

ERRATA

Página: 86;

Item: 19);

Onde se lê: “Ação Direita de Constitucionalidade”;

Leia-se: “Ação Direta de Inconstitucionalidade”.

ALESSANDRA LOYOLA MISTRONGUE

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
ESFORÇOS NUMA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA**

**CURITIBA
2004**

ALESSANDRA LOYOLA MISTRONGUE

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
ESFORÇOS NUMA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Paraná, como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Titular Doutor Clèmerson
Merlin Clève.

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

ALESSANDRA LOYOLA MISTRONGUE

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ESFORÇOS NUMA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA

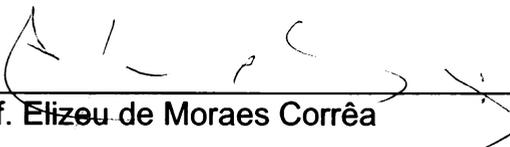
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Titular Dr. Clèmerson Merlin Clève



Profª. Dra. Vera Karam de Chueiri



Prof. Elizeu de Moraes Corrêa

Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho (Suplente)

Curitiba, 20 de Outubro de 2004.

“(…) O Senhor é o Deus eterno e
criador de toda a terra.
Ele não se cansa nem fica exausto;
sua sabedoria é insondável.
Ele fortalece o cansado
e dá vigor ao que está sem forças.
Até os jovens se cansam e ficam exaustos,
e os moços tropeçam e caem;
mas aqueles que esperam no Senhor
renovam as suas forças.
Voam alto como águias;
correm e não ficam exaustos,
andam e não se cansam.”

Isaías 40:28-31.

AGRADECIMENTOS

Àquele que é capaz de fazer infinitamente mais do que tudo que pedimos ou pensamos – *Yahweh*;

Não poderia me esquecer de meu orientador, professor Clèmerson Merlin Clève, que, com incansável paciência mostrou-se como uma “pedra” preciosa no caminho traçado na presente pesquisa. Ao mestre, meus agradecimentos, por ter sido o primeiro professor a me apresentar o assunto, posteriormente, ter aceitado o convite para orientar este trabalho, e ainda, por incentivar meus estudos sobre o tema.

Outra professora que contribuiu para esta monografia, mesmo que indiretamente - Aldacy Coutinho - exemplo de dedicação e integridade. A você, meu muito obrigado!

Às minhas irmãs, Melissa e Larissa;

Ao amigo Felipe de Oliveira Kersten pelo companheirismo e incentivo à pesquisa científica;

Às amigas Alessandra Ferreira Martins e Ana Paula Midori pela incansável disposição em ajudar;

Ao amigo Márcio Tunala, pelas palavras sempre encorajadoras;

Ao tios Denise e Roque Rodrigues, pelo apoio;

À amiga Thais Aranão Bastos, pelas orações;

A Gabriela Leão Cortes de Oliveira e todos os amigos da Promotoria das Comunidades pela ajuda e paciência;

Aos amigos Ângelo Marcelo Vasco, Fernando Granzoti, Fernanda Silvério, Deividi Cresto e Vanessa Martini pelo auxílio bibliográfico;

A Vanessa Flávia Puppi Moro e aos amigos do Tribunal de Alçada, pelas palavras e atitudes animadoras;

A amiga Rebeca Fernandes Dias, pelo inigualável olhar de esperança;

SUMÁRIO

RESUMO	vii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I - A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	4
PARTE II - O SURGIMENTO DA ADPF	10
1. AS FIGURAS DO DIREITO COMPARADO.....	10
1.1. O Direito Alemão.....	11
1.2. O Direito Austríaco.....	13
1.3. O Direito Espanhol.....	14
1.4. As Interseções com o Direito Brasileiro.....	16
2. O CAMINHO PERCORRIDO ATÉ A LEI Nº 9882/99.....	18
3. DELINEANDO UM INSTRUMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	23
PARTE III - CARACTERÍSTICAS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	29
4. OS ASPECTOS MATERIAIS.....	30
4.1. O Parâmetro: Preceito Constitucional Fundamental.....	30
4.2. O Objeto da Argüição.....	36
4.3. As Modalidades de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	44
5. OS ASPECTOS PROCESSUAIS.....	50
5.1. A Competência Exclusiva do Supremo Tribunal Federal.....	50
5.2. Os Legitimados Ativos.....	51
5.3. Os Legitimados Passivos.....	58
5.4. A Subsidiariedade.....	59
5.5. As Peculiaridades do Procedimento.....	68

5.6.A Decisão em Sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	70
5.6.1.A decisão cautelar.....	71
5.6.2.A decisão definitiva.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89
ANEXO – LEI N.º 9882/99.....	97
ANEXO – MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.....	100

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro é concebido como um sistema que tem pretensão de harmonia e completude, formando uma unidade. A Constituição é o norte mantenedor dessa unidade, representando o âmbito de recepção e inclusão dos valores considerados mais importantes para a sociedade. Tendo em vista possíveis desrespeitos à Carta Fundamental, foi criado um sistema que fiscalizasse a compatibilidade das normas com a Constituição de um determinado Estado, defendendo-a. Esses mecanismos de defesa, no Brasil, possuem formato dúplice: são os controles de constitucionalidade ditos difuso e concentrado. Dentre as formas pelas quais se manifesta o controle concentrado está a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), instituída pelo parágrafo único do art. 102 da Constituição, posteriormente transformado em § 1º pela EC 3/93 (a qual acrescentou também o § 2º). A Lei n.º 9882/99 veio dar eficácia à referida previsão constitucional. Diante disso, o presente trabalho procurou observar a origem política e normativa da Arguição, a fim de elucidar qual o grau de compatibilidade existente entre as normas da lei ordinária e o contexto constitucional brasileiro no que diz respeito ao elemento da “participação” dentro da noção de democracia. Observou-se que a ADPF, um instrumento originalmente destinado a proteger os cidadãos de atos do Poder Público lesivos aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, sofreu modificações estruturais através dos vetos proferidos em relação à lei n.º 9882/99 e de equivocados exercícios hermenêuticos por parte da doutrina. Por conta disso, a figura foi desnaturada e teve a sua real finalidade distorcida em prol de interesses governamentais: a subsidiariedade do instituto resta enaltecida de modo a transformá-lo em instrumento inutilizável, e o ajuizamento da medida por todo e qualquer do povo foi obstada por força de veto presidencial, além de outros prejuízos. Assim, o presente trabalho buscou alternativas de interpretação da lei ordinária, obtidas através de reflexão sobre bibliografia (de direito pátrio e comparado), legislação e jurisprudência, para, realizando ideais democráticos, contribuir para a viabilização do instituto.

INTRODUÇÃO

Uma das principais razões que nos motivaram a eleger o tema do presente trabalho foi a relação do tema com a efetivação de um Estado Democrático de Direito que enxergamos.

Obviamente, afinidade é uma característica que também conta “pontos”. E dentre todas as áreas do direito, sempre consideramos o Direito Constitucional a mais interessante pelo seu conteúdo preponderantemente humano. Inexplicavelmente parecia conter uma riqueza que as demais disciplinas jurídicas não possuíam (sem desmerecê-las), isso antes mesmo de estudá-lo.

Significativa foi, no entanto, a nossa frustração quando observamos que a Constituição, diante de inúmeras situações, sofre constantemente desrespeito e afrontas. Foi a descoberta dos meios de controle de constitucionalidade em nosso ordenamento que encetaram uma maior tranquilidade quanto ao referido contexto.

E a argüição de descumprimento de preceito fundamental, tendo uma recente regulamentação como remédio jurídico na manutenção da supremacia da Carta Fundamental, mesmo com a característica de utilização subsidiária, atraiu-nos com especial “encantamento”.

Inicialmente, pensamos na relevância que o instituto ora estudado poderia ter pelo fato de um Estado Democrático de Direito como o nosso, embora norteado por valores como a maioria, a igualdade e a liberdade, precisar de um exercício do poder democrático mais efetivo. Confiávamos que a Argüição poderia ser um instrumento muito frutífero nesse sentido.

Em princípio, dentre as vestimentas que adornam a democracia, nosso desejo era de explorar a face que costuraria um brilhante liame com o tema ora proposto e que entendíamos ser a mais significativa – a democracia participativa e de acesso à justiça no seu sentido mais amplo (numa perspectiva utópica, por vezes, até exagerada).

Contudo, em decorrência do desenho que vemos, vem sendo delineado para a Argüição (tanto pelos vetos sofridos pela Lei n.º 9882/99, quanto por conta das construções da doutrina e da jurisprudência hodiernas), tal objetivo inicial, sem ter sido deixado de lado totalmente, não teve a concretização sonhada, uma vez que

a análise do próprio direito positivo mostrou-se, por muitos momentos, carente de maior esforço intelectual.

Assim, sem se prender apenas na tecnicidade, procuramos abordar tanto os aspectos materiais quanto processuais da ADPF. A escolha pelo presente estudo se manteve, então, mesmo que o objetivo restasse apenas numa contribuição para que a Arguição brasileira não se consolidasse no campo do esquecimento, escopo para o qual já havia motivação suficiente de prosseguir.

Diante da nova figura, que vem ocupando seu espaço a passos não mais tão lentos, cremos que a Arguição pode ganhar uma importância ímpar, sendo sempre necessário que estudiosos se debrucem sobre o tema, a fim de que possam aperfeiçoá-la e estruturar, sem nebulosidade, sua aplicação, ao menos no quadro que se apresenta atualmente.

É bem verdade que ainda há muitas questões nebulosas acerca da Arguição. Tal névoa foi, indubitavelmente, uma das maiores dificuldades ao estudar a figura. Os esforços foram, no entanto, para buscar interpretações condizentes com a própria ordem constitucional do nosso país, e democráticas (na medida do possível) por meio de leituras, que nos pareceram úteis, tanto de outros institutos do controle de constitucionalidade componentes do ordenamento jurídico brasileiro, quanto do Direito Comparado.

Cabe ressaltar que o que observamos ao pesquisar o assunto foi uma repetição sem precedentes por parte da doutrina, salvo algumas exceções.

Já se pode dizer que foram muitos os que se aventuraram a escrever sobre a Arguição, contudo apenas reproduzindo uma interpretação inicial dada ao que o texto legal assinalou, não aprofundando o conhecimento da sistemática ou das origens do instituto, a fim de aperfeiçoá-lo em nosso sistema. Grande desilusão foi vislumbrar que muitos daqueles que escrevem sobre o Direito não pensam o Direito, apenas repetem informações já dadas.

Por fim, cabe explicar que foi para que não se perca o foco da real finalidade (ou a mais idônea) a que veio a Arguição que se deu a presente pesquisa. É salutar esclarecer que tal exercício hermenêutico, em prol da democracia (mesmo que não numa abordagem tão nuclear e essencial quanto inicialmente desejada), não existiu, em nenhum momento, a pretensão de obter conclusões recheadas de extremismo político, ou ainda, incontestes, tendo em vista que sabemos que a

Ciência se desenvolve por meio de um exercício lúcido e dialético. E no interior da dialética, inerente à sua estrutura, está o processo de identificação dos equívocos.

Todavia, mesmo diante das limitações de uma monografia de conclusão de curso, acreditamos que este trabalho pode ter rendido, ao menos em algum ponto, uma contribuição doutrinária de significado.

PARTE I - A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

As constituições formais surgiram no fim do século XVIII, delineadas como instrumento de organização estatal, numa tentativa de estruturar juridicamente o poder político do Estado. Buscava-se definir qual sistema governamental seria adotado, com uma regulamentação do modelo econômico vigente, sem deixar de apresentar limites ao poder político, uma vez que haviam sido consagrados direitos e garantias fundamentais individuais.

Nasce o *constitucionalismo*, implementado nos Estados Unidos, em 1787, e na França, em 1791. Evolutivamente, surgem os Estados Liberais, moldados com alicerces na supremacia da Constituição, na separação dos poderes, na superioridade da lei (como expressão da vontade geral) e na garantia dos direitos individuais.¹

Inegavelmente essas características foram imprescindíveis para a formação dos Estados de Direito, aos quais foram somados os direitos políticos e as idéias republicanas, responsáveis pelo processo de democratização do Estado, possibilitando a participação dos indivíduos (agora cidadãos) no exercício do poder político.

Ao se tratar de Estado de Direito, vinculada está a noção de Constituição, e, por conseguinte, o conceito e a definição de “sistema” para o âmbito jurídico.

Pensadores procuraram ao longo da história substrato em infinitos universos extra-jurídicos, tudo para que pudessemos compreender melhor a idéia de “sistema”, a qual, no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, resta como uma pretensão de harmonia e completude. Tal pretensão anela por uma concretude que as molduras estáticas do direito não conseguem realizar, porque não acompanham o dinamismo e a complexidade natural das relações sociais e humanas.

No Direito, quando falamos em “sistema”, é inevitável remetermo-nos à figura da pirâmide Kelseniana e ao conceito filosófico e geral de Kant, o qual definia sistema como um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios, como uma unidade organizada em forma de totalidade.

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 20.

Como diretriz e norte mantenedor dessa unidade, delineada como Estado, temos a Constituição, mais precisamente, a sua supremacia. Ressalta-se que a Carta Fundamental pode ser vislumbrada sob o enfoque de diferentes óticas simultaneamente, tanto como cúpula quanto como alicerce do nosso modelo de ordenamento jurídico.

Entendemos que a Constituição não é um diploma legal voltado para o mero fim de organizar o Estado. Ela representa o âmbito de recepção e inclusão dos valores considerados mais importantes para a sociedade no ordenamento jurídico, o qual os reveste de posituação jurídica, conferindo-lhes maior proteção. A Constituição possui em seu corpo, portanto, os valores sociais colocados como o fundamento material do sistema jurídico e, assim, apresenta-se como próprio fundamento de validade das normas do ordenamento; de tal sorte que os diversos graus de complexidades jurídicas existentes devem ser compatíveis com ela.

É essencialmente na idéia de supremacia da Constituição (que está vinculada historicamente ao direito constitucional norte-americano,² e possui origem no reconhecimento de leis superiores), que surgem os fundamentos da unidade de um sistema jurídico. Entretanto, não podemos esquecer que, conforme explica Clèmerson Merlin CLÈVE, “a supremacia da Constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental”.³

Dentre alguns dos aspectos que podem ser mencionados (a fim de restaurar lembranças conceituais), para que possamos delinear melhor a idéia de supremacia constitucional, está a diferenciação entre as noções de poder constituinte originário e derivado,⁴ e ainda, a distinção na elaboração das normas quando tratamos de Constituições rígidas e flexíveis.⁵ Cabe ressaltar que o fato de uma Constituição ser

² Heranças do pioneirismo da *judicial review* do direito norte-americano.

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 25.

⁴ O primeiro pensador a formular uma distinção em relação ao poder constituinte e ao poder constituído e a afirmar a supremacia da Constituição foi SIEYÈS, Emmanuel Joseph, em sua obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, traduzida por Norma Azeredo sob o título de *A Constituinte Burguesa. O que é o Terceiro Estado*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

⁵ Cabe lembrar ainda que esses conceitos de rigidez e flexibilidade não se confundem com o fato de um diploma ser escrito ou não escrito. Lord Bryce se posiciona de maneira a enquadrar como um dos fundamentos da idéia de supremacia da Constituição, a distinção entre Constituições rígidas e flexíveis, expondo que as Cartas rígidas prevêm processo especial para a elaboração de normas que visem à reforma da Constituição, diferente do procedimento comum de criação de leis ordinárias;

dotada de rigidez, ou ser proveniente de um poder constituinte originário, não é nem essencial, nem tampouco suficiente para garantir a sua supremacia, embora essas características sejam relevantes para que se crie uma certa estabilidade relativa ao Diploma Fundamental.⁶

Além da rigidez e das questões relativas ao poder constituinte, é primordial que a distância entre o mundo jurídico e a realidade seja diminuída através da Carta Constitucional, no sentido de que os seus dispositivos sejam dotados de “eficácia social”,⁷ e de uma consciência que Konrad HESSE chama de “vontade da Constituição”.⁸ Assim, é importante ter em mente que a Carta Fundamental deve ser interpretada com uma certa coerência, uma vez que a supremacia de seus dispositivos depende desse exercício hermenêutico.

Por meio de uma interpretação sistemática, observa-se junto com a idéia de supremacia, o princípio da unidade da Constituição, pois a unidade é uma idéia inerente à própria noção de sistema. Tal princípio incumbe o intérprete de alguns deveres, quais sejam, ponderar as tensões e harmonizar as contradições entre as normas, em busca de um ponto de equilíbrio. É dentro da órbita de liberdade do intérprete que o exercício da hermenêutica pode estabelecer a força e o alcance de cada norma, possibilitando a definição de soluções mais concretas.

Unidade e supremacia constitucional são princípios que não podem ser desvinculados e, por certo, devem constituir a razão primeira de qualquer exercício hermenêutico jurídico. Luís Roberto BARROSO aduz que “a idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos”,⁹ e é com base na idéia de unidade do ordenamento jurídico e na força da supremacia da Constituição que

já as Constituições flexíveis se caracterizam por não estabelecer diferença entre o processo de criação das normas, mesmo que elas se destinem à reforma do texto constitucional. Conforme FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 51. Compartilhando desse entendimento, e ainda, enunciando uma terceira categoria está FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 12, quando aduz acerca da Constituição *semi-rígida*, a qual define como uma “Constituição escrita cujas regras, em parte, podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário (em parte são flexíveis), em parte que ela própria determina – só podem ser alteradas por processo especial (em parte são rígidas)”, exemplificando a espécie com a Constituição Brasileira de 1824.

⁶ CLÈVE, *op. cit.* p. 32.

