

# ARTIGO 102, § 1.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

## O QUE É PRECEITO FUNDAMENTAL?

*Fábio Luis Franco\**

A partir da Constituição Federal de 1988, no artigo 102, § 1.º, previu-se expressamente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, instituto que nunca havia figurado nas Constituições brasileiras:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ... § 1.º - A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.*

Ao par de se tratar de mais um componente do sistema pátrio de fiscalização da constitucionalidade, decorrente da própria supremacia da Constituição, tal instituto foi, por Vicente Greco Filho, colocado ao lado da inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção<sup>1</sup>, mais, como se pode ver, carecia, à época, de regulamentação, a ser feita pelo legislador ordinário, visando a sua completa delimitação.

De merecer destaque, que este meio de controle de constitucionalidade estava previsto no parágrafo único do art. 102 e, somente com o advento da Emenda Constitucional n.º 3/93, passou a vigorar no parágrafo primeiro. Em sede de direito comparado, a Alemanha, já continha instituto similar no art. 93, § 4.º, de sua Carta Maior.

Antes da regulamentação exigida, cabente ao legislador ordinário, tendo em conta que a norma, integrando-se à estrutura constitucional para o controle concentrado da constitucionalidade, traçava somente, em linhas gerais, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a argüição, a doutrina preocupou-se em delimitar o seu campo de incidência, e especificar suas hipóteses de cabimento.

---

\* Mestrando da área de Direito Processual Civil do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR.

<sup>1</sup> Greco Filho, V. Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo:Saraiva, 1989, p. 181: "Nossa Constituição prevê duas figuras, mandado de injunção no art. 5.º, LXXI, a inconstitucionalidade por omissão no art. 102, § 3.º, e uma terceira medida, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, no parágrafo único do art. 102, as quais deverão ser compatibilizadas pelo legislador e pelo intérprete."

Clèmerson Merlin Clève, pronunciando-se acerca da questão atestou:

*(...) Não tendo sido, ainda, regulamentado, tudo que se disser a seu (dele) respeito não passará de especulação. A doutrina, porém, vem ensaiando delimitar os seus contornos. A empreitada não é fácil, tendo em vista que o sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade é, já, um dos mais completos (e complexos) do mundo. Alguma área residual para a figura, não obstante, há de ser encontrada<sup>2</sup>.*

Paulo Napoleão Nogueira da Silva<sup>3</sup>, por sua vez, procurou especificar o que seriam os preceitos fundamentais: os constantes do Título I da Carta Política (à exceção do regime republicano, que não seria imutável), as cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º) e, finalmente, o *caput* do art. 60, ressaltando a necessidade a edição de lei definindo a legitimação, o rito e os efeitos da decisão.

Por seu turno, Oscar Dias Corrêa<sup>4</sup>, para quem o instituto estudado “Reveste-se de alta importância política (no mais alto sentido), não igualada nem mesmo na amplitude das ações de inconstitucionalidade, ou na inconstitucionalidade por omissão do § 2.º, do art. 103”, também procurou delimitá-lo:

*Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime podem ser tidas como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do ‘Estado democrático’, vale dizer: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos.*

<sup>2</sup> Clève, C. M. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo:Revista dos Tribunais, p. 277.

<sup>3</sup> Silva, P. N. N. da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2.ª edição, 1999.

<sup>4</sup> Corrêa, O. D. *A Constituição de 1988, contribuição crítica*. 1.ª edição. Rio de Janeiro:Forense universitária, p. 157.

Celso Ribeiro Bastos<sup>5</sup>, diz expressamente que “*Por preceito fundamental entende-se os princípios constitucionais.*” Esse próprio doutrinador, também por seu turno, delimita a principal missão que o legislador ordinário deveria enfrentar:

*Sabe-se que o órgão competente a examinar essa argüição: Supremo Tribunal Federal. Sabe-se, finalmente, que essa excelsa Corte será provocada por uma argüição de descumprimento. O resto é remetido à lei. Mas é evidente que acaba restando nas mãos desta um campo excessivamente livre dentro do qual atuará e que, afinal, será esta lei que constituirá o perfil final do instituto. É certo, ainda, que deverá o legislador obviamente procurar um terreno ainda não coberto pelo nosso amplíssimo sistema de controle da constitucionalidade das leis<sup>6</sup>.*

Como se vê, não resta dúvida, que a Constituição encampou tal instituto, sem, contudo, oferecer o balizamento necessário para servir de orientação ao legislador ordinário na regulamentação do mesmo. São poucos, a exceção apenas da delimitação da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciá-lo e da denominação do próprio instituto, os elementos extraíveis desse parágrafo de norma.

