhecimento. São Paulo: RT, v. 1, 2002. p. 586.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>.

Verifica-se, então, que, a partir da implantação principiológica da fungibilidade na esfera dos recursos, a idéia acabou sendo difundida para outras áreas da instrumentalidade processual, como se verifica, por exemplo, entre as medidas cautelares e a antecipação de tutela, entre as ações possessórias típicas, e entre a ação rescisória e a declaratória inexistência ou ineficácia de sentença.

De idêntica forma mostra-se perfeitamente aplicável o princípio da fungibilidade no campo do controle de constitucionalidade, entre a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade.

Notadamente, não haveria qualquer incompatibilidade com a admissão de uma ação pela outra, principalmente em razão da similaridade procedimental entre ambas, e competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer de quaisquer delas, ainda que as matérias nelas discutidas sejam bem delimitadas.

Vale dizer, primando-se pela maior efetividade da tutela jurisdicional, deflagra-se como corolário do princípio da razoabilidade amplo acesso à justiça e, mesmo por economia processual, o necessário acolhimento do princípio da fungibilidade entre a ADIn e a ADPF, sempre que se verifique tratar de matéria do campo de incidência de uma ou de outra, o que significa, a um só tempo, primar pela garantia dos direitos fundamentais como pilares estruturais do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que veio regulamentar a argüição de descumprimento de preceito fundamental, expressa um teor e conteúdo absolutamente constitucionais, complementando com suas estruturas específicas o arcabouço jurídico já existente no ordenamento para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

O instituto, como demonstrado pontualmente no texto, caracteriza-se como um quinto elemento essencial, ao lado das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, ações de inconstitucionalidade por omissão e representação de inconstitucionalidade interventiva.

Não parece ter havido qualquer exagero do legislador ordinário no exercício do poder que lhe foi conferido pelo poder constituinte originário, para a edição da aludida Lei, em que pesem os vetos presidenciais, que acabaram por desvirtuar um pouco das peculiaridades deste instrumento.

Em que pese as eloqüentes ponderações do Doutor Edilson Pereira Nobre Júnior, construídas com inigualável demonstração de conhecimento, em sua obra *Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental*, devo discordar de pelo menos uma das conclusões a qual chegou:

Lamentavelmente o legislador, ao usar da autorização constitucional que lhe fora deferida pelo art. 102, § 1º, parte final, da Lei Maior, não plasmou a argüição de descumprimento de preceito fundamental cuja missão precípua é a defesa de direitos fundamentais das pessoas, estruturando-a, ao inverso, como mecanismo de ampliação da defesa da ordem constitucional objetiva, anelo para o qual o sistema jurídico dispõe das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.¹³

Inegavelmente, ante o sistema federativo adotado pelo Brasil, que compreende a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, havia uma inexorável necessidade de adequação no controle de constitucionalidade para que o Supremo Tribunal Federal pudesse exercer sua exclusiva competência como guardião da Constituição Federal, independentemente do ente federativo envolvido.

Sem olvidar que a apreciação envolvendo municípios restringe-se ao âmbito do descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal, a regra demonstra enorme avanço institucional.

O fato é que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional de competência exclusiva do STF, que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, assim como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Ora, como exaustivamente foi defendido no texto, é considerado preceito fundamental todas as normas fundamentais implícitas relacionadas ao homem, à sociedade e ao interesse público em geral, decorrentes da Constituição, ou, melhor dizendo, reconhecidas e protegidas pela Constituição Federal.

Essa ilação parte do pressuposto de que, para as normas expressas, fundamentais ou não, já existem os remédios próprios chamados ação direta de inconstitucionalidade ou por omissão, pelo que se mostraria da mais ampla inutilidade a utilização desse novel instituto.

No mais, em que pese respeitáveis entendimentos doutrinários em contrário, não resta caracterizada a estigmatizante mácula da inconstitucionalidade na previsão de efeito vinculante para as decisões proferidas em argüição de descumprimento de preceito fundamental, posto que, como um dos elementos do Controle de Constitucionalidade que é, encontra-se adequado às mesmas regras já existentes e aplicadas aos demais: ADIn e ADC.

Certamente que esse efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo, pois não há qualquer possibilidade de se coarctar o âmbito de atuação e liber-

13 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Ob. cit., p. 120.

dade legislativas, mas, de resto, abarca todos os órgãos do Poder Executivo e Poder judiciário em quaisquer de suas esferas ou níveis de Federação.

Não menos importante, salientou-se sobre os efeitos da coisa julgada nas decisões proferidas em ações de argüição, quanto à possibilidade de sua manipulação pelo STF que, por maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Essa restrição refere-se tanto ao conteúdo da decisão, como ao momento em que passará a ter eficácia.

Em síntese, buscou-se trabalhar o instituto e esmiuçar sua tipologia e natureza à luz da hermenêutica jurídica, sem ignorar ou desprezar posturas interpretativas tradicionais, vale dizer, construindo conceitos a partir de princípios e regras constitutivos do ordenamento jurídico vigente, fugindo da normatividade atomística, tendente a sufragar a ditadura do determinismo para melhor alcançar a compatibilidade entre o que efetivamente estabelece a Constituição Federal e a realidade social vivida.

Um esvaziamento do real significado das normas constitucionais implicaria flagrante violação aos direitos que elas visam tutelar, pelo que se propaga a utilização de uma interpretação que harmoniza a validade e a justa aplicação das normas, ante as indicações advindas de anseios populares, adequados aos valores que norteiam o Texto Constitucional.

Significa dizer que somente por meio da contextualização e problematização do novel instituto, denominado argüição de descumprimento de preceito fundamental, se alcançará uma interpretação racional e argumentativa, apresentando uma compreensão constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.