⁷ *Id.*

⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*. p. 32.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 151.

nenhum ato pode subsistir válido ou eficaz se restar incompatível com a Carta Superior.

Consolidou-se tal entendimento a partir do caso *Marbury v. Madison*, julgado pelo *Chief Justice* John MARSHALL, em 1803, que proferiu provavelmente a decisão mais célebre de todos os tempos, confirmando explicitamente a superioridade da Constituição frente às demais leis de um ordenamento:

(...) Se duas leis entrarem em conflito entre si, os tribunais devem decidir a respeito da incidência de uma delas. Então, se uma lei estiver oposta à constituição; se ambas se forem aplicáveis um determinado caso, exigindo que um tribunal decida ou de acordo com a lei, sem dar atenção à constituição, ou na conformidade com a constituição, sem dar atenção à lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso. Essa é a essência da função judicial. Se, então, os tribunais devem observar a constituição, e a constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada do Legislativo, a constituição e não a lei ordinária, é que deve reger o caso ao qual ambas se aplicam. (...) Assim, a particular fraseologia dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se pensa ser essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula.¹⁰

Nessa linha, BARROSO define de maneira interessante a supremacia constitucional, traduzindo-a numa unidade que ele chama de 'superlegalidade', conceito que se subdivide em *formal* e *material*. Nesses moldes, identifica-se a Constituição tanto como uma fonte primária de produção normativa, que dita competências e procedimentos para a elaboração daqueles chamados 'atos normativos inferiores' (*superlegalidade formal*); quanto como um diploma que subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os seus princípios e regras (*superlegalidade material*).¹¹

Assim, o risco da inobservância dessas prescrições de natureza formal ou material foi o que alavancou a criação dos mecanismos de proteção da Constituição, os quais possuem o escopo de mantê-la intacta com relação ao seu atributo de supremacia. Hodiernamente pode-se observar a própria Carta Fundamental, prevendo instrumentos a fim de assegurar a superioridade de suas normas, voltados para o policiamento e a defesa da ordem jurídica e, para a realização do controle de constitucionalidade enquanto tarefa necessária e primordial para dar maior efetividade às normas e princípios elencados explícita ou implicitamente no corpo da Constituição.

¹⁰ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981, p. 226 e ss. traduzido livremente.

¹¹ BARROSO, *op. cit.* p. 161.

Complementando a explicitação do liame existente entre a unidade do sistema jurídico, a supremacia da Constituição e o surgimento de um sistema de Controle de Constitucionalidade, Maria Helena DINIZ elucida que:

A supremacia da Constituição se justificaria para manter a estabilidade social, bem como a imutabilidade relativa de seus preceitos, daí haver uma entidade encarregada da 'guarda da Constituição', para preservar sua essência e os princípios jurídicos.(...) O controle de constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo necessariamente a supremacia constitucional, pois na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador o seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Por isso ato normativo contrário ao texto constitucional será considerado presumidamente constitucional até que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente se declare a sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia, ou executoriedade.¹²

Inconstitucional é a qualidade de todo ato que contraria ou não é conciliável com a Constituição, resultando em uma ofensa ao Diploma Fundamental de um dado ordenamento jurídico.

Quando falamos em *inconstitucionalidade*, portanto, significa que se trata de "incompatibilidade do conteúdo de determinado ato normativo ou comportamento, ou de seu processo de elaboração com a Constituição Federal".¹³ Corrobora com essa idéia Regina Macedo Nery FERRARI, ao elucidar que "inconstitucional pode ser a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte a Constituição".¹⁴

E foi pela presença da figura da *inconstitucionalidade*, a qual pode ser entendida como um desrespeito e uma ameaça à superioridade dos dispositivos constitucionais, que se fez necessária a criação de um sistema que fiscalizasse a compatibilidade das normas com a Carta Fundamental de um determinado Estado.

A evolução do controle de constitucionalidade brasileiro tem raízes no direito dos EUA e no direito Germânico, mais precisamente Austríaco. A fusão dessas duas sistemáticas protetivas do Diploma Legal Maior, somadas à influência do Direito Lusitano, são as origens do complexo feixe de instrumentos que hoje compõem o sistema do nosso país: o sistema misto de Controle de Constitucionalidade - um conjunto de instrumentos valiosos no que concerne à provocação da jurisdição

¹² DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.15.

¹³ FERNANDES, Rodrigo Pieroni; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão*. Revista da Advocacia Pública, São Paulo, n. 18, junho/2002. p. 23.

constitucional. Os mecanismos de defesa da Constituição, pluralistas em suas espécies, no Brasil, se apresentam de duas maneiras.

Tal duplicidade apresenta-se sob a forma do controle de constitucionalidade dito *difuso* (aberto, exercido pela via da exceção ou defesa, descentralizado, concreto); e sob o formato de controle de constitucionalidade *concentrado* (reservado, direto, exercido por via de ação, geralmente de maneira abstrata).

Cabe aqui distinguir as duas vertentes instrumentais.

O controle difuso, legado do direito anglo-saxão, configura-se com a potencialidade de ser iniciado por qualquer juiz ou tribunal, diante de um determinado caso concreto. O juízo decidirá então, como questão prévia indispensável ao julgamento da lide, se determinado ato pode coexistir com a Constituição Federal. Tal declaração de inconstitucionalidade configura-se como questão prejudicial, vale dizer, questão de direito substantivo da qual depende a decisão final a ser tomada no processo.¹⁵ A decisão judicial proferida na situação em tela fará coisa julgada entre as partes envolvidas no caso concreto apresentado em juízo, sem vincular outras decisões.

Vale lembrar que o controle difuso de constitucionalidade brasileiro não se confunde com o incidente de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) do direito estrangeiro, uma vez que este permite o transporte de uma questão constitucional oriunda de uma lide no âmbito da jurisdição ordinária, diretamente ao Tribunal Constitucional. Esse transporte ocasiona a suspensão do processo que deu origem ao incidente, até que a decisão do conflito de constitucionalidade seja proferida pelo referido Tribunal.¹⁶

¹⁴ FERRARI, Regina Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 57.

¹⁵ CLÈVE, *op. cit.* p. 98.

¹⁶ WALD, Arnoldo. O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente. *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*. n. 7, dez. 1999, dispõe: "Trata-se, no fundo, de uma espécie de tutela antecipada de caráter constitucional, em virtude da qual ocorre, no processo, uma cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes". Uma boa situação exemplificativa no direito estrangeiro é a previsão do direito germânico no art. 100.1 da Constituição alemã, o qual dispõe: "Se um tribunal considerar uma lei, de cuja validade depende a decisão, como inconstitucional, o procedimento deve ser suspenso e, se se tratar de violação de uma constituição estadual competente para conflitos constitucionais; se se tratar da violação da Lei fundamental, pedirá a decisão ao Tribunal Constitucional Federal. Isso também vale quando se tratar da violação da Lei fundamental pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual e uma lei federal".

De origem alemã e austríaca, a face do controle concentrado de constitucionalidade, diversamente, tem por escopo obter a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo afirmado ou omissivo, independentemente da existência de uma lide como pano de fundo. A inconstitucionalidade aqui caracteriza o pedido principal da ação, e não mais a questão prejudicial do mérito.

As formas pelas quais se manifesta o controle direto, no Brasil, são: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação e omissão (ADIn), a Ação Direta Interventiva e a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)*. Esta última, em suas peculiaridades, constitui o objeto sobre o qual versará a presente monografia de conclusão de curso.

PARTE II - O SURGIMENTO DA ADPF

1. AS FIGURAS DO DIREITO COMPARADO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi um mecanismo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 102, § 1º da Constituição de 1988, disposição essa que incorporou ao Direito Brasileiro um instituto até então desconhecido. Reza o referido dispositivo: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

O referido dispositivo constitucional diz de antemão, em linhas gerais, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A norma é notoriamente estrutural, simples fixadora de competência.

Após 1988, aguardou-se por longo período o legislador especificar as hipóteses de cabimento, o procedimento e as partes legitimadas, a fim de dar vida ao instituto. Ficou claro, portanto, que o destinatário da norma constitucional transcrita era o legislador ordinário, ao qual restou a incumbência de dispor sobre os contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Porém, antes de estudar a figura da ADPF a fundo, bem como os desenhos feitos pelo legislador ordinário no que tange ao instituto em tela, é relevante analisar

a memória jurídica de outros povos, onde a argüição de descumprimento de preceito fundamental encontra semelhanças (o que não significa que os institutos sejam idênticos) em figuras equivalentes nos sistemas de controle de constitucionalidade da Alemanha, da Espanha e da Áustria.

É bem verdade que existem figuras similares também no modelo anglo-saxão (*writ of certiorari*) e em alguns outros ordenamentos de povos latino-americanos (como o México e Argentina, por exemplo). Esclarecemos que fizemos uma opção metodológica de adotar, para análise, aquelas que entendemos ser as figuras mais relevantes do “direito alienígena”, representada pelo trio de ordenamentos citados no parágrafo anterior.

Feitas as devidas explicações, cabe-nos fazer uma explanação sobre as características de cada figura símile (estrangeira) para, ulteriormente, estabelecer um paralelo entre os modelos do direito comparado e a argüição prevista no ordenamento brasileiro.

1.1.O Direito Alemão

Na Alemanha, o instituto que poderia ser visto como correspondente à argüição é a *Verfassungsbeschwerde*. A expressão pode ser traduzida como recurso (ou queixa) constitucional, e tal remédio processual está posto no art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949,¹⁷ e tem outra previsão na Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no § 13 n.º 8a, e § 90 e seguintes.

O art. 90.1 da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão dispõe: “Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional do Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4, arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental”.

Claramente vemos que a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão é um instrumento que está colocado à disposição de qualquer particular, conforme reza o

¹⁷ Do original alemão, consoante a *Grundgesetz*:
“IX – Die Rechtsprechung - Artikel 93 [Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts]:
(1) Das Bundesverfassungsgerichts entscheidet:

art. 90.1 da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, sendo a legitimidade ativa para proposição do recurso alemão, aberta, e o rol de direitos abrangidos pelo instituto, apenas exemplificativo.

O recurso alemão é destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais, sem deixar de lado os atos e as omissões do Poder Público alemão, e contemplando ainda a possibilidade de controlar atos pré-constitucionais. É importante expor que a utilização do recurso alemão está ligada a uma violação de direito fundamental que tenha caráter de pessoalidade, atualidade e imediatidade - os três pressupostos de admissibilidade jurisprudenciais consagrados.¹⁸

A apreciação do instituto alemão se dá originariamente pelo Tribunal Constitucional Federal, comportando, portanto, a figura do incidente de inconstitucionalidade. Tal órgão é titulado pela maioria dos autores de “guardião da Constituição”. Sendo assim, a queixa constitucional alemã apresenta-se como um meio de proteger diretamente os direitos fundamentais no que tange aos particulares, contudo, o instituto deve ser entendido igualmente, como um canal de defesa indireta da própria Constituição. Podemos, portanto, entender que tal figura possui duas faces: uma subjetiva de proteção dos direitos fundamentais individuais, e uma objetiva, que consiste em proteger juridicamente o Direito Constitucional objetivo e servir para sua interpretação e aperfeiçoamento.¹⁹

Inerente ao recurso alemão é também a característica da subsidiariedade, a qual delinea o instituto como um “remédio jurídico extraordinário”.²⁰ Consoante ensina HESSE, “um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal”.²¹ Outra peculiaridade está na existência de um prazo estipulado para que a medida

(...) 4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jederman mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103, und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein.”

¹⁸ HÄBERLE, Peter. *El recurso de amparo en el sistema germano-federal*, in BELAUNDE, Garcia e SEGADO, Francisco Fernández (Coords.). *La jurisdiccion constitucional en iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 263.

¹⁹ *Ibid.*, p. 257.

²⁰ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 141.

²¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 272.

seja proposta, que corresponde a um mês, podendo em situação específica ser estendido a um ano, conforme se extrai do § 93 da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

1.2.O Direito Austríaco

Na República da Áustria, a figura que procuraremos estudar é a *Beschwerde* ou recurso constitucional austríaco, que surgiu antes do seu similar alemão. Sua primeira aparição deu-se no Império de 1867. Tal figura ganhou grande relevância com a previsão que está no art. 144 da Constituição promulgada em 1º de outubro de 1920, que foi revista por sucessivas Leis Constitucionais:

*El Tribunal Constitucional conocerá de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas cuando el autor del recurso alegue haber sido lesionado por la resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley anticonstitucional o de un tratado internacional contrario a derecho.*²²

Sendo certo que “*La reclamación sólo podrá interponerse después de agotada la vía administrativa cuando ésta proceda*”.²³

Ainda a Lei do Tribunal Constitucional de 1953 corroborou a previsão do presente instituto.²⁴

Sendo muito parecido com o recurso alemão, o recurso austríaco permite, de igual modo, a caracterização do incidente de inconstitucionalidade. A diferença está no fato de que a devolução da controvérsia constitucional ao Tribunal Constitucional Austríaco resulta em uma faculdade, restando plausível a possibilidade de o tribunal competente para o julgamento da lide em jurisdição ordinária, promover de ofício a inconstitucionalidade de uma lei. Destarte, a faculdade estende-se igualmente ao Tribunal Constitucional, o qual pode selecionar os casos em que investigará se uma determinada situação configura ou não inconstitucionalidade.²⁵ Na Alemanha não encontramos essa faculdade.

²² *Constituições Estrangeiras: Áustria - Iugoslávia*. v. 5. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília-DF, 1988, p. 93.

²³ *Id.*

²⁴ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.p. 297.

²⁵ FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. trad. Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994. p. 54.

É o Tribunal Constitucional Austríaco o órgão incumbido de exercer a função de guardião da Constituição, sendo a legitimidade ativa para a proposição aberta a qualquer indivíduo lesado, assim como o direito germânico dispõe. Verifica-se que existe igualmente um prazo para a proposição da medida em tela, o qual corresponde ao período de seis meses, os quais devem ser contados a partir da prática do ato inconstitucional do Poder Público.²⁶

1.3.O Direito Espanhol

Na Espanha, encontramos o *Recurso de Amparo*, outro símile ao recurso constitucional do sistema germânico, com previsão nos arts. 161, 1, b e 162, 1, b, da Constituição do mencionado país, sancionada em 27 de dezembro de 1978. De acordo com lições de Zeno VELOSO:

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.²⁷

Há igualmente um Tribunal Constitucional²⁸ que aprecia, de forma exclusiva, as questões abrangidas pelo objeto do recurso de amparo, sem a previsão de qualquer faculdade aos tribunais ordinários. O recurso de amparo apresenta-se como um instituto de procedimento especial, substantivo e independente. O recurso em tela mostra-se também como uma tentativa de defesa dos direitos fundamentais, a qual pode ser proposta por qualquer particular. Há ainda a abertura da propositura

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 129.

²⁷ VELOSO, *op. cit.* p. 330.

²⁸ Essa apreciação exclusiva por parte do Tribunal Constitucional Espanhol abrange também a atribuição de declarar definitiva a inconstitucionalidade de um ato do Poder Público, o que não se verifica possível quanto aos tribunais ordinários.

do recurso para pessoas jurídicas, para o Defensor do Povo e para o Ministério Fiscal, figura semelhante ao Ministério Público pátrio.²⁹

Prevê-se um prazo de propositura que pode variar de vinte dias a três meses. Talvez esse curto lapso temporal, somado à exclusividade de apreciação dos recursos de amparo pelo Tribunal Espanhol, dêem ensejo ao fato de significativa parte das demandas de competência do Tribunal Constitucional serem causadas pela figura do recurso de amparo, uma vez que os direitos fundamentais e as liberdades públicas constituem o eixo central do ordenamento espanhol. Sendo assim, observamos, como é visível no direito germânico, as facetas de proteção tanto subjetiva de direitos fundamentais, como objetiva, de defesa do conteúdo essencial da Constituição espanhola.³⁰

Não há rol taxativo de direitos a serem protegidos, ao contrário, adota-se a chamada *via expansiva*, possibilitando-se uma ampliação ou extensão dos preceitos constitucionais que o recurso de amparo pode proteger. Cabe, contudo, esclarecer que tal instrumento de controle de constitucionalidade pode ser exercido apenas tendo em vista atos concretos do Poder Público, violadores de direitos fundamentais, não se aplicando a leis abstratamente consideradas, ou questionadas, quanto à sua constitucionalidade. Nesse sentido, Luis Díes-Picazo Y Ponce de LÉON expõe que “*El ciudadano puede pedir protección para su derecho constitucional vulnerado, pero no puede atacar por la vía del recurso de amparo las leyes que lo regulan (...) no existe recurso de amparo frente a la ley. Existe, en cambio, el recurso de amparo frente al acto concreto de violación del derecho fundamental (...)*”.³¹

Ainda, uma das principais características do recurso de amparo é o princípio da subsidiariedade, que faz com que o referido instrumento seja apenas “*(...) un medio extraordinario y suplementario de la norma y primaria tutela de los derechos*

²⁹ SEGADO, Francisco Fernández. La jurisdicción constitucional en España, In: BELAUNDE, Garcia; SEGADO, Francisco Fernández (Coords.). *La jurisdicción constitucional en iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 695.

³⁰ *Ibid.*, p. 676 e 677.