José Afonso da Silva<sup>7</sup>, ainda em sede de lege ferenda, acenava no sentido de que preceitos fundamentais fossem os “princípios fundamentais”, além de “todas as prescrições que dão o sentido básico ao regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.” Sustentou, ainda, que, esse instituto teria natureza assemelhada ao recurso constitucional alemão (Verfassungsbeschwerde).

Clèmerson Merlin Clève<sup>8</sup>, apoiando-se em José Afonso da Silva que, como supra transcrito, relaciona a argüição de descumprimento de preceito fundamental com o recurso constitucional alemão (Verfassungsbeschwerde), sustenta:

*Este parece ser o melhor caminho. A Verfassungsbeschwerde não pode, porém, sem mais, ser transplantada para o Brasil. A imensa maioria dos recursos constitucionais propostos, perante a Corte Constitucional alemã, impugna decisões judiciais. Ora, no Brasil, o recurso extraordinário serve para a mesma finalidade. De modo que, entre nós, a lei deverá conferir à argüição uma funcionalidade muito menor que a alcançada pelo recurso constitucional alemão.*

<sup>5</sup> Bastos, C. R. & Martins, I. G. *Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 4.º volume. Tomo III. São Paulo:Saraiva, 1988, p. 235.

<sup>6</sup> Idem. Ibidem. p. 237.

<sup>7</sup> Silva, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 559 e 560.

<sup>8</sup> Clève, C. M. Op. Cit., pp. 277-278.

E continua, agora, traçando um direcionamento, que entendia dever estar presente na regulamentação de tal instituto:

*Cabe, em princípio, à lei, (I) definir os preceitos fundamentais protegidos pelo meio processual; (II) caracteriza-lo como mecanismo supletivo (cabimento no caso de inexistência ou insuficiência de outro meio processual - recurso ou ação) e, finalmente, (III) exigir a exaustão das vias ordinárias (sob pena de 'inflação de ações' e de 'banalização' do instituto). Por outro lado, dotando-se de efeitos vinculantes todas as decisões de mérito da excelsa Corte envolvendo questão constitucional, seria o caso da lei exigir, ainda, como pressuposto, a inexistência de manifestação anterior do Supremo sobre a questão.*

Segundo Thomas da Rosa Bustamante<sup>9</sup>, das considerações feitas sobre o instituto, as lições de Clèmerson Merlin Clève, a seu ver, são as mais fiéis ao modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Carta Política, que pretende ser a síntese do modelo difuso-incidental americano, com o modelo concentrado de origem germânica.

Nesta seara é que adveio a Lei Federal n.º 9.882<sup>10</sup>, de 03 de dezembro de 1999, regulamentando a arguição de descumprimento de

<sup>9</sup> Bustamante, T. da R. de. IOB-Comenta, ano II, edição 17, p. 3.

<sup>10</sup> Lei Federal n.º 9882, de 03.12.99: Art. 1º A arguição 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. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; II - (VETADO); Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II - (VETADO); § 1º Na hipótese do inciso II, facultase ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo. § 2º (VETADO); Art. 3º A petição inicial deverá conter: I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II - a indicação do ato questionado; III - a prova da violação do preceito fundamental; IV - o pedido, com suas especificações; V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. § 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias. Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno. § 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que

preceito fundamental. Traçou, em linhas gerais, a legitimidade da arguição (os mesmos previstos para a ação de inconstitucionalidade, art. 2.º, I), o rito procedimental, os efeitos da decisão (coisa julgada em relação a todos e efeito vinculante em relação ao Poder Público, art. 10, § 3.º), os requisitos da ação (art. 3.º), sem contudo, especificar o que ou quais seriam os preceitos fundamentais, bem como em qual área residual de controle concentrado de constitucionalidade, dentro do sistema pátrio, se encontraria.

O ministro Oscar Dias Corrêa<sup>11</sup>, de certa forma, servindo até como base para a atitude cautelosa do legislador ordinário, entende que:

*Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto, é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro - a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los.*

---

juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. § 4º (VETADO); Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento. Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações. Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros. § 1º (VETADO); § 2º (VETADO); Art. 9º (VETADO). Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória. Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno. Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. José Carlos Dias.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 157.