³¹ LÉON, Luiz Díes-Picazo y Ponce de. *La jurisprudencia contitucional de los derechos fundamentales*. In: PINA, Antonio Lopez. (Dir.). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 1991. p. 325 e ss.

fundamentales y libertades públicas que constitucionalmente se encomienda a los órganos judiciales ordinarios".³²

Assim, o ordenamento espanhol exige o esgotamento dos recursos utilizáveis dentro da via judicial para que o recurso de amparo possa ser cabível, sem flexibilização de tal entendimento.³³

Ligado a esse princípio, há o entendimento predominante na Espanha de que o recurso de amparo deve desconsiderar a incidência de uma violação que ainda não ocorreu, não sendo cabível nos casos de meras ameaças a direitos fundamentais. É necessário que existam conseqüências resultantes de uma consumação real e efetiva de lesão ao direito fundamental para que o amparo possa ser utilizado. O amparo constitucional espanhol não pode, portanto, ser utilizado preventivamente. O ordenamento espanhol exige, nos casos de ameaças a direitos fundamentais, um processo chamado de "*declarativo plenario*", o qual vai analisar a existência da ameaça, antecedendo a utilização do recurso de amparo constitucional em casos que envolvam uma, agora reconhecida, suposta violação a direito fundamental.³⁴

1.4.As Interseções com o Direito Brasileiro

É bem verdade que não se tem um estudo satisfatório acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por se tratar, ainda, de uma novidade no ordenamento brasileiro. Contudo, alguns autores tentaram explicar a sua origem com base nos dispositivos da própria Constituição de 1988 e no Direito Comparado (o que deve se dar com grande cautela, visto que os sistemas jurídicos têm estruturas diferentes) tendo como base os países já referidos: Alemanha (*Verfassungsbeschwerde – recurso constitucional alemão*), Áustria (*Beschwerde – recurso constitucional austríaco*), e Espanha (*recurso de amparo*).

³² INIESTA, Ignacio Borrajo; GIMENEZ, Ignacio Diez-Picazo; FARRERES, German Fernandez. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo – Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1995. p. 119.

³³ *Ibid.*, A flexibilização baseia-se no princípio *pro actione*. p. 126.

³⁴ *Ibid.*, p. 129.

Traçando paralelos cuidadosos, o presente escopo é de detectar possíveis identidades entre os institutos, a fim de melhor compreender a que veio a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Com um olhar atento, podemos observar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental possui características que foram importadas do direito estrangeiro, tais como: a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade sobre os atos (concretos) do Poder Público, a possibilidade de exercício do controle de atos pré-constitucionais (previsto pela figura germânica), a apreciação das questões pelo “guardião da Constituição” (que aqui se apresenta nos moldes do Supremo Tribunal Federal), a preocupação com um controle objetivo de constitucionalidade, em defesa da Carta Fundamental, e a presença do princípio da subsidiariedade do remédio jurídico. Entretanto, alguns afastamentos e ausências desnaturaram o instituto, retirando qualquer possibilidade de identificar um irmão gêmeo estrangeiro para a argüição brasileira.

Dentre as ausências, observamos que a argüição não oferece a possibilidade de propositura através de uma legitimidade ativa aberta, como os institutos do direito comparado. Ao contrário, apresenta um rol taxativo (art. 103 da CF/88), não existindo ao particular lesado uma escolha quanto ao seu exercício de ação em sede de argüição (art. 2º, I, da Lei nº 9882/99). O indivíduo não possui, portanto, o espaço de manifestação que pretendia originalmente a argüição. Assim, cala-se a voz dos particulares para buscar a reparação da violação que sofreram, não sendo real a tutela destes pela via da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Observa-se que não há prazos no que toca à propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental, diferente do que estipulam os institutos alienígenas. Ainda, a argüição é cabível preventivamente, o que não ocorre, por exemplo, com o recurso de amparo espanhol. E o princípio da subsidiariedade, se não estiver sobre o zelo minucioso de um bom intérprete, pode ensejar esvaziamento do instituto brasileiro, inutilizando-o.

Não é preciso uma análise muito profunda (pois foram feitas apenas breves explanações acerca dos instrumentos símiles do Direito Comparado) para perceber que a figura em tela – argüição de descumprimento de preceito fundamental – pode ser vista como fruto de uma tentativa (que restou inexitosa) da implantação do

Incidente de Inconstitucionalidade estrangeiro no Brasil, não sendo, portanto, consequência exclusiva de uma evolução natural de algum instrumento de combate à arbitrariedade no campo das Ações Constitucionais, como alguns já entenderam.³⁵

Diz-se que a tentativa restou frustrada pela flagrante distorção da finalidade a que se prestaria a ADPF, qual seja, a proteção dos preceitos fundamentais constitucionais, e a democratização das vias de controle de constitucionalidade, procurando solucionar situações onde há violação de direitos decorrente de atos concretos (e normativos) do Poder Público; situações que, via de regra, decorrem do abuso de poder.

2.O CAMINHO PERCORRIDO ATÉ A LEI Nº 9882/99

Analisando as etapas pelas quais passou a argüição até obter sua regulamentação atual, é possível corroborar a tese de que houve desvio dos objetivos da ADPF: a defesa dos direitos, que dizem respeito à realidade dos indivíduos, corre o risco de dar lugar às manipulações e aos interesses políticos e governamentais.

Nessa linha é pertinente percorrer tal caminho a fim de melhor expor onde ocorreram as principais desconfigurações do instituto.

É fácil notar que houve uma simpatia significativa das idéias que brotaram no Brasil, pelo Incidente de Inconstitucionalidade, em especial pela figura alemã da *Verfassungsbeschwerde*, o que se confirma pelos contornos postos no projeto de lei que veio dar origem à atual lei regulamentadora da argüição.

A primeira previsão da argüição de descumprimento de preceito fundamental foi feita pela Constituição Brasileira de 1988. A nossa Carta Superior estabeleceu, no parágrafo único do art. 102, posteriormente transformado em § 1º pela EC 3/93 (a qual acrescentou também o § 2º), a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

³⁵ TALAMINI, Eduardo. *As origens históricas do mandado de segurança na tradição processual Luso-brasileira*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: R. T., 2002. p. 285 – 315.

A norma em apreciação faz parte da categoria de norma constitucional não auto-executável, ou não auto-aplicável, ou, na classificação de José Afonso da SILVA, norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, porque é dependente de normatividade ulterior.³⁶

Após a previsão constitucional, foram inevitáveis as comparações com o direito estrangeiro e com os próprios institutos pátrios, mesmo antes da efetiva regulamentação legal da argüição no ordenamento brasileiro.

Para Paulo Napoleão Nogueira da SILVA, por exemplo, o importante era conceituar o que seriam os "preceitos fundamentais" referidos pela lei, os quais o autor definiu como aqueles constantes do Título I (à exceção do princípio Republicano, que não seria imutável); as cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º); e, finalmente, o *caput* do artigo 60 da Constituição, lembrando que seria necessária a edição de lei definindo a legitimação, o rito, e os efeitos da decisão.³⁷

O anteriormente citado José Afonso da SILVA foi um dos autores que entendeu ser a argüição de descumprimento de preceito fundamental, um instituto de natureza semelhante ao *recurso constitucional* alemão (*Verfassungsbeschwerde*).³⁸

Com a devida cautela, CLÈVE afirmou que o recurso constitucional alemão (que contempla o incidente de inconstitucionalidade) não pode ser simplesmente transplantado para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Recurso Extraordinário possui a mesma finalidade daquele, de modo que a argüição de descumprimento de preceito fundamental teria "uma funcionalidade muito menor do que a alcançada pelo recurso constitucional alemão".³⁹ Tal autor propõe uma alternativa de regulamentação do instituto que merece ser transcrita nas linhas que se seguem:

Caberia, em princípio, à lei (i) definir os preceitos fundamentais protegidos pelo meio processual, (ii) caracterizá-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

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 64-87.

³⁷ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 275.

³⁸ SILVA, José Afonso. *Curso...* p. 559.

³⁹ CLÈVE, *op. cit.* p. 409.

Excelsa Corte em processo objetivo, seria o caso de a lei exigir, ainda, como pressuposto, a inexistência de manifestação anterior do Supremo sobre a questão.⁴⁰

Assim, tecidas algumas considerações acerca das expectativas que a argüição com sua previsão constitucional já provocava no ambiente doutrinário, cabe-nos esclarecer e analisar o caminho percorrido até o surgimento da Lei nº 9882/99.

Dois foram os ensaios principais para que a aludida lei pudesse tomar os contornos que apresenta atualmente. Na tentativa de regulamentar o referido dispositivo constitucional, com apenas três artigos, nasceu o Projeto de Lei nº 2872/97, de autoria da deputada Sandra STARLING.

Tal experiência legislativa denominava a argüição de “reclamação”, e direcionava a aplicação do remédio jurídico em tela para uma órbita interna, voltada para o próprio governo. A utilidade do instituto estava vinculada a questões que versassem sobre interpretação ou aplicação dos regimentos internos, nos casos de elaboração de normas previstas no art. 59 da CF, envolvendo as Casas Legislativas ou o Congresso Nacional.⁴¹

Segundo Roberto Mendes MANDELLI JUNIOR, a deputada buscou, no projeto inaugural, permitir uma “(...) sindicabilidade da interpretação e aplicação de atos regimentais legislativos, referentes ao processo legislativo, perante o STF, quando se encontrassem em conflito com preceito constitucional fundamental”.⁴²

O mesmo autor explica ainda que a mentora do projeto procurou “(...) densificar o princípio majoritário – princípio setorial ou especial da organização dos Poderes - pois este não inclui, antes respeita, o “pensar de outra forma”, o “pensamento alternativo”, que viria consubstanciado no pedido de uma minoria parlamentar (...) em consonância com a supremacia da Constituição”.⁴³

Em caminho paralelo, foi instituída pelo Ministério da Justiça, uma Comissão Especial. Formada por Celso Ribeiro BASTOS, Ives Gandra da SILVA, Arnold WALD, Oscar Dias CORRÊA, e Gilmar Ferreira MENDES, a referida Comissão

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental (I). *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos do Presidente da República*. n. 7, dez, 1999.

⁴² MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental – instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.

⁴³ *Id.*

ganhou a missão de apresentar sugestões reais de regulamentação do dispositivo constitucional que previa a figura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, no prazo de trinta dias, em atenção à portaria nº 572 (DOU de 7.7.97), baixada pelo então Ministro da Justiça, Íris RESENDE.

Se investigarmos um pouco o contexto no qual o anteprojeto de lei se formava, veremos que Gilmar Ferreira MENDES juntamente com Celso Ribeiro BASTOS já vinham amadurecendo idéias sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental desde 1997; idéias estas que formaram o substrato das discussões da instituída Comissão Especial.

Tais discussões culminaram na imagem de que a argüição poderia ser um instrumento eficaz no combate à chamada “guerra de liminares”. Assim, para adequar o instrumento à finalidade que se lhe haviam designado, foram aproveitadas idéias contidas no projeto de lei disciplinador da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade,⁴⁴ somando ainda as características do incidente de inconstitucionalidade vigente no direito estrangeiro.

Essa segunda proposta de regulamentação restou muito mais pretensiosa, e totalmente distinta do que aquela imaginada no Projeto de Lei nº 2872/97. Foram estabelecidas as linhas mestras que guiariam o processo e julgamento em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental. Havia sido estruturados vários elementos que não constavam na primeira tentativa de regulamentação, numa visão comparativa com o projeto original. Dentre esses elementos estão a ampliação do objeto alcançado pelo instrumento jurídico, a abertura da legitimidade para propor a argüição (demonstrando a veia democrática a que se prestaria o instituto), a característica da subsidiariedade, os requisitos da petição inicial, a possibilidade de medida liminar (seus efeitos e suspensão de processos de jurisdição ordinária), questões envolvendo *quorum* específico, bem como, detalhes concernentes aos efeitos da decisão em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental.⁴⁵

Em meados de 1998, o Projeto de Lei nº 2872/97 recebeu parecer favorável do deputado Prisco VIANA, ressaltando que a nomenclatura equivocada de

⁴⁴ Referimo-nos ao Projeto de Lei 2960/97, produtor da Lei nº 9868/99.

⁴⁵ MENDES, *op. cit.*

“reclamação”, somada à ausência de normas procedimentais adequadas comprometeria a regulamentação que se pretendia dar à argüição brasileira. Foi sugerida, pelo aludido deputado, a substituição do projeto de lei, a fim de que essas questões levantadas fossem esclarecidas. Destarte, o labor da Comissão Especial anteriormente referida ganhava o espaço necessário para expor suas conclusões.

O projeto apresentado pela Comissão Especial presidida por Celso Ribeiro BASTOS foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, recebendo o referendo do Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Ulteriormente, as idéias foram encaminhadas, sob a forma de Projeto de Lei 17 de 1999, ao Presidente da República para apreciação e deliberação executiva. Foi na apreciação do Presidente da República que alguns dos dispositivos essenciais desse projeto de regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental encontraram o óbice do veto, pelo entendimento de possuírem aspectos inconstitucionais ou serem contrários ao interesse público.

Foram vetados o inc. II e o § 2º do art. 2º, que estabelecia a legitimidade ativa a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. A argumentação foi de contrariedade ao interesse público, vez que haveria um aumento no número de demandas dirigidas ao STF, as quais não possuíam a relevância social e a consistência jurídica almejada pelas argüições. Tal fato, em hipótese, tornaria inviável a manutenção da funcionalidade do Supremo, e a sua capacidade julgadora, pois o aludido órgão não comportaria tal fenômeno. Outro motivo para o referido veto foi a alegação de que os interessados possuem acesso amplo (todavia não tão célere) ao controle difuso de constitucionalidade, portanto não haveria “necessidade” de estender a legitimidade ativa da argüição a todo e qualquer particular lesado em algum direito fundamental.⁴⁶

Restou da idéia da legitimidade ativa, apenas a disposição do § 1º do art. 2º, que faculta ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura da argüição ao Procurador-Geral da República, ente que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá sobre o cabimento do ingresso da presente ação constitucional em juízo.

⁴⁶ Chegou-se ao extremo da tese defensora da inconstitucionalidade do próprio veto presidencial, conforme será analisado em momento adequado.

O veto do Presidente da República estendeu-se ainda ao art. 1º, parágrafo único, II e ao art. 5º, §4º e ao art. 9º, os quais tratavam do cabimento e dos efeitos da argüição quanto ao objeto *interna corporis*, anteriormente previsto pelo Projeto de Lei nº 2872/97. Ao “guardião da Constituição” ficou impossível exercer uma intervenção ilimitada e genérica, nos casos que envolviam interpretação e aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, no processo legislativo de confecção das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal de 1988. Em conclusão, as razões do veto consistiram no fato dos poderes do STF terem sofrido uma limitação indireta, quanto às questões que tratavam de matéria *interna corporis* do Congresso Nacional.

Houve ainda veto nos parágrafos do art. 8º, o qual tratava do *quorum* qualificado de dois terços dos Ministros de Tribunal, no que tange ao julgamento da argüição. O veto foi motivado na contrariedade ao interesse público, e na argumentação de que o *quorum* seria excessivo, desnecessário, e causador de óbice à celeridade e eficiência pretendidas na prestação jurisdicional do STF, configurando uma barreira ao alcance da finalidade pretendida pela argüição, seja ela qual fosse, já a essas alturas de sua desnaturação.

O projeto resultou sancionado parcialmente, com as devidas “correções” e advertência presidenciais, dando à argüição de descumprimento de preceito fundamental a regulamentação que hoje vemos através da Lei nº 9.882/99. Tal remédio legislativo veio dispor sobre o processo e julgamento da referida ação constitucional, e veio conferir eficácia plena à norma constitucional que implantou o referido instituto no ordenamento brasileiro.

Com o advento dessa lei, as divergências, posições doutrinárias e tentativas hermenêuticas da doutrina não demoraram a aparecer.

3.DELINEANDO UM INSTRUMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O descumprimento de um preceito fundamental é notoriamente uma espécie de inconstitucionalidade. Se “inconstitucionalidade” configura-se por uma contrariedade à Constituição, então, deixar de cumprir algo que nela está prescrito como fundamental não é uma situação diferente.

Sendo assim, cabe focar a inconstitucionalidade como “incompatibilidade do conteúdo de determinado ato normativo ou *comportamento*, ou de seu processo de elaboração com a Constituição Federal” (grifo nosso).⁴⁷ Não concordamos, portanto, com a interpretação de André Ramos TAVARES, o qual restringe a inconstitucionalidade a uma espécie de invalidade que diz respeito apenas a *atos normativos*.⁴⁸

Apesar da própria Lei nº 9882/99 prever aparentemente esse pensamento no seu art. 11, não se pode ser tão positivista a ponto de excluir a apreciação, sob um juízo de inconstitucionalidade, de atos concretos do Poder Público, quando estes não satisfazem uma expectativa criada pela própria Constituição.

Não podemos esquecer que entre as normas constitucionais estão aquelas denominadas programáticas, que conforme José Afonso da SILVA, são “(...) normas de grande importância, porque procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico (...)”.⁴⁹

Teleologicamente, o Estado serve, dentre outras atribuições, à proteção dos valores postos explicita ou implicitamente na Carta Fundamental, dentro dos quais indubitavelmente estão os preceitos fundamentais. Vale lembrar que o descumprimento previsto pela arguição brasileira está vinculado à proteção de preceitos fundamentais, os quais não se confundem nem com os direitos fundamentais, nem com os princípios fundamentais constitucionais.⁵⁰

Assim, consoante BARROSO, fica claro que *qualquer ato* que descumpra ou que seja contrário à Constituição poderá produzir um juízo de inconstitucionalidade, independente da sua natureza: concreto, normativo, municipal, estadual, federal, pós ou pré-constitucional.⁵¹

⁴⁷ FERNANDES, Rodrigo Pieroni; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, *op. cit.* p. 23.

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei, *in* TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 59. Segundo o autor: “ (...) ao referir-se a inconstitucionalidade, a Constituição relaciona exclusivamente leis e atos normativos, como únicos comportamentos (no caso estatais) capazes de nela incidirem (quando se trata de controle concentrado). É o que se depreende do disposto no art. 102, I, a, da Constituição.”

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade*.... p. 141.

⁵⁰ Em momento oportuno a expressão “preceitos fundamentais” será analisada no presente trabalho.

⁵¹ BARROSO, *op. cit.* p. 77.

O descumprimento, sendo uma espécie de inconstitucionalidade, como já foi dito, comporta ainda modalidades próprias, expostas por MANDELLI JUNIOR,⁵² em analogia à classificação das inconstitucionalidades feita por CLÈVE.⁵³

Segundo esses autores, o descumprimento pode ser formal ou material, total ou parcial, pode se dar por meio de ação ou omissão do Poder Público, ser originário ou superveniente, ser antecedente/mediato ou conseqüente/derivado, e ainda, direto/explicito ou indireto/implícito.

Descumprimento *formal* decorre de vício ligado a questões de incompetência de órgão ou procedimentos inadequados. *Material* é o descumprimento que afronta o conteúdo da Constituição no parâmetro delimitado pelo legislador como preceito fundamental constitucional. O descumprimento *comissivo* se dá por uma ação do Poder Público que vai de encontro à Constituição. O *omissivo* se dá quando o Poder Público não pratica um ato a que esteja obrigado por imposição constitucional, gerando uma violação a preceito fundamental.⁵⁴

O descumprimento *originário* é aquele que fere um preceito fundamental constitucional vigente. Já o descumprimento *superveniente*, consoante MANDELLI JUNIOR, ocorre posteriormente à vigência do preceito constitucional, vale dizer “um ato em conformidade com a Constituição, no momento da sua edição, deixa de sê-lo, em virtude de alteração formal ou da interpretação (mutação constitucional) do preceito constitucional”.⁵⁵

E ainda, a modalidade de descumprimento *antecedente* é oriunda da violação, direta e imediata de um preceito fundamental constitucional, por um ato do Poder Público. Já a modalidade *conseqüente* deriva de um descumprimento antecedente, constituindo um reflexo deste, tendo em vista a interdependência que existe entre os atos do Poder Públicos. Observando-se o preceito fundamental, quando este é violado e está explícito na Constituição, tem-se o descumprimento *direto*. Quando o preceito está implícito na Carta Fundamental, o descumprimento mostra-se *indireto*.

⁵² MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 111.

⁵³ CLÈVE, *op. cit.* p. 37 e ss.

⁵⁴ Nesse contexto, cabem as explicações dadas na decisão proferida na ADPF 45 MC/DF, tendo como relator o Min. CELSO DE MELLO.

⁵⁵ *Id.*

Assim, além de compreender as diversas formas de manifestação de um descumprimento, é importante que se esclareça o escopo da argüição, qual seja, verificar o descumprimento da Constituição, não podendo constar, portanto, no pedido formulado em sede de ADPF, qualquer espécie de ratificação ou reafirmação de um determinado ato tido como constitucional.

Contrários a esse pensamento vão os argumentos de MENDES, quando aduz que “poderá ocorrer, assim, a formulação de *pleitos* com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição” (grifo nosso).⁵⁶

Assim, deve-se alertar ainda que o objetivo a que se presta a argüição não pode se confundir com os efeitos provocados por uma ocasional decisão de improcedência da pretensão pleiteada, pois, em uma decisão dessa natureza, há a possibilidade de se corroborar (em semelhança ao que ocorre com os efeitos produzidos nas decisões proferidas em sede de ADIn) com a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, segundo mostra a tendência dos posicionamentos adotados no Supremo Tribunal Federal.

MARTINS é outro autor que defende, quanto aos efeitos da decisão improcedente (e não quanto à formulação do pedido), o *caráter orgânico dúplice* previsto para a ação direta de inconstitucionalidade e para a ação declaratória de constitucionalidade conforme reza o art. 24 da Lei nº 9868/99, estendendo-o à figura da argüição de descumprimento de preceito fundamental.⁵⁷

É verdade que não há qualquer dispositivo semelhante ao art. 24 da Lei nº 9868/99⁵⁸ na lei que regulamenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental; todavia o próprio Supremo tende a estender tal caráter dúplice ao instituto da argüição, no que concerne aos efeitos da sua decisão de improcedência. Pode-se fazer tal afirmativa pela constatação da defesa do argumento utilizado

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius, *op. cit.* p. 143.

⁵⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9868 de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 288.

⁵⁸“Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

quanto à, já mencionada, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, alegando-se que tal presunção não é, por si só, suficiente.⁵⁹

Não se discute o fato de que existem meios idôneos previstos no ordenamento brasileiro, encarregados do objetivo específico de reafirmar e corroborar uma lei (ou ato) que é constitucional, contudo, na realidade (mesmo pessimista), defender a declaração de “cumprimento” ou constitucionalidade em sede de argüição não deixa de ser uma maneira de concretizar o princípio da economia processual, sem se configurar exatamente uma deflagração da suficiência dos institutos que se destinam especificamente a esse fim.⁶⁰

Nesse sentido, pode-se exemplificar a situação, tendo em vista o ajuizamento da ADPF 19 – DF, com pedido de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cumulada com Ação Declaratória de Constitucionalidade da Lei n.º 1711/52. Embora o julgamento, ocorrido em 04 (quatro) de outubro de 2001 (dois mil e um), tendo como Relator o Ministro Sepúlveda PERTENCE, tenha sido no sentido de indeferir a petição inicial pela ilegitimidade ativa do particular Gerson Carlos da Silva, que figurava como argüente, pode ser observado um equívoco também quanto à cumulação das duas Ações Constitucionais, porque embora se prestem a objetivos diferentes (porque comportam pedidos diversos), os efeitos da decisão em sede de Argüição podem funcionar como declaração da constitucionalidade do ato em discussão, no caso da formulação ser reconhecida como improcedente.

Feitas essas considerações, podemos concluir que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, não só faz parte, como também, atentando para a sua característica de subsidiariedade, funciona como um mecanismo complementar do sistema de fiscalização e controle de constitucionalidade brasileiro. Todavia, é relevante esclarecer que não entendemos essa característica de complementariedade como se o objeto da ADPF fosse um mero resíduo. A argüição não está destinada, apenas, a preencher o pequeno

⁵⁹ Nesse sentido, acerca do princípio da presunção de constitucionalidade BARROSO, *op. cit.* p. 175, traduz regras que, para ele, devem ser observadas pelo intérprete e aplicador do direito. O autor explica o referido princípio dizendo que, “não sendo evidente a inconstitucionalidade (...), deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade” e ainda que, “havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição (...), deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor”.

⁶⁰ Para melhores esclarecimentos, ver tópico 5.6 que trata da decisão em sede de ADPF.

espaço que falta para que o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ofereça uma “cobertura total” no que tange aos desrespeitos que podem sofrer a Carta Constitucional e os direitos fundamentais nela positivados.

Consoante TAVARES, “trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência”.⁶¹ Que foi vontade da Constituição indicar, separadamente, a tutela de tais preceitos, não há maiores contestações.⁶² Entretanto, essa idéia gerou o entendimento de que a Argüição poderia se apresentar como uma medida tão primordial quanto a própria Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo possível manter, até mesmo, relevância superior, se se quisesse.⁶³ Contudo, essa posição é minoritária e não possui a simpatia do Supremo Tribunal Federal.

Contrárias ao pensamento do guardião da Constituição são, portanto, as reflexões que tentam transformar a subsidiariedade da ADPF numa possibilidade quase de alternativa (faculdade), fato este que, dentre significativas conseqüências,⁶⁴ classificaria como equivocada, por exemplo, a interpretação dada ao instituto em tela na ADPF 39 – DF, que em julgamento do dia 26 (vinte e seis) de fevereiro de 2003 (dois mil e três), proporcionou a exteriorização do entendimento do relator Min. Sepúlveda PERTENCE, quando, na ocasião, explicitou que não são objeto da Argüição, mas sim, da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, os atos normativos do Poder Público. Ao indeferimento da inicial somou-se, ainda, a proposta de conversão da ADPF em ADIn.⁶⁵

⁶¹ TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores), *op. cit.* p. 45.

⁶² Houve, ao nosso entender, uma sobreposição do objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental ao da ação declaratória de inconstitucionalidade (por ação ou omissão).

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Ver item 5.4, sobre a subsidiariedade do instituto brasileiro.

⁶⁵ Decisão: “O Partido Social Cristão - que consta ser representado no Congresso Nacional por um deputado, conforme certidão de 13.02.03 - ajuíza argüição de descumprimento de preceito fundamental, na qual sustenta ser o art. 13 da L. 9096/95 incompatível com o princípio constitucional da isonomia. Ao final, requer: “Assim sendo, pede a esta SUPREMA CORTE, em caráter liminar e acautelatório, levando-se em conta a extrema urgência e o perigo eminente de lesão grave, em vista do desrespeito ao preceito constitucional fundamental de que a lei deve ser igual para todos sem distinção de qualquer natureza, seja concedida a liminar, “ad referendum”, do Tribunal Pleno, dando nova redação ao artigo 13 da Lei nº 9.096/95, e assegurando aos partidos políticos o funcionamento parlamentar nas Casas Legislativas, municipais, estaduais e federal: artigo 13 - O partido político tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante. § Único - Será adotado o critério da proporcionalidade de votos obtidos na última eleição geral, para atender aos critérios de distribuição, do tempo no rádio e na televisão, no Fundo Partidário, e na Participação Parlamentar. Excluídas, “data venia”, as remissões a ele feitas pela referida lei, nos demais artigos. “Data venia”, apreciado o pedido de liminar, sejam solicitadas as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado no prazo assinalado no

Não obstante essas ressalvas feitas quanto ao aspecto complementar da arguição, é fato que a Lei nº 9.882 de 13 de Dezembro de 1999 fez surgir modificações para o Direito, mais especificamente, no âmbito Constitucional e quanto à sistemática de controle da constitucionalidade. Resta-nos saber quais as dimensões dessas modificações - se são tênues ou drásticas - e, se caminham numa direção favorável ao ideal democrático e do exercício da cidadania.

Em linhas gerais, verificamos a existência de controvérsias que versam sobre questões que vão desde normas e competências envolvendo o direito municipal e leis anteriores à presente Constituição, até disposições de ordem processual (legitimados, procedimento, decisão, etc.). Com efeito, tais discussões vêm transformando o instituto num foco de polêmica.

PARTE III - AS CARACTERÍSTICAS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:

A fim de entender melhor as minúcias e esclarecer quais são as mais adequadas propostas hermenêuticas, foi feita a opção didática pela cisão de seus aspectos jurídicos, abordando-os na completude segmentada de suas duas faces: a materialidade e a instrumentalidade. Contudo, tal divisão é feita de modo consciente da realidade complexa que, tanto contextualiza, quanto é inerente à própria natureza da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

artigo 6º, da Lei nº 9.882/99. Isto posto, e pretendendo provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, testemunhais, periciais, juntada de novos documentos, juntada de memoriais, e sustentação oral, pede seja julgado procedente o pedido, com a declaração de descumprimento de preceito fundamental constitucional pelo artigo 13, e os a ele remissíveis, da citada Lei nº 9.096/95..." Verifica-se, de logo, que o pedido liminar é de manifesta impossibilidade jurídica: não tem o Judiciário como corrigir a regra legal de modo a torná-la compatível com a Constituição. Já o pedido principal não logra disfarçar que o seu objeto é a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos legais questionados. Para isso, no entanto, a via adequada é a da ação direta de inconstitucionalidade. Ora, dispõe o art. 4º, da L. 9882/99, no "§ 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade." A admissibilidade em tese da ação direta basta a inviabilizar a arguição, ainda para os que - na trilha do em. Ministro Gilmar Mendes - restringem a incidência da regra de subsidiariedade da ADPF à hipótese de haver outro processo objetivo de controle abstrato de normas. Esse o quadro, indefiro a inicial, sem prejuízo de

4.OS ASPECTOS MATERIAIS:

4.1. O Parâmetro: Preceito Constitucional Fundamental

É de grande importância compreender a expressão ‘preceito fundamental’, utilizada pelo legislador constituinte originário no art. 102, § 1º da CF/88. Para isso é mister distinguir como as normas se manifestam em nosso ordenamento jurídico.

As normas podem ser disposições de dever-ser, podem ter cunho organizacional ou ainda constituir programas para preservar valores e para o Estado alcançar os fins sociais a que se comprometeu. Em se tratando de normas jurídicas do Direito Constitucional, estas se subdividem em regras e princípios. Essas duas espécies normativas são identificadas pelo seu diferente grau de concretização,⁶⁶ umas detentoras de maior carga normativa, e outras com maior potencial valorativo, compondo um conjunto coerente e conferindo unidade ao Diploma Fundamental.

Os princípios informam materialmente as demais normas, e podem apresentar-se, segundo as idéias desenvolvidas por José Joaquim Gomes CANOTILHO, como princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias diretivas que constituem o alicerce de todo um ordenamento jurídico. Os fundamentos principiológicos gerais condensam-se em princípios especiais, que por sua vez, concretizam-se pelas várias disposições constitucionais.⁶⁷

Assim, no âmbito das normas constitucionais, a expressão “preceitos” tem significado diverso da expressão “princípios”. Aqueles abrangem regras e também princípios constitucionais, mesmo as disposições implícitas.⁶⁸

Nessa linha, quanto à expressão “decorrente” (da Constituição) disposta na lei regulamentadora, Maria GARCIA faz explicações no sentido de alertar para o fato de que:

que o requerente possa convertê-la em ação direta de inconstitucionalidade”. Brasília, 26 de fevereiro de 2003. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.p.1047.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ No dicionário DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. v. III. p. 1197, explica que o verbete “preceito” deriva do latim *praeceptum* e “exprime a ordem a regra ou o mandado que se deve guardar e observar”. Já DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. v. 3, p. 676, ao explicitar o significado do mesmo verbete traz a seguinte orientação: “PRECEITO. 1. Teoria Geral do Direito. a) norma jurídica; b) norma que deve ser observada e seguida”.

o termo decorrente (decursivo, derivado, conseqüente, segundo o Dicionário Aurélio) faz concluir, primeiramente, pela possibilidade de localização do preceito externamente à Constituição. Porquanto, se é decorrente da Constituição não deverá estar, necessariamente, contido na Constituição. Não expressamente. E, neste particular, obrigatória se torna a lembrança do disposto no § 2º do art. 5º, o qual admite a existência de 'outros direitos e garantias', além daqueles expressos na Constituição, 'decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados' (ou dos tratados internacionais firmados).⁶⁹

Somando-se a isso, o legislador ainda qualificou os preceitos como "fundamentais", vale dizer, delineou sua abrangência apenas a normas essenciais da Constituição. Para MANDELLI JUNIOR, a essência da Constituição está nas "opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte".⁷⁰ Quando a Constituição expressamente utilizou o adjetivo "fundamental", o fez para designar que somente as normas que servem de fundamento ao edifício constitucional merecem a proteção pela referida ação. O constituinte, portanto, não facultou à lei simplesmente estender a proteção a todos os dispositivos da Constituição Federal.

E notório que não se pretendeu abarcar todas as normas da CF/88 quando se mencionou o "preceito fundamental", visto que se a lei fosse interpretada dessa maneira, ocorreria aquilo que CLÈVE denominou de "inflação de ações".

Para TAVARES "há de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável".⁷¹ No entanto, tais características são, no entanto, demasiadamente subjetivas para serem consideradas isoladamente.

Contribuindo para esclarecer a questão, José Afonso da SILVA ensina que, quando falamos em "preceitos fundamentais", não estamos utilizando uma expressão sinônima de "princípios fundamentais", visto que "é mais ampla, abrange a estes e a todas as prescrições que dão o sentido básico do 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 (tít. II).⁷²

O termo *preceito fundamental* possui, portanto, sentido próprio e, segundo as explicações de Humberto Peña de MORAES, "inclui os princípios fundamentais,

⁶⁹ GARCIA, Maria. *Arguição de descumprimento: direito do cidadão*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.º 32, p. 99-106.

⁷⁰ MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 115.

⁷¹ TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores), *op. cit.* p. 52.

com Título próprio, e outros, inseridos, também, na Constituição, que veiculam decisões políticas e estruturais do Estado. Tais preceitos sintetizam o núcleo, a alma, o cerne da Constituição.⁷³

Sylvio MOTTA entende como preceito fundamental, *in expressis*:

(...)todo e qualquer dispositivo constitucional que tenha natureza principiológica servindo de alicerce para qualquer uma das cadeiras de Direito contempladas pelo texto constitucional. Optamos por ousar uma interpretação extensiva em virtude da própria natureza jurídica do dispositivo que tem, inequivocamente, uma índole democrática imensurável. Mais não fosse, o instituto além de tutelar a lesão tutela também a ameaça de lesão de ato emanado de qualquer um dos poderes da República, o que, por si só, nos afigura como elemento axiológico autorizador para uma percepção assaz ampliada do conceito de preceito fundamental.

Assim, correndo o risco de sermos desmentidos pela jurisprudência futura, como preceito fundamental entendemos não apenas os Princípios Fundamentais do Título I da Carta, mas, também, os princípios atinentes aos Direitos e Garantias Fundamentais (estejam ou não localizados topograficamente no Título II); os princípios constitucionais explícitos e sensíveis relativos ao pacto federativo e a repartição de competências entre os entes federados; os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública; as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º), os princípios pertinentes ao Sistema Tributário Nacional e as regras básicas sobre Finanças Públicas (Título VI); e os princípios da Ordem Econômica e Financeira, mormente os que se relacionam diretamente com os limites do Estado na intervenção na propriedade e na atividade econômica (Título VII).