Uadi Lammego Bulos<sup>12</sup>, fez um exame acurado do instituto e também entende que a sua aplicabilidade, ou seja, o seu campo de incidência, deve ser entendido como o que não estiver acobertado pelos outros remédios constitucionais de controle da constitucionalidade, podendo ser suscitado de forma preventiva ou repressiva e, tendo regime jurídico *misto*, ou seja, reveste-se de caráter autônomo, funcionando como lide sumária perante o Supremo Tribunal Federal, que colima evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1.º, *caput*, Lei 9882/99), mas, quando se exterioriza na forma de um incidente processual de inconstitucionalidade, equivale a uma argüição incidental, porque é cabível (art. 1.º, parágrafo único, I, da Lei 9882/99). O estudioso, qualifica como fundamentais:

*Qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária. Qualquer ato ou omissão, capaz de atingi-los, afrontando-lhes a forma ou corroendo-lhes a substância, suscita o ingresso no Supremo Tribunal Federal, com base no § 1.º do art. 102, para que o guardião da ordem constitucional decida a respeito da controvérsia. Podem ser considerados preceitos fundamentais, as diretrizes insculpidas no pórtico do art. 1.º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político. Outros exemplos podem ser listados: princípio republicano (art. 1.º, *caput*), princípio federativo (art. 1.º, *caput*), princípio do Estado Democrático (art. 1.º, *caput*), princípio da separação dos poderes (art. 2.º), princípio presidencialista (art. 76), princípio da legalidade (art. 5.º, II), princípio da liberdade (art. 5.º, IV, VI, IX, XII, XIV, XV, XVI, XVII, etc), princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV), princípio da autonomia das entidades federadas (arts. 1.º e 18), princípio do juiz e do promotor natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 5.º LIV), princípio do contraditório (art. 5.º, LV), princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5.º, LX, e 93, IX), princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*), princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*), princípio da moralidade (art. 37, *caput*), princípio da publicidade (art. 37, *caput*), princípio da ocupação de cargos através de concursos públicos (art. 37, II), princípio da prestação de contas (art. 70, parágrafo único, 34, VII, d e 35, III), princípio da independência funcional da magistratura (arts. 95 e 96), princípio da capacidade contributiva (art. 145, II), princípio da defesa do consumidor (art. 170, IV), princípio da autonomia universitária (art. 207), etc.*

---

<sup>12</sup> Bulos, U. L. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo:Saraiva, 2000, pp. 894-902.

Conclui-se, assim, que: (1) a argüição de descumprimento de preceito fundamental é mais uma forma, prevista pela primeira vez em nível constitucional, do controle de constitucionalidade concentrada, dentro do sistema nacional que já é dotado de outros meios hábeis para tanto; (2) que, para a sua utilização devem estar preenchidos os requisitos e condições previstos na Lei Federal n.º 9882, de 03.12.1999; (3) que seu campo de aplicação deve restringir-se, de forma residual<sup>13</sup>, ou seja, somente naquelas situações que não seriam cabíveis os outros meios previstos para o controle da constitucionalidade das leis<sup>14</sup> (ADIn, ADC, ADIN por omissão, veja previsão do art. 102, da Constituição Federal), conforme o próprio art. 4.º, § 1.º, da Lei Federal 9882, de 03.12.99, trata; (4) que não há uma delimitação taxativa na lei, e nem competiria a esta fazê-lo, do que seja preceito fundamental, cabendo, ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, delimita-los; (5) que a decisão que julga a argüição de descumprimento de preceito fundamental, tem eficácia de coisa julgada em relação à todos e também efeito vinculante para o Poder Público; (6) conforme exposto por Uadi Lammego Bulos<sup>15</sup>, esse instituto vai permitir o controle de constitucionalidade concentrado inclusive de leis municipais,

<sup>13</sup> Conforme explicitado pelo Ministro Oscar Dias Corrêa, Clèmerson Merlin Clève, e também por Uadi Lammego Bulos, nas citações realizadas no presente artigo.

<sup>14</sup> O próprio Supremo Tribunal Federal, em julgamento anterior à regulamentação legislativa deste instituto, deixou clarividente: 101157 - JCF.102.1 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO - ARTS. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CC E ART. 126 DO CPC - 1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: "a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, caput). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da CF). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, sub judice, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, para resolver lide "inter partes". Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito". 8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo STF. (STF - AgRg em Petição 1.140-7 - TO - Plenário - Rel. Min. Sydney Sanches - DJU 31.05.1996) (in Juris Síntese, Millennium, Legislação e Jurisprudência, nº de série JS 164-27).

<sup>15</sup> Bulos, *op. cit.* p.895.

podendo ser utilizado de forma preventiva ou repressiva e, embora sendo ação autônoma, “quando se exterioriza na forma de incidente processual de inconstitucionalidade, equivale a uma argüição incidental, porque é cabível ‘quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1.º, parágrafo único, da Lei n. 9882/99).’”; (7) que, por preceito fundamental, pode-se entender, como bem apontou o Ministro Oscar Correa: “a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime podem ser tidas como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do ‘Estado democrático’, vale dizer: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos”. É, pois, um instituto que ainda merece mais aprofundados estudos, para, inclusive, poder ter seu campo e forma de aplicação e eficácia delimitado mais precisamente.