Temos que estes devem ser os parâmetros para a conceituação de preceito fundamental.⁷⁴

O fato é que, apesar de não podermos visualizar uma hierarquia normativa entre os diferentes dispositivos constitucionais, em respeito ao princípio da unidade presente não só no sistema, como internamente à Constituição, é possível entender, entretanto, que existe entre eles uma “hierarquia axiológica”. Tal escalonamento é proveniente da relevância que alguns valores mantêm em face de outros, visto que “nem sempre”, como bem salientou BARROSO, todos “desempenham o mesmo papel”.⁷⁵ Desse modo, há sustentação jurídica para a proteção especial de determinados preceitos de conteúdo fundamental.

Confirmam o raciocínio acima, as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira NETO *in expressis*:

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 530.

⁷³ MORAES, Humberto Peña de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: apontamentos para compreensão do tema*. ADV advocacia dinâmica: seleções jurídicas, São Paulo: n. 11, nov. 2000. p. 6.

⁷⁴ http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=recentes&page_id=210&page_parate=1

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Princípios Constitucionais Brasileiros ou de Como o Papel Aceita Tudo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ n.º 1, 1993, p. 218. No mesmo sentido: *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva, Rio de Janeiro, 3. ed., 1999, p. 147 e 148.

A solução está no reconhecimento de uma necessária hierarquização axiológica desses princípios, como regra de aplicação harmoniosa. Embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma hierarquia normativa, obviamente não terão a mesma hierarquia axiológica.

Essa desigualdade decorre do fato, muitas vezes esquecido, de que a Constituição não é apenas um diploma legal a mais, no ordenamento jurídico do País, embora seja o de maior importância; mas é também, e sobretudo, um documento político, impregnado de valores metajurídicos, de distintos níveis e diversas abrangências, de modo que os princípios normativos, que os exprimem positivamente, carregam suas características políticas e têm, por isso, diferentes cargas de eficácia.

Exemplificando, sucintamente, essa hierarquia axiológica, podemos afirmar que os princípios que definem liberdades, preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam.⁷⁶

Ainda, nas palavras de Cibele Fernandes DIAS juntamente com CLÈVE, “os preceitos fundamentais são aquelas normas que garantem a identidade da Constituição”.⁷⁷

Importante é também constatar que, embora valendo-se de um conceito jurídico um tanto quanto indeterminado, a lei implicitamente delegou um grau de maleabilidade à jurisprudência, pois ela poderia acompanhar com mais facilidade mudanças no mundo fático, bem como exercer uma interpretação evolutiva da Constituição.⁷⁸

Assim como no direito estrangeiro não há notícia de um rol taxativo de direitos a serem protegidos pelos institutos semelhantes à arguição de descumprimento de preceito fundamental, o legislador ordinário brasileiro, cautelosamente, deixou de elencar o que poderia ser considerado “preceito fundamental” de forma enclausurada, deixando a tarefa para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Min. Oscar Dias CORRÊA, leciona, conforme citação do Ministro Néri da SILVEIRA, no voto que proferiu na ADPF 01, 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 ao

⁷⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro n.º 42, p. 59

⁷⁷ DIAS, Cibele Fernandes; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, Adércio Leite (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 4.

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores), *op. cit.* p. 91.

um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los.

E acrescentou:

Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não são objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido 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 (...).⁷⁹

É basilar a afirmação de Celso Ribeiro BASTOS, quando aduz que a argüição de descumprimento somente poderá ser proposta se for observado desrespeito a preceito fundamental. Nesse sentido explica:

Este fator faz uma enorme diferença, pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão somente aos grandes princípios e regras brasileiras deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvidas quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.⁸⁰

Por certo que o intérprete ao qual se destina a expressão telada é o Supremo Tribunal Federal, que deverá preencher a moldura constitucional da norma do art. 102, § 1º, CF/88. Manifesta-se VELOSO, nesse linha:

Não nos parecia que o legislador ordinário pudesse indicar os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, cujo descumprimento possibilitaria a argüição. Significaria dar prerrogativa ao Congresso Nacional de eleger, dentre os princípios, quais os que são fundamentais, vale dizer, essenciais, preponderantes, superiores. Ora, isto é uma atribuição do constituinte originário, ou do STF, guardião principal e intérprete máximo do Texto Magno”.⁸¹

⁷⁹ CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988, Contribuição Crítica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 157.

⁸⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista 'O Magistrado' publicada pelo Instituto dos Magistrados do Distrito Federal – IMAG/DF. Março/2002. *Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa, ao ensejo dos seus oitenta anos de idade*, citando BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista Consulex, 44/36.

⁸¹ VELLOSO, Zeno. *Op. cit.* p. 295.

A própria lei conferiu essa discricionariedade, a partir do momento que não adotou os perigos da parcialidade ou excessividade que um rol taxativo normalmente apresenta.⁸² Abordando a questão dessa flexibilidade conferida à jurisprudência, Thomas da Rosa BUSTAMANTE expõe que:

diante da ausência de definição de quais as normas protegidas pela argüição, deve o julgador preencher a moldura da norma com base na teoria dos "conceitos normativos" (na nomenclatura de Karl Engisch), remetendo para o destinatário da norma a tarefa de, através de uma valoração própria, dizer o que seja "preceito fundamental" e, portanto, quais matérias poderiam ser questionadas pela via da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Assim, cumpre esclarecer que caberá ao Supremo, ao apreciar *in concreto* as ações, dizer se a matéria invocada goza da proteção deste remédio processual.⁸³

A expectativa é, portanto, de que seja criada, por meio da interpretação, uma área de certeza positiva,⁸⁴ que explicita o que é preceito fundamental; e uma área de certeza negativa, que dite o que não se enquadra no significado dessa terminologia. Haverá, contudo, sempre uma área cinzenta e nebulosa que ficará dependente da mente de quem analisa a situação.

Assim, deseja-se ao intérprete e julgador, sabedoria e humildade para que possa voltar seus olhos às considerações tecidas pela doutrina acerca da expressão "preceitos fundamentais", consolidada pelo constituinte como parâmetro e limite do objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

⁸² De acordo com o pensamento de ROTHENBURG, Walter Claudius. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores), *op. cit.* p. 212. Na mesma direção, ainda, discorre TAVARES, André Ramos, na sua obra *Tratado de argüição de descumprimento de preceito fundamental*. p. 113.

⁸³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela lei 9882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de Constitucionalidade?* Janeiro / 2000. p.3.

⁸⁴ O que de fato já se consegue visualizar através de uma "unanimidade doutrinária" explicitada por RAMOS, Elival da Silva, quando estabelece um catálogo exemplificativo, dizendo que "são preceitos fundamentais, igualmente, os que estruturam a federação, como, por exemplo, os que tratam da repartição de competência entre os entes federados; os que disciplinam mecanismos de participação política, por meio de voto direto, secreto, universal, periódico, ou por meio de outros direitos políticos; os que consubstanciam a organização dos Poderes, assegurando-lhes a independência ou deferindo-lhes competências próprias; e enfim, os que albergam os direitos e garantias fundamentais. Grosso modo, são essas, também, as matérias-sede dos princípios cujo menoscabo é autorizador de intervenção federal, como se pode verificar do confronto com o disposto no art. 34, VII da Constituição". *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto*, in TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.), *op. cit.* p. 124.

4.2.O Objeto da Argüição

A Lei nº 9882/99 prevê o cabimento da argüição para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.⁸⁵ Há ainda a previsão expressa da mesma lei, possibilitando a utilização do mecanismo da argüição em situações onde seja suscitada relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.⁸⁶

Para a grande parte dos autores que se aventuraram em aprofundar seus conhecimentos acerca da argüição de descumprimento de preceito fundamental, essas duas hipóteses configuram áreas distintas de incidência da ação constitucional em tela. O instituto possuiria, então, a partir de tal entendimento, dois objetos de abrangência, quais sejam, os atos do Poder Público violadores de preceito constitucional fundamental e as situações onde seria ensejada uma relevante controvérsia constitucional.

No entanto, cabe esclarecer que, tanto os atos do Poder Público, quanto o levantamento de uma relevante controvérsia constitucional estão vinculados ao parâmetro, qual seja, preceito constitucional fundamental. E não há, destarte, dois objetos de abrangência, mas, somente, uma “exemplificação proposital” de situações onde atos ou omissões do Poder Público podem violar preceitos fundamentais.⁸⁷ Tais situações, anteriormente não “cobertas” pelo sistema de controle de constitucionalidade, ganharam proteção pelo mecanismo complementar da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Segundo Daniel SARMENTO, ‘ato do Poder Público’ deve ser uma expressão “compreendida em seu sentido mais lato”, alcançando também “os atos de particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público”.⁸⁸

⁸⁵ Lei n.º 9.882/99, art. 1º, *caput*.

⁸⁶ Lei n.º 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I.

⁸⁷ Chamamos de *exemplificação proposital* a menção do legislador às controvérsias que envolvem o direito municipal e leis ou atos normativos anteriores à Constituição, pois acreditamos que essa previsão tem uma razão de ser: a incidência do controle de constitucionalidade sobre essas hipóteses que, anteriormente não possuíam um instrumento de fiscalização pela via direta.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores), *op. cit.* p. 91 - 92.

O ato de descumprimento será resultante, então, de atividade atribuída ao Poder Estatal, considerando-se qualquer esfera da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), interpretação esta que pode se estender, portanto, até entidades ou órgãos da administração direta e indireta.⁸⁹

Na mesma linha, não sendo especificada a natureza do ato lesivo, podemos entender que os atos omissivos também estão abrangidos.⁹⁰ Assim, quando o legislador generalizou ao expressar “ato do Poder Público”, podemos estender tal interpretação, entendendo que a argüição pode ser utilizada, não apenas para censurar atos concretos, como também, atos normativos, atos administrativos e até mesmo jurisdicionais (em hipóteses de sentenças que, por exemplo, tomam formato geral e abstrato de lei, revestindo-se de uma autonomia que não lhe é, nem deve ser, inerente, é possível entender que cabe uma espécie de controle abstrato de atos concretos).⁹¹

Este é, dentre as funções da argüição, um dos maiores fatores inovadores no exercício da fiscalização de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. A fiscalização dos atos que não possuem revestimento formal de Lei e que não possuem os atributos de generalidade e abstração. A esfera de incidência da argüição engloba também a impugnação de atos concretos, e é esse um dos principais fatos que a difere das demais ações de controle de constitucionalidade do sistema brasileiro.⁹²

⁸⁹ O Supremo Tribunal Federal, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal, teria violado o princípio constitucional da separação de poderes. O Tribunal considerou ser incabível na espécie a argüição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei n.º 9.882/99. (ADPF n.º 1, 03.02.2000). In: Informativo STF n.º 176, 1º a 4 de fevereiro de 2000, p. 1.

⁹⁰ Cf. BERNARDES, Juliano Taveira. *Lei 9882/99: argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.º 39, fev. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=237>>. Tal autor considerou que, não havendo a lei integradora restringido a natureza do ato lesivo, “há de se entender abrangidos também os atos omissivos.” *Op. cit.* p. 2.

⁹¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes faz alusão ao combate de atos oriundos do Poder Judiciário quando trata do descumprimento a preceitos fundamentais, in *Tendências do Direito Constitucional Brasileiro: A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei n.º 9882, de 3 de dezembro de 1999*. In: *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*, coord. Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 165.

⁹² Cf. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: origem e perspectivas*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001. p. 210.

No que tange ao parágrafo único do art. 1º, inc. I da Lei nº 9882/99, a doutrina suscitou algumas questões a respeito de relevante controvérsia constitucional no que tange ao direito municipal, e a leis ou atos normativos anteriores à Constituição Federal. Lembra-se que o objetivo desse tópico está delimitado como uma tentativa de esclarecer os levantamentos, sem a pretensão de solucioná-los, mas apenas para render contribuição doutrinária, a fim de que a lei regulamentadora da argüição de descumprimento de preceito fundamental seja interpretada à luz de uma proximidade da realidade concreta, detendo utilidade humana e democrática.

Mas o que exatamente o legislador quis dizer, quando estipulou “relevância” para as controvérsias constitucionais?

MANDELLI JUNIOR entende que a norma do art. 1º, parágrafo único, inc. I da Lei nº 9882/99 não pretendeu estipular outro mecanismo de filtragem para a argüição, pois a própria Constituição já havia previsto, em seu corpo, o parâmetro que delimitaria o alcance do instrumento jurídico em estudo, quando elegeu os preceitos constitucionais fundamentais para proteger. A “relevante controvérsia constitucional” não configura, portanto, outro critério de admissibilidade para se propor a argüição, isso porque, não se pode imaginar uma controvérsia que seja relevante constitucionalmente, e ao mesmo tempo, esteja desvinculada da idéia de preceito fundamental constitucional.⁹³

A título de apresentação dos problemas, quanto ao direito municipal, indaga-se se houve ampliação da competência do STF por lei ordinária, e ainda quais são as conseqüências fáticas da existência desse dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro. Já quanto à previsão de argüição de descumprimento de preceito fundamental envolvendo leis ou atos anteriores da Constituição, há choque da Lei nº 9882/99 com uma arraigada jurisprudência do Supremo.

Nessa última polêmica apontada, ocorre que o posicionamento do Supremo é de que em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade não é cabível questionamento contra atos anteriores à Constituição, porque se argumenta pela revogação e não por inconstitucionalidade superveniente. Assim, conclui-se que, por

⁹³ MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 119.

analogia, a mesma situação, em sede de argüição, teria idêntico entendimento por parte do Supremo. Nada mudaria se não fosse a previsão legal.

Diante do exposto, é conveniente que se esclareça o que se entende por revogação e o que configura uma situação de inconstitucionalidade superveniente.

⁹⁴Consoante CANOTILHO, a diferença está nos efeitos produzidos em cada contexto. Consoante essa idéia, nada impede que o controle abstrato e concentrado do direito pretérito exista, de acordo com as seguintes teses:

(...) pode haver um interesse jurídico relevante na apreciação de constitucionalidade de normas já revogadas. Basta pensar nos diferentes efeitos de revogação de normas e da declaração de inconstitucionalidade. Aquela opera para o futuro, isto é, tem efeito *ex nunc*, esta tem efeitos retroativos, ou seja, produz efeitos *ex tunc*. Isto justificará, algumas vezes, a admissibilidade dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade de normas já revogadas, justamente para se destituírem os efeitos por elas produzidos até o momento da revogação. Dada a excepcionalidade desta situação, compreende-se a exigência dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. Não deve recorrer-se à declaração de inconstitucionalidade sempre que os efeitos já produzidos sejam pouco relevantes ou possam ser eliminados recorrendo a outros meios ou remédios para a defesa de direitos.⁹⁵

A inconstitucionalidade superveniente só pode, nessa órbita ótica, ser empregada como medida excepcional. Contudo, no entendimento do STF, ela é sempre incabível nas questões atinentes à ação declaratória de constitucionalidade e, por analogia, à argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Para o guardião da Carta Fundamental, um conflito que surgir entre um direito constitucional precedente e a nova Constituição Federal teria que ser resolvido pelo critério de *antinomias*, o qual enseja a revogação, e não pelo critério *hierárquico*, através do qual fundamenta-se a idéia da inconstitucionalidade superveniente.⁹⁶

Ocorre que o fenômeno da revogação pressupõe duas normas de idêntica densidade normativa, numa situação onde a posterior revoga a anterior, o que não é possível quando se observa a existência de um degrau hierárquico entre duas

⁹⁴ Acerca dessa questão, há um artigo interessante, que traz inclusive estatísticas de casos onde ocorreu o fenômeno da revogação pelo entendimento do STF. MAUÉS, Antonio G. Moreira e COLARES, Patrick Menezes. *A Argüição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988*. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo: R. T., ano 10, n.º 39, abril/junho 2002. p. 255-266.

⁹⁵ CANOTILHO, *op. cit.* p. 833 e 834.

⁹⁶ SARMENTO, In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.), *op. cit.* p. 94.

determinadas normas. Se assim fosse, igualmente, a norma infraconstitucional posterior poderia revogar norma advinda diretamente do texto constitucional.

É bem verdade que não se cogita que uma norma infraconstitucional possa sobreviver em contraste com a Constituição. O que ocorre nessa situação é um problema de falta de fundamentação ou de validade, devendo, então, ser reconhecida a inconstitucionalidade superveniente, conforme pretendeu o legislador ao regulamentar o instituto da ADPF nos dispositivos da Lei n.º 9882/99.

Nessa direção vai o magistério de Jörn IPSEN:

Questão relativa à aplicação da “lex prior” ou da “lex posterior” somente pode surgir no caso de normas de idêntica densidade normativa. Se duas leis, para situações idênticas, determinarem conseqüências diversas, estará o aplicador do direito diante do problema sobre a aplicação da lei “A” ou da lei “B”, se o conflito não puder ser resolvido mediante interpretação (resolução teológica ou extensão). A decisão não fica ao seu alvedrio, devendo, segundo o postulado da “lex posterior”, deixar de aplicar a lei anterior e decidir a questão segundo os parâmetros da lei posterior.

Outra é a situação quando se tem um conflito entre a lei e a Constituição. A Constituição estabelece, freqüentemente – seja nos direitos fundamentais, nos princípios constitucionais ou nas disposições programáticas – apenas assertivas gerais que reclamam concretização para que possam desenvolver eficácia normativa. Se o juiz ou outro aplicador chegar à conclusão de que a lei contraria a Constituição, não poderá ele aplicar, indiscriminadamente, a Constituição em lugar da lei, uma vez que, a despeito de qualquer esforço, dificilmente se logra extrair da Constituição uma regulação positiva sobre situações específicas. (...) enquanto a regra de colisão relativa à “lex posterior” pressupõe duas leis contraditórias de idêntica densidade normativa, surge na contradição entre a lei e a Constituição de um déficit normativo: lex superior não logra colmatar diretamente as lacunas surgidas. (...) Pode-se avançar um passo: quando se cuidar de colisão de normas de diferente hierarquia, o princípio da “lex superior” afasta outras regras de colisão. A utilização de uma ou de outra regra poderia levar ao absurdo de permitir que a lei ordinária – enquanto lei especial ou posterior – afastasse a incidência da Constituição enquanto lei geral ou lex prior.⁹⁷

Nesse sentido, é relevante mencionar a decisão proferida liminarmente pelo Min. Marco AURÉLIO, em sede de ADPF 58-4 DF, onde a parte argüente – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) - questionou a interpretação dada aos dispositivos do Código Penal vigente que tratam do aborto. Satisfeito o princípio da subsidiariedade da medida,⁹⁸ foi reconhecido o direito

⁹⁷ IPSEN, Jörn. *Reschfolgen der Verfassungsgidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden Baden. 1980. P.164, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. p. 165 e 166.

⁹⁸ Dois foram os argumentos nesse sentido: o de que ADIn não caberia, pois o objetivo não seria o de tirar as referidas normas do sistema, e o relacionado ao tempo de uma gestação. Quanto ao período da gestação pronunciou-se o Min. MARCO AURÉLIO, na referida liminar aduzindo que “Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte - espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. (...) Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz.”

constitucional de gestante, no sentido desta poder se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade e a anomalia que atingiu o feto.

Em resumo, acolheu-se o pedido pretendido, qual seja, a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sem que houvesse redução dos textos.

Tal decisão não aplicou a jurisprudência consagrada do Supremo relativamente à inadmissibilidade desse tipo de ação em relação a direito pré-constitucional. A inteligência dominante no STF, como já dito antes, corroborada na ADIN – 02/DF,⁹⁹ é a de que lei anterior à Constituição e com ela incompatível estaria revogada, e não declarada “inconstitucional por superveniência”.

Esse julgado explicita, portanto, uma das inúmeras situações que podem ainda surgir, onde é mister que se aplique o raciocínio e o reconhecimento de uma inconstitucionalidade superveniente.

Ora, o Código Penal brasileiro é da década de 40. Se fosse entendida a situação como um caso de revogação, as aludidas normas já não estariam mais em vigor, e não haveria sentido em declarar sua inconstitucionalidade. Ademais, se o pedido se refere à interpretação consoante a Constituição, não está sendo pleiteada a retirada das normas do sistema jurídico, nem se afirma que elas sejam inconstitucionais nos seus relatos abstratos. Requer-se apenas que as normas permaneçam em vigor, mas com as interpretações que lhe venha a dar a Corte, o que não pode se dar por meio de uma revogação.¹⁰⁰ A ADPF mostra-se, portanto, como medida adequada.

Aprofundando a problemática do objeto da arguição de descumprimento, agora atinente às leis municipais, o que ocorre é que o controle destas, perante o Supremo (tendo em vista violação à Carta Fundamental), antes da Lei nº 9882/99, dava-se somente através do controle difuso, mediante recurso extraordinário. Vale lembrar que, frente às Constituições estaduais, naquilo que diz respeito ao direito

⁹⁹ Por maioria de votos, o tribunal não conheceu da ação, por se tratar de impugnações de leis anteriores à Constituição de 1988 (impossibilidade jurídica do pedido), vencidos os Mins. MARCO AURÉLIO, SEPÚLVEDA PERTENCE e NÉRI DA SILVEIRA, que rejeitavam essa preliminar. Relator – Min. PAULO BROSSARD.

¹⁰⁰ Decisão proferida em 01/07/04, pelo relator Min. MARCO AURÉLIO, na ADPF 58-4 DF.

local (não sendo normas de reprodução obrigatória),¹⁰¹ não é possível que lei municipal venha a ser discutida pela via do recurso extraordinário, no STF, em virtude de entendimento já sumulado pelo Excelso Pretório.¹⁰²

A inquietação, com relação ao instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que tange ao direito municipal, surge justamente porque, através dessa via, possibilitou-se o ser exercido do controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais mediante pleito a ser analisado pelo STF, sempre que estes violem algum preceito constitucional, envolvendo, conseqüentemente, uma controvérsia constitucional relevante.

Alexandre de MORAES sustenta que a extensão do controle concentrado de constitucionalidade a leis e atos normativos municipais seria inconstitucional, pois estaria aumentando a competência do Supremo Tribunal Federal através de uma lei ordinária.¹⁰³ Segundo o autor “o legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do STF, que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo Texto Magno. Essa manobra foi eivada de flagrante constitucional, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.”¹⁰⁴

MENDES afirma que, tanto nos casos relativos ao direito municipal em face da Constituição Federal, quanto ao direito pré-constitucional, e ainda nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou com efeitos que já se

¹⁰¹ Conforme classificação de HORTA, Raul Machado. *Poder Constituinte do Estado-membro*. Revista de Direito Público, São Paulo, 1988, reafirmada por CLÈVE, *op. cit.* p.404, onde são diferenciadas as normas de repetição obrigatória (observação compulsória do constituinte estadual) e as de imitação (opção inserida na autonomia federativa do ente que preferiu copias a solução adotada pelo constituinte originário).

¹⁰² Súmula 280 do STF – “por ofensa ao direito local não cabe recurso extraordinário”. Decisão 16/12/1963.

¹⁰³ O autor se baseia no argumento de que a Constituição Federal de 1988 não deu competência ao STF de julgar ADINs de leis ou atos normativos municipais face à Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, inciso I, letra a da CF/88).” Conforme tal entendimento, o controle direto de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais é exercido pelo Tribunal de Justiça Estadual e deverá estar previsto na Constituição Estadual, conforme. art 125, § 2º da CF/88: “§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional...* p. 267-268.

exauriram; em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.¹⁰⁵

Desse último entendimento nós compartilhamos, pois o fato é que a lei não quis apresentar meramente um rol exemplificativo de hipóteses onde a argüição poderia ter incidência. A lei quis nitidamente incluir impugnações excluídas da esfera do controle abstrato, através da via direta.¹⁰⁶ Entretanto, as conseqüências desse ato ainda não podem ser mensuradas.

No que toca ao direito pretérito, não vemos inconstitucionalidade na previsão normativa da argüição, contudo, ainda está instaurado o conflito da Lei nº 9882/99 em face do posicionamento defensor da revogação de atos pré-constitucionais por parte do STF.

Da mesma forma, concernente ao direito municipal, entende-se que não houve manobra inconstitucional, diferente do que defende Alexandre de MORAES. Observa-se que a previsão de um dispositivo dessa natureza foi uma tentativa do legislador ordinário incluir a proteção do direito municipal, através de um mecanismo reconhecidamente integrante do sistema de controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a argüição.

Foi por meio desse instituto que uma área que ainda não havia recebido a devida importância do mundo jurídico, no que tange a juízos de constitucionalidade, deixou de ocupar o lugar do esquecimento. O Direito Municipal passou a ser objeto do controle de constitucionalidade.

Entendemos ser a tentativa de proteção e inclusão no controle de constitucionalidade desse objeto (direito municipal e pretérito) válida. Não há manobra inconstitucional, pois está se concretizando o escopo do sistema de controle de constitucionalidade: proteger a Carta Fundamental da maneira mais completa possível.

Resta saber se a argüição proporcionará a cobertura, aplicabilidade e eficácia esperadas no que tange a essas duas questões, o que por ora não se pode dimensionar, uma vez que o Conselho Federal da OAB propôs ADIn (2231-DF) questionando a Lei n.º 9882/99, ocasião em que foi proferida decisão liminar

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental, demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Revista Jurídica Virtual, n.º 13, junho/2000.

excluindo (mesmo que em decisão não definitiva) a aplicabilidade do inciso I do art. 1º da referida lei, o qual trata da questão das “controvérsias constitucionais relevantes”.

Diante disso, constata-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal entrou em contradição, tendo em vista que, o aludido dispositivo que versa sobre a apreciação de descumprimento de preceito fundamental vinculado a controvérsia constitucional relevante em sede de ADPF (art. 1º, inc. I da Lei n.º 9882/99) encontra-se em “estado de latência”, não podendo o Guardião da Constitucional se valer do mesmo, e no entanto, na ADPF 58-4/DF, o Min. Marco Aurélio recentemente decidiu (mesmo que para alguns tenha sido de maneira implícita) acerca de controvérsia constitucional relevante no que concerne a direito pretérito, quando tratou do aborto, e dos fetos anencefálicos frente ao Código Penal e à Constituição.

4.3.As Modalidades de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Lembrando que as espécies de arguição de descumprimento de preceito fundamental são construção doutrinária, sem ter, necessariamente, fulcro de previsão terminológica pela legislação, é oportuno elucidarmos as modalidades de apresentação do presente instituto, e essas imagens só podem ser esculpidas de acordo com a diretriz adotada.

Se tomarmos como base o momento da lesão a preceito fundamental, podemos classificar a arguição em preventiva¹⁰⁷ ou repressiva, já que o instituto tem por objeto *evitar, reparar*, ou ainda, *fazer cessar* lesão a preceito constitucional

¹⁰⁶ Lembramos a ressalva já feita de que o legislador não quis criar hipóteses de incidência isoladas do parâmetro “preceito fundamental”.

¹⁰⁷ A esse respeito, cabe mencionar decisão proferida pelo Min. CARLOS BRITO, relator na ADPF 43 AgR/DF, que teve como argüente o Partido Democrático Trabalhista. Pela ementa podem ser vislumbrados os equívocos na interpretação da ADPF, uma vez que esta apresenta-se como instrumento do controle de constitucionalidade, inclusive em âmbito preventivo: “A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, (...) DEVE RECAIR SOBRE ATO DO PODER PÚBLICO NÃO MAIS SUSCETÍVEL DE ALTERAÇÕES. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NÃO SE INSERE NA CONDIÇÃO DE ATO DO PODER PÚBLICO PRONTO E ACABADO, PORQUE AINDA NÃO ULTIMADO O SEU CICLO DE FORMAÇÃO. ADEMAIS, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM SINALIZADO NO SENTIDO DE QUE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL VEIO A COMPLETAR O SISTEMA DE CONTROLE OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. ASSIM, A IMPUGNAÇÃO DE ATO COM TRAMITAÇÃO AINDA EM ABERTO POSSUI NÍTIDA FEIÇÃO DE CONTROLE PREVENTIVO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, O QUAL NÃO ENCONTRA SUPORTE EM NORMA CONSTITUCIONAL-POSITIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”.

fundamental.¹⁰⁸ É importante esclarecer que a modalidade repressiva pode se configurar em duas órbitas diferentes, posto que reparar uma lesão a preceito fundamental é uma situação diversa de fazer cessar uma lesão a preceito fundamental que se manifesta de forma continuada.

Tendo como base a independência do instituto, classifica-se a argüição em duas outras modalidades: a direta/ autônoma e a indireta/ incidental.¹⁰⁹ Nas palavras de TAVARES, “ao lado da denominada argüição autônoma há de se falar de uma segunda modalidade, a argüição incidental, paralela à um processo qualquer já instaurado e que surge em função deste”.¹¹⁰

Prevista no direito positivo, no *caput* do art. 1º da Lei nº 9882/99, na argüição autônoma não é necessário outro processo anterior, visto que ela ocorre direta e originariamente perante o STF. É uma modalidade do controle de constitucionalidade, exercida pela via da ação, e que tem o objeto de evitar ou reparar ou fazer cessar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

A argüição dita autônoma tem por escopo a defesa da ordem jurídica constitucional objetiva, por isso se instaura nos formatos de um processo objetivo, o qual, apesar de estar relacionado à apreciação de um ato concreto do Poder Público, mantém-se num contexto de abstração, não havendo associação direta a esferas subjetivas que estejam ligadas a uma lide. Sendo assim, não há prejuízo à argüição manifesta nos moldes de sua autonomia, pois pode comportar, sem grandes problemas, a legitimidade ativa restrita que restou à Lei nº 9882/99, após o (já referido) veto do Presidente da República.

Ao lado da modalidade direta, surge a figura mais polêmica quando tratamos das espécies de apresentação da ADPF. É bem verdade que a Lei nº 9.882/99 não previu positivamente a argüição de descumprimento de preceito fundamental indireta ou incidental, todavia esta se mostra como modalidade construída e defendida amplamente pela doutrina, havendo até opiniões no sentido de entender que a Lei

¹⁰⁸ Com entendimento semelhante, todavia sem descer ao duplo enfoque da espécie de argüição repressiva, está o autor MORAES, Alexandre de. *Comentários à lei 9882/99 -Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.), *op. cit.* p. 19.

¹⁰⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, Revista Virtual n.º 7, Subchefia Para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, dezembro, 1999.

n.º 9882/99 teve como único e exclusivo objetivo a implantação dessa modalidade no ordenamento brasileiro.

A esse respeito, MOTTA, *in verbis*:

"(...) A propósito, percebemos a existência, bem definida, de dois grupos de comentaristas desta nova modalidade de arguição principal. Quanto ao primeiro, que ingenuamente defende o novo instituto com "unhas e dentes" e acredita sinceramente que constitui um avanço no sistema constitucional de nosso país, ousamos dizer que não passam de meros inocentes-úteis. Já o segundo, maquiavelicamente, queda-se em silêncio preocupante (...) quase ouvimos suas risadas abafadas de satisfação com o caos que se instala em nome da disciplina democrática (...)"¹¹¹

Enfim, sem ignorar a existência dos defensores e simpatizantes dessa espécie de ADPF, cabe-nos explicitar suas características.

Vê-se claramente que, se a arguição incidental for considerada pacificamente no direito brasileiro, será resultado de flagrante influência dos modelos de incidente de inconstitucionalidade, em especial, o germânico, pois se apresenta como um mecanismo de controle concentrado e concreto de constitucionalidade.

A arguição incidental, não prevista expressamente pela lei, seria a modalidade de ADPF onde um processo de jurisdição ordinária poderia ser suspenso, consoante o art. 5º, § 3º da Lei nº 9882/99 (dispositivo hoje suspenso por conta da ADIn 2231-DF já mencionada), até que a questão constitucional suscitada na lide fosse solucionada, por meio do tribunal guardião da Constituição.

Para aqueles que vislumbram a modalidade incidental como uma espécie consolidada no Direito Brasileiro, há outra semelhança com a *Verfassungsbeschwerde*, a *Beschwerde* e o *recurso de amparo*, quando há possibilidade do transporte da questão, envolvendo descumprimento de preceito constitucional fundamental, ao STF nos casos em que é mister celeridade no proferimento de uma decisão, tendo em vista que algum dano irreparável pode ser ocasionado a uma das partes envolvidas no processo, em jurisdição ordinária. Para aqueles que assim entendem, o art. 5º, § 1º da Lei nº 9882/99 é usado para corroborar com essa hipótese, pois trata de concessão de decisão liminar fazendo menção à situação de "extrema urgência ou perigo de lesão grave". Para idêntica

¹¹⁰ TAVARES, André Ramos. In: TAVARES, André Ramos; e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.), *op. cit.* p. 62.

¹¹¹ http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=recentes&page_id=210&page_parte=1

finalidade, qual seja, para defesa da modalidade incidental da ADPF, o art. 6º, § 1º da mesma lei é utilizado quando faz menção a oitiva das “partes nos processos que ensejaram a argüição”, em situações de apreciação de pedido liminar.

Segundo SARMENTO, um dos defensores da espécie, o objetivo da argüição incidental “é antecipar decisões do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsias constitucionais relevantes, que antes só chegariam ao seu conhecimento muito depois, após o percurso de tortuosas vias recursais”.¹¹²

Também analisando a modalidade incidental, Juliano Taveira BERNARDES explica as implicações dessa espécie:

A primeira implicação, de natureza *endoprocessual*, faz com que o deslinde da questão constitua antecedente lógico do julgamento da própria causa da qual surgiu o incidente, vinculando tanto as partes como o juízo ordinário. A segunda possui conotação *extraprocessual*, porque os efeitos da decisão do STF são *erga omnes*, atingindo aqueles que sequer participaram da relação processual, bem como *vinculantes* em face dos demais órgãos do Poder Público.¹¹³

Com esses elementos, podemos concluir que essa segunda modalidade, se tivesse sua existência considerada pacificamente, teria como escopo a proteção, primeiramente, de um direito fundamental (inclusive na idéia de preceito fundamental) vinculado a um sujeito individual, e como reflexo dessa proteção, seria proporcionada, indiretamente, a defesa do conteúdo essencial objetivado na Constituição.

Ademais, se a argüição incidental se consolidasse (senão pela lei, ao menos, pelo entendimento jurisprudencial), veríamos, mesmo assim, grande prejuízo a sua utilidade, pois não é possível enxergar a legitimidade ativa ampla a todo e qualquer particular violado em um de seus direitos fundamentais, por ato do Poder Público, em virtude do veto ao art. 2º, inc. II do projeto que resultou na atual lei regulamentadora da argüição de descumprimento de preceito fundamental, fato este que prejudica qualquer viabilização ou otimização da modalidade em tela.

Outro argumento daqueles que entendem ser a argüição incidental uma das intenções do legislador ordinário, quando da edição da Lei n.º 9882/99, é que através dessa figura, seria criada uma ponte entre os sistemas difuso e concentrado

¹¹² SARMENTO, In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.), *op. cit.* p. 88.

¹¹³ BERNARDES, Juliano Taveira. *Lei 9882/99: argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.º 39, fev. 2000. p. 2. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=237>>.

de controle de constitucionalidade, o que concorda com o que o professor CANOTILHO explicou como uma das características do controle misto de constitucionalidade, através do qual se “permite o trânsito do controle difuso para o controle concentrado”, do qual resulta a generalização dos efeitos jurídicos da decisão, com força vinculante.¹¹⁴

Ainda tratando de espécies de manifestação da argüição, não se pode deixar de esclarecer um equívoco, apontado por MANDELLI JUNIOR, e cometido pela maior parte da doutrina que se manifestou a respeito da argüição, com relação à suas modalidades.¹¹⁵

TAVARES e BERNARDES são alguns dos doutrinadores que interpretam a lei integradora da argüição de descumprimento de preceito fundamental correlacionando às modalidades autônoma e incidental da argüição, respectivamente, o art. 1º, *caput*, e o art. 1º, parágrafo único, inc. I da Lei nº 9882/99. Assim sendo, a modalidade incidental por eles defendida, por exemplo, permitiria a deflagração da argüição de descumprimento de preceito fundamental somente quando fosse relevante o fundamento da controvérsia constitucional suscitada em sede de controle difuso, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, constituindo a decisão prévia, antecedente lógico do julgamento do pleito, no que atine à questão de fundo.¹¹⁶

Noutro sentido, para aqueles que entendem que a argüição incidental não subsiste, os argumentos vão no sentido de que, além de tal viés não estar previsto positivamente pelo legislador de maneira clara, o próprio STF, em alguma medida, já demonstrou sua antipatia (se não for literal aversão) à espécie aludida.

Tal sentimento ficou bem demonstrado quando, na ADIn nº 2231-DF,¹¹⁷ ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, houve decisão liminar proferida pelo Ministro Néri da SILVEIRA (relator), com efeitos *ex nunc* e até o final do julgamento da ação direta, impedindo a possibilidade de sobrestamento de processos em grau ordinário (art. 5º, § 3º da Lei nº 9882/99), e a ainda, excluindo a possibilidade de

¹¹⁴ CANOTILHO, *op. cit.* p. 919-20 e 958-9.

¹¹⁵ MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 106.

¹¹⁶ De acordo com o BERNARDES, *op. cit.*, p. 3: “Apesar da ausência de disciplinamento legal, a argüição incidental prevista no art. 1º, par. único, inciso I, da Lei 9.882/99 pode ser suscitada quando em tramitação o processo perante qualquer órgão judicial, inclusive o próprio STF, desde que não definitivamente julgado.”

¹¹⁷ Ver Informativo 253 do STF.

apreciação de controvérsia constitucional relevante, impedindo que o art. 1º, parágrafo único, inc. I da mesma lei tivesse aplicabilidade. Este último dispositivo, para muitos, é o fundamento legal que mais explicita a espécie incidental da argüição (como foi dito há pouco, no que tange à separação do objeto sindicável).

Ficou claro que a finalidade da mencionada liminar era excluir a possibilidade de utilização dessa espécie de argüição. A referida ADIn encontra-se com julgamento suspenso desde a concessão da referida liminar, e o Ministro Sepúlveda PERTENCE encontra-se com vista dos autos.¹¹⁸

Como se pode perceber, a divergência doutrinária quanto à argüição incidental é grande.

Há um combate travado entre aqueles (otimistas) que defendem a modalidade incidental da ADPF e o fazem com “unhas e dentes” resgatando aspectos da origem do instituto, do direito comparado; e aqueles (pessimistas ou, pode-se dizer, mais realistas) que entendem que a argüição incidental é inexistente por ser incompatível com o ordenamento brasileiro, baseando suas afirmações na falta de um fundamento positivado em lei que faça a previsão explícita da modalidade.

Embora quiséssemos, inicialmente, tomar partido junto aos otimistas, a realidade nos mostrou que a argüição incidental (que entendemos ter sido uma intenção do legislador ordinário), se tudo continuar a se desenvolver da maneira como vem, não terá um destino muito diferente daquele que teve o instituto do mandado de injunção – não terá utilidade por ter sido desconsiderada.

O posicionamento adotado no presente trabalho, no entanto, é o de vislumbrar a argüição incidental como uma hipótese a ser considerada, que se fosse prevista pelo legislador de maneira clara, seria um instrumento útil à democracia participativa, ao acesso à justiça e incontestemente no que concerne a sua existência, todavia, como anteriormente exposto, a realidade se mostra diversa. Independentemente disso, não nos cabe ignorar a argüição incidental, mesmo porque as próprias origens da argüição de descumprimento de preceito fundamental (direito comparado) não nos permitiriam. Ela será trabalhada, no entanto, sempre no plano hipotético.

¹¹⁸ Conforme informativo nº 253 do STF.

Faz-se mister, portanto, verbalizar as devidas ressalvas quanto aos posicionamentos doutrinários, não se podendo falar, por exemplo, em vinculação das modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental (autônoma e incidental, se considerada) a objetos de incidência distintos, pois como já exposto, essa divisão em espécies distintas não é pacífica, e o objeto de incidência da argüição é um só, ao qual o legislador somou exemplos elucidativos propositadamente, sem a intenção, contudo, de seccionar o instituto com conteúdos e objetivos diferentes.

5. ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADPF

5.1. A Competência Exclusiva do Supremo Tribunal Federal

No que tange aos aspectos processuais do presente instituto, vemos que a primeira coisa para a qual deve-se atentar é a competência para propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Segundo Eduardo COUTURE, “a competência é o poder da jurisdição para uma determinada parte do setor jurídico: aquele especificamente destinado ao conhecimento de determinado órgão jurisdicional”.¹¹⁹ Para Vicente GRECO FILHO, a competência “é o poder que tem um órgão jurisdicional de fazer atuar a jurisdição diante de um caso concreto”.¹²⁰

No art. 1º da lei integradora da argüição reza que:

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. Parágrafo único. Caberá também argüição 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.

Notamos que a presente ação constitucional está situada na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal, e desenvolve-se através de processo objetivo apresentando-se como um instituto bivalente, que às vezes se toma uma roupagem processual autônoma, e outras vezes funciona como um incidente

¹¹⁹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 29.

¹²⁰ FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro*. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 171.

processual de inconstitucionalidade, embora esvaziado pelo fato de não configurar um instrumento muito útil como possibilidade de viabilização da democracia.

MANDELLI JUNIOR defende a possibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental poder ser apreciada pelo Tribunal de Justiça Estadual, quando ocorrer descumprimento de preceito exposto na Constituição Estadual. O fulcro de tal entendimento está no federalismo, mais especificamente na diversidade e autonomia suposta entre as unidades federadas, tendo como dispositivo aplicável, por analogia, o art. 125, § 2º da CF.¹²¹ Se houver previsão do legislador estadual, não está descartada totalmente tal utilidade para a ADPF, muito embora a Lei n.º 9882/99 não tenha positivado tal possibilidade.

Cabe esclarecer, no entanto, que o posicionamento do referido autor é isolado. Na doutrina, exceto pelas considerações feitas, é ponto pacífico o fato de que não há faculdade de apreciação *ex officio* da arguição pelos tribunais de jurisdição nem ordinária, nem superior. A competência é tida como exclusiva do órgão guardião da Constituição, que no Brasil é o Supremo Tribunal Federal, em semelhança ao que ocorre no julgamento do recurso constitucional alemão pelo Tribunal Constitucional.

5.2.Os Legitimados Ativos

Embora se trate, no formato autônomo (para alguns, único, e para outros, apenas uma das facetas da arguição de descumprimento de preceito fundamental), de processo objetivo de provocação da jurisdição constitucional, tanto a Constituição quanto a lei n.º 9882/99 determinam os capacitados processualmente para propor a arguição. Destarte, cabe-nos falar em legitimidade ativa, bem como explicitar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta apenas por aqueles que a lei permite.

O rol é mencionado tomando emprestados os mesmos entes autorizados para encetar a ação direta de inconstitucionalidade,¹²² mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da arguição.¹²³

¹²¹ MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 148-149.

¹²² Lei n.º 9.882/99, art. 2º, I.

¹²³ Restou ao particular, lesado em preceito fundamental constitucional, o direito de petição previsto no art. 2º, § 1º da Lei n.º 9882/99.

De tal sorte, podem, portanto, instaurar a argüição de descumprimento de preceito fundamental o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal,¹²⁴ o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹²⁵

Observa-se também uma restrição prejudicial à democracia na interpretação restritiva quanto à legitimação de “entidade de classe de âmbito nacional”. Pode-se perceber, por meio dos contornos jurisprudenciais que o conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” configura-se excessivamente minimalista. Na ADPF 34 MC/DF, argüida pela Associação Brasileira dos Fabricantes de Artigos de Puericultura – ABRAPUR, que teve como relator o Min. Celso de MELLO, em julgamento do dia 20 (vinte) de novembro de 2002 (dois mil e dois), foi exposto que “não possuem qualidade para agir, em sede de controle normativo abstrato, as entidades de classe de âmbito nacional que constituam associação de associações e/ou que possuam composição heterogênea, reunindo, em seu quadro social, pessoas físicas e pessoas jurídicas”.¹²⁶ Ao nosso ver, tal restrição não se funda em

¹²⁴ A Mesa de Assembléia Legislativa, a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado e o Governador do Distrito Federal não estavam previstos no art. 103 da CF. A lei n.º 9868/99 regulamentou essa possibilidade, ao nosso ver, acertada, e que já vinha sendo pensada há muito pelo próprio STF.

¹²⁵ CF, art. 103. Sem embargo, ainda por decisão da Suprema Corte, adequada à argüição de descumprimento de preceito fundamental, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ativamente legitimados, possuem igualmente, capacidade processual plena, além de postulatória, podendo, em consequência, praticar, na ação, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. Cf. RTJ n.ºs. 144, p. 3 e ss. e 163, p. 434.

¹²⁶ Decisão: “(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao versar a questão pertinente à titularidade do poder de agir, em sede de fiscalização normativa abstrata, tem advertido - tratando-se de entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX) - que estas não disporão de legitimidade ativa ad causam, para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, se se qualificarem como associação de associações ou, então, se possuírem composição híbrida. Isso significa, portanto, que o conceito jurisprudencial de entidade de classe de âmbito nacional, tal como formulado por esta Suprema Corte, estende-se, em decorrência da própria norma inscrita no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, e para efeito de instauração do respectivo processo, à argüição de descumprimento de preceito fundamental. Como assinalado, não possuem qualidade para agir, em sede de controle normativo abstrato, as entidades de classe de âmbito nacional que constituam associação de associações e/ou que possuam composição heterogênea, reunindo, em seu quadro social, pessoas físicas e pessoas jurídicas. Considerada tal perspectiva, entendo falecer legitimidade ativa ad causam, à ora argüente, para propor a presente medida de direito processual constitucional, eis que a entidade de classe em

argumentos sólidos, sendo apenas mais uma opção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que neste caso, compromete a possibilidade de serem formulados pedidos relativos à lesão a preceitos fundamentais constitucionais, pelo “povo”, não apenas na sua concepção individual, mas sim, coletiva.

Ainda, na linha de interpretações restritivas quanto à legitimidade ativa de entes representantes do “coletivo popular”, excluídos da propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, está o entendimento de que, sendo o artigo 2º da Lei n.º 9882/99, taxativo, ao limitar a legitimidade para a propositura da argüição aos rol dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, não se inclui nesse elenco os Prefeitos ou os Municípios. Nesse sentido vai a ADPF 44 – PR, que teve como relator o Min. Joaquim BARBOSA, julgada em 09 (nove) de setembro de 2003 (dois mil e três), onde figurava como argüente o Município de Ibema.¹²⁷

questão incide em ambas as restrições firmadas pela jurisprudência desta Suprema Corte, pois, além de se qualificar como associação de associações, também possui composição heterogênea. (...) Impõe-se registrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivos pronunciamentos, tem salientado, a propósito do tema ora em exame, que não se qualificam como entidades de classe, para efeito de instauração da fiscalização normativa abstrata, aquelas organizações, que, congregando pessoas jurídicas, constituem, como a ABRAPUR, verdadeiras associações de associações. O fato irrecusável é que, em tais hipóteses, esta Suprema Corte tem recusado, a entidades como a ABRAPUR, a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente organizadas como instrumentos de representação de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma, falecendo-lhes, em consequência, legitimidade ativa para a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (RTJ 132/561 - RTJ 140/752 - RTJ 147/3 - RTJ 152/112-113 – RTJ 152/782 - RTJ 177/655 - ADI 1.437/PR - ADI 1.676-MC-QO/UNIÃO FEDERAL - ADI 2.180-AgR/SP - ADI 2.438-AgR/PB): "Não se qualificam como entidades de classe, para fins de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, aquelas que, congregando exclusivamente pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações. Pessoas de direito privado, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não constituem, até mesmo em função de sua própria natureza jurídica, classe alguma. Precedentes." (RTJ 147/401, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Conclui-se, portanto, considerada a própria noção de entidade de classe, construída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de ação direta - e que se projeta, por força do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, à argüição de descumprimento de preceito fundamental - que não assiste, à ABRAPUR, na espécie, a necessária legitimação para agir. (...) Sendo assim, e pelas razões expostas, não conheço da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que falece, à autora, a pertinente legitimidade ativa *ad causam*, restando prejudicada, em consequência, a apreciação do pedido de medida cautelar. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se". Brasília, 20 de novembro de 2002. Ministro CELSO DE MELLO.

¹²⁷ Decisão: “Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Prefeito de Ibema, Estado do Paraná, em nome desse Município. A argüição diz respeito à alegada inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6, de 2003, que dispõe sobre infrações político-administrativas do Prefeito e dos Vereadores. Conclui o argüente, em sua fundamentação, que “a Lei Municipal 006/2003 descumpra preceito fundamental em sua integralidade por violar o Princípio Constitucional da Reserva de Lei Formal e o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes, por legislar sobre matéria privativa da União estabelecida no artigo 22 da Magna Carta” (fls. 10). Pede concessão de liminar para suspender a eficácia da Lei Municipal atacada. A Lei nº 9.882, de 1999, ao

O Supremo entende ainda que alguns dos legitimados ativos, em julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, devem demonstrar interesse na discussão constitucional, não bastando o simples ajuizamento;¹²⁸ enquanto que, com relação a outros, o guardião da Constituição entende que existe implícito interesse em preservar a supremacia da Constituição, tendo em vista a força das atribuições institucionais desses legitimados. Faz-se analogia desse entendimento, em sede de ADPF.

Vale lembrar que o projeto que deu origem à lei integradora da argüição de descumprimento de preceito fundamental previa uma legitimação ativa estendida a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público”. O dispositivo que previa esses legitimados foi vetado pelo Presidente da República,¹²⁹ com a alegação, ao tempo, de contrariedade ao interesse público, em vista do “comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal, consequência da inevitável multiplicação de demandas”.¹³⁰ O veto dessa disposição distanciou o instituto da argüição das figuras símiles do Direito Comparado, as quais deram passos mais importantes em direção à cidadania, ao ideal democrático e à concretização do Estado de Direito.

Através da jurisprudência podemos observar a dimensão do prejuízo causado à democracia, pois o número de argüições de descumprimento de preceito fundamental indeferidas por motivo de ilegitimidade ativa constitui o maior contingente de decisões acerca do instituto.

Nesse sentido está a ADPF 11 – SP, julgada em 30 (trinta) de janeiro de 2001 (dois mil e um), que teve como relator o Min. Carlos VELLOSO, e como

regulamentar o §1º do artigo 102, da Constituição Federal, previu a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo ... municipal ...” (artigo 1º, parágrafo único, II, da Lei). Não obstante, o artigo 2º da Lei é taxativo ao limitar a legitimidade para a propositura da argüição aos rol dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade entre os quais, claramente, não se incluem os Prefeitos ou os Municípios. Face ao exposto, e com base no caput do artigo 4º da Lei nº 9.882, indefiro liminarmente a presente argüição. Arquite-se”. Brasília, 19 de setembro de 2003. Ministro JOAQUIM BARBOSA.

¹²⁸ Esse entendimento surgiu no STF a partir de da Constituição de 1988. Do rol mencionado como capaz para propor a ADPF, não precisam mostrar interesse na discussão apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e partido político com representação no Congresso Nacional.

¹²⁹ Seria o inciso II, do parágrafo único, do art. 1º da lei 9882/99.

¹³⁰ Mensagem n.º 1.807, publicada no DO de 06.12.99, Seção I, p. 10. BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza, *ob. cit.*, p. 71 e 72.

argüente o particular Fábio Monteiro de Barros Filho;¹³¹ a ADPF 20 – DF, julgada em 15 (quinze) de outubro de 2001 (dois mil e um), sendo o relator o Min. Maurício CORRÊA, e o argüente, Carlos Antonio de Freitas;¹³² a ADPF 25 – DF, sob a direção da Min. Ellen GARCIE, em julgamento datado de 15 (quinze) de agosto de 2002 (dois mil e dois), tendo como argüente o particular Marcos Rogério Baptista;¹³³ a ADPF 38 – RJ, com o Min. Gilmar Ferreira MENDES como relator, julgada em 14 (quatorze) de março de 2003 (dois mil e três), sendo o argüente o particular Juarez Ribeiro Belém,¹³⁴ dentre outras decisões que liquidaram as possibilidades de

¹³¹ Decisão: “Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido liminar, proposta por Fábio Monteiro de Barros Filho, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e na Lei 9.882/99, na qual requer “a intervenção do STF, na qualidade de guardião da Constituição e do Estado de Direito, na forma da Lei 9.882, com a concessão de medida liminar” visando à “a) Suspensão do bloqueio de bens do requerente e suas empresas, para que possa desenvolver suas atividades, se necessário for para que o mesmo ofereça garantia real nos autos da ação civil pública proporcional a sua responsabilidade” (fls. 12/13), bem como “b) Suspender a sentença falimentar da CONSTRUTORA IKAL LTDA., até ao final da ação civil pública, em face da indisponibilidade de seus bens, créditos e valores depositados em conta corrente” (fl. 13). Autos conclusos nesta data. Decido. A argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da argüição (art. 2º, § 1º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da *legitimatío ad causam* ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento. Publique-se”. Brasília, 30 de janeiro de 2001. Ministro CARLOS VELLOSO.

¹³² Decisão: “Cuida-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada por Carlos Antônio de Freitas objetivando sua nomeação e posse no cargo de Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sem contudo indicar expressamente o dispositivo que considera violado. Verifica-se, ainda, que o requerente é pessoa física, não relacionada dentre as autoridades e entidades legitimadas pelo artigo 103, caput, da Carta Federal c/c o artigo 2º, I, da Lei 9.882/99. Ante o exposto, visto que o autor não é titular da *legitimatío ad causam* ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento. Publique-se”. Brasília, 15 de outubro de 2001. Ministro MAURÍCIO CORRÊA.

¹³³ Decisão: “Trata-se de petição autuada como Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que Marcos Rogério Baptista, fundamentando-se no art. 102, I, a e § 1º da Constituição Federal, pleiteia o processamento de uma “ação cível argüitiva de violação aos preceitos fundamentais e constitucionais”, em face do arquivamento, por despachos proferidos por esta Corte, dos HHCC de nºs 81.066 e 81.442, por ele impetrados. Requer, liminarmente, a cassação das referidas decisões, além do julgamento de mérito dos respectivos *habeas corpus*. 2 - Observo, inicialmente, que o requerente não se encontra incluído no rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade ou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, conforme previsto no art. 103 da CF, c/c o art. 2º, I da Lei nº 9.882/99. Falta-lhe, portanto, legitimidade *ad causam* ativa. 3 - Ainda que inexistente tal óbice, conforme registrado pelo eminente Ministro Nelson Jobim em decisão proferida na ADPF nº 21, o Presidente da OAB/Pará encaminhou a este Supremo Tribunal o ofício nº 1.589/01, informando não mais se encontrar o requerente inscrito naquela Seção. A ausência de capacidade postulatória (art. 36, CPC), assim, também inviabiliza a apreciação do presente pleito. 4 - Em face das razões expostas, nego seguimento ao pedido (art. 21, § 1º do RISTF). Publique-se”. Brasília, 1º de agosto de 2002. Ministra ELLEN GRACIE.

¹³⁴ Decisão: “Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta por Juarez Ribeiro Belém. Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 1999, podem propor a ADPF os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.882, de 1999, art. 2º, I). Ao particular está reservada a faculdade de instar o Procurador-Geral da República, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999. Verificada a ilegitimidade ativa *ad causam*, nego seguimento à ação (art. 21, §

efetivação da democracia, no que tange à participação dos individuais na busca de seus direitos. Irremediável resta a questão, pelo óbice causado à provocação jurisdicional constitucional por todo e qualquer do povo.

Tal óbice é fato. A alternativa que nos resta é a de buscar interpretações para resgatar a órbita ótica democrática do instituto da argüição. As críticas ao referido veto são muitas, chegando a extremos.

TAVARES sustenta, ultrapassando os limites da argumentação jurídica científica, a inconstitucionalidade do referido veto presidencial. Tal posição é criticável, tendo-se em vista a anulação que o discurso jurídico sofre quando toma formatos demasiadamente impregnados de política.

Lênio Luiz STRECK também comenta o ato do Chefe do Poder Executivo em relação ao dispositivo apreciado. Consoante ele, “o veto presidencial configura clara e insofismável restrição ao direito fundamental de buscar junto ao tribunal maior o resgate dos direitos violados, com o que fica violado frontalmente a Constituição Federal”.¹³⁵

Restou, portanto, após o veto, apenas a faculdade a qualquer interessado, lesado ou ameaçado de lesão por ato do Poder Público, por meio de representação, solicitar, ou, nos termos de Humberto Peña de MORAES, “encarecer” a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República que, analisando os fundamentos jurídicos da pretensão, decidirá do cabimento, ou não, do seu ingresso em juízo.¹³⁶

Corroborando com a lei está também a jurisprudência, quando na ADPF 23 – RJ, em julgamento datado de 05 (cinco) de dezembro de 2001 (dois mil e um), sendo o argüente o particular Marcos Rogério Baptista,¹³⁷ bem como na ADPF 29 –

1º, do R.I./S.T.F.). Arquivem-se os autos. Publique-se”. Brasília, 14 de março de 2003. Ministro GILMAR MENDES.

¹³⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira*, In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, Adércio Leite (coord.), *op. cit.* p. 265.

¹³⁶ Lei n.º 9.882/99, art. 2º, § 1º. Proposta a argüição de descumprimento, a lei não permite que dela o argüente venha a desistir, conforme norma proibitiva, aplicável à espécie, albergada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conforme Regimento. Interno do STF, art. 169, § 1º.

¹³⁷ Decisão: “Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, c/c ação declaratória de constitucionalidade, proposta por MARCOS ROGÉRIO BAPTISTA. Autos conclusos em 07.11.2001. Decido. Os pedidos não têm viabilidade. A uma, dado que a argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da argüição (art. 2º, § 1º). Aqui, o autor não

MG, com julgamento na data de 05 (cinco) de março de 2002 (dois mil e dois), tendo como argüentes Vicente Boaventura dos Santos e outra,¹³⁸ sendo o relator de ambas as ações, o Min. Carlos VELLOSO, explicitou-se a via do pedido de particular ao Procurador-Geral da República.

Tal faculdade prevista configura migalhas jogadas aos particulares interessados, visto que, o poder de decisão para que uma pretensão dessa ordem possa ser tão somente apresentada em pauta para posterior apreciação, está nas mãos de outrem que não a vítima da lesão a preceito fundamental. É uma flagrante tentativa de retomar o “elitismo democrático” – expressão, no mínimo, contraditória - no qual compete às elites a tarefa de promover o bem comum, ‘interagindo’ com a massa.¹³⁹ O Governo permitiu não o exercício da cidadania e da democracia, mas contrariamente, a humilhação daqueles que, não bastasse a falta de proteção real à dignidade da pessoa humana, são impedidos de provocar a máquina do Poder Judiciário e reivindicar diretamente o seu desejo de justiça.

Outra explicação para o referido veto está vinculada também à antipatia, não só do STF, mas também do chefe do Executivo à época, no que diz respeito aos argumentos construídos para defender modalidade incidental da argüição, que, como já dito, é objeto de grande polêmica da Lei n.º 9882/99, tendo em vista que tal espécie, para se consagrar, estaria dependente, não só de positivação elucidativa, mas também de legitimação aberta, em semelhança ao que se presencia nos ordenamentos estrangeiros.

é titular da *legitimatío ad causam* ativa. A duas, porquanto a ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela E.C. 3/93, poderá ser proposta apenas pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (C.F., art. 103, § 4º, redação da E.C. 3/93). Do exposto, nego seguimento aos pedidos (art. 21, § 1º, do R.I./S.T.F.). Arquivem-se os autos. Publique-se”. Brasília, 05 de dezembro de 2001. Ministro CARLOS VELLOSO.

¹³⁸ Decisão: “Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, proposta por Vicente Boaventura dos Santos e outra. Autos conclusos em 04.03.2002. Decido. O pedido não tem viabilidade. É que a argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da argüição (art. 2º, § 1º). Aqui, os autores não são titulares da *legitimatío ad causam* ativa. Do exposto, nego seguimento ao pedido (art. 21, § 1º, do R.I./S.T.F.). Arquivem-se os autos. Publique-se”. Brasília, 05 de março de 2002. Ministro CARLOS VELLOSO.

5.3.Os Legitimados Passivos

Uma outra discussão surge quando o assunto é a legitimidade passiva em sede de ADPF, especialmente, quanto ao processo objetivo que esta configurar.

Conforme observação de MENDES, indicando, em nota de rodapé, lição do professor Celso Ribeiro BASTOS e do ministro Moreira ALVES, o processo objetivo “não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica”.¹⁴⁰

TAVARES explica que não há uma parte passiva, pois a medida não é proposta contra nenhuma pessoa específica, embora existam pessoas que serão chamadas a pronunciar-se sobre o ato em questão, tal como ocorre com a autoridade coatora no mandado de segurança.¹⁴¹

CANOTILHO explica, no que tange à controvérsia da legitimidade passiva em processo objetivo de argüição, *in litteris*:

Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo e de normas não é um processo contraditório, no qual as partes “litigam” pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direitos subjectivamente relevantes. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objectivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos.¹⁴²

Diante disso, vislumbra-se a utilidade de falarmos em legitimidade processual passiva. Tomando os contornos dessa consideração, entendemos que cabe então definir, em cada caso concreto, quem pode ocupar a posição processual de legitimado passivo (ou a autoridade ou a pessoa jurídica envolvida, ou ambos) levando-se sempre em conta, o parâmetro do preceito fundamental no que tange à propositura da ação.

Corroborando do entendimento que releva a utilidade de se cogitar a legitimidade passiva em sede de argüição está MANDELLI JUNIOR quando define

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 116.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 250.

¹⁴¹ In: *Tratado de argüição de preceito fundamental (Lei 9868/99 e Lei 9882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 325.

¹⁴² *Ob. cit.*, p. 943 e 944.

que “serão legitimados passivos as autoridades ou órgãos do Poder Público responsáveis pela edição ou realização do ato impugnado”.¹⁴³

Humberto Peña de MORAES cogita ainda a viabilidade, em relação à argüição de descumprimento de preceito fundamental, da formação de litisconsórcio ativo¹⁴⁴ e passivo, os quais devem ser considerados com ponderações, tendo-se em vista que tais posicionamentos geram conseqüências processuais.

5.4.A Subsidiariedade

Não bastasse as limitações feitas quanto aos legitimados ativos para a propositura da argüição, a Lei nº 9.882/99 no § 1º do art. 4º, dispôs que “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

A partir desse dispositivo, vemos a necessidade de tentar organizar construções no sentido de não transformar a argüição de descumprimento de preceito fundamental num instituto inoperante.

O artigo nos mostra nitidamente o caráter residual da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Importa que tentemos delimitar a profundidade e o alcance horizontal do princípio da subsidiariedade.

Analisando com olhos imparciais, percebemos que o legislador pretendeu não comprometer as vias que já estavam regulamentadas e presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a saber: mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão, e ação direta de constitucionalidade.¹⁴⁵

Contudo, deve-se levar em conta que a argüição é um instrumento que compõe o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, não sendo uma

¹⁴³ MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 153.

¹⁴⁴ ADIN n.º 79-9-DF, DOU de 05.06.92.

¹⁴⁵ Em ocasião recente, o Supremo Tribunal Federal não conheceu de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão “em cascata”, ao argumento de que “É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei n. 9.882, art. 4º, § 1º).” (Informativo n.º 189 do STF, p. 1).

ferramenta apartada desse todo. Destarte, a argüição deve ser vista em cotejo com os demais instrumentos protetores da ordem constitucional, e dentro da unidade que detém a Constituição.¹⁴⁶

A partir dessa órbita ótica, há a possibilidade de, através de um exercício hermenêutico, ampliar o rol dos atos a serem submetidos à argüição. Nessa linha, é importante convir também que a argüição só incide sobre aquelas situações que evidenciam desconformidade com o parâmetro, vale dizer, com preceito fundamental decorrente da Constituição.

Conforme entendimento de BASTOS e VARGAS, *in expressis*:

Em que pese o alargamento do espectro dos atos atingidos pelo controle, as hipóteses de sua utilização restringem-se drasticamente, em relação aos demais instrumentos. Isto porque, ao contrário do que ocorre nas outras formas de controle concentrado (exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), em que se discute qualquer norma constitucional, na nova hipótese só cabe a ação se houver desrespeito a preceito fundamental. Este fator faz uma enorme diferença, pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma.¹⁴⁷

A subsidiariedade mostra-se, portanto, vinculada ao parâmetro “preceito constitucional fundamental”. Tal parâmetro denota-se como um requisito de admissibilidade da argüição, bem como um mecanismo de filtragem, que delimita as possibilidades de utilização da referida ação constitucional.

Diante disso, o princípio da subsidiariedade necessita, como crivo que se apresenta, de interpretações plausíveis, que tenham por escopo enfocar o instituto da argüição através de uma lente que proporcione a consolidação desse remédio jurídico como um instrumento útil à coletividade, e não, voltado aos interesses da máquina governamental.

O exercício hermenêutico deve, portanto, ir nesse sentido, a fim de que a argüição de descumprimento de preceito fundamental não venha a solidificar um

¹⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 26.

¹⁴⁷ *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória*, Revista Virtual n.º 8, Subchefia Para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, janeiro, 2000. Os preceitos elencados pelos autores como fundamentais tiveram como base argumentativa a magnitude e a posição ocupada na Constituição. Enalteceram “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos garantias individuais”.

âmbito de aplicação muito restrito, em semelhança com o que aconteceu com a figura, hoje desacreditada, do mandado de injunção.

Destarte, resta relevante que se defina o que o legislador pretendia ao mencionar “outro meio eficaz”, e ainda estudar a existência de ligação entre o princípio da subsidiariedade e as modalidades da argüição, nos moldes da Lei n.º 9882/99.

A primeira indagação que vem à mente, quando pensamos na menção legislativa de “outro meio eficaz”, é se podemos entender tal expressão como qualquer via recursal.

Na verdade, ao imaginarmos qualquer recurso, não se pode esquecer que, além de dispor sobre a existência e a possibilidade de outro meio, o legislador o qualificou. Assim, o “outro meio”, para apresentar-se como um sucedâneo à altura da argüição, deve manifestar um certo grau de credibilidade quanto à satisfatividade da questão constitucional envolvendo descumprimento de preceito fundamental.

Portanto, o caráter subsidiário da argüição não consiste, apenas, no esgotamento de todos os instrumentos judiciais possíveis para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Dentro do seu âmbito de incidência, quando os meios disponíveis forem insuficientes no que concerne ao plano da eficácia, a argüição também resta como medida cabível.

Assim sendo, não se pode encarar a figura da argüição brasileira como um instrumento ao qual está acoplado um crivo com funcionalidade absolutamente impeditiva.

Nesse sentido, aplicando o princípio da subsidiariedade, contudo argumentando de forma inequívoca, está o Min. Celso de MELLO, na ADPF 17 – AP,¹⁴⁸ julgada em 20 (vinte) de setembro de 2001 (dois mil e um), quando explica que

¹⁴⁸ EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º). AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º). EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO. O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3- CE, ADPF 12-DF e ADPF 13-SP.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais (...) não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental (...).¹⁴⁹

¹⁴⁹ Decisão: "O Governador do Estado do Amapá ajuizou a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, com o objetivo de obter a declaração de nulidade dos atos de nomeação e de investidura de seis (6) Desembargadores do Tribunal de Justiça local, em ordem a viabilizar - segundo sustenta - a cessação de gravíssimas transgressões que teriam sido praticadas, naquela unidade da Federação, contra princípios constitucionais de valor essencial, consagrados nos arts. 1º, III, e 5º, XXXVII, LIII e LIV, todos da Carta Política (fls. 8/11). Pretende-se, ainda, em consequência da invalidação dos atos em questão, que se restaure o *status quo ante*, para permitir, ao Chefe do Poder Executivo local, a instalação, em bases legítimas, do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, com estrita observância do art. 235, incisos V e VI, da Constituição da República (fls. 65). Cabe examinar, preliminarmente, a admissibilidade, no caso, da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em face do que se contém no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que assim dispõe: "Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade." (grifei) Vê-se, pois, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada, se se demonstrar que, por parte do interessado, houve o prévio exaurimento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento positivo, capazes de fazer cessar a situação de lesividade ou de potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados. Foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade, não conheceu, quer em sede plenária (ADPF 3-CE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES), quer, ainda, em decisões monocráticas (ADPF 12-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADPF 13-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), de argüições de descumprimento de preceito fundamental, precisamente por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais - tais como o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade (por violação positiva da Carta Política), o agravo regimental, o recurso extraordinário (que admitem, excepcionalmente, a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) e a reclamação -, todos eles aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados. Como precedentemente enfatizado, o princípio da subsidiariedade - que rege a instauração do processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental - acha-se consagrado no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que condiciona, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor. (...) É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode - e não deve - ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público. Essa, porém, não é a situação que se registra na presente causa, eis que o argüente dispõe de meio processual idôneo, capaz de afastar, de maneira efetiva e real, a situação de lesividade que por ele é ora denunciada neste processo. Refiro-me ao instrumento jurídico-processual da ação popular, cuja eficácia neutralizadora do estado de lesividade justifica a sua imediata utilização, por parte de quem dispõe do *status activae civitatis*, impondo-se ter presente, ainda, por relevante, a possibilidade de outorgar-se, no processo em questão, a pertinente medida liminar destinada a sustar, cautelarmente, a própria

O entendimento que deve se ter do princípio da subsidiariedade (em favor dos interesses mais humanos) permite a apreciação de questões que, pelo objeto e pela natureza da relevância constitucional, seriam perfeitamente passíveis de conhecimento em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois esta apresentar-se-ia como medida adequada.

Nessa esteira foi a decisão do Supremo na ADPF 4-DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, que teve como relator o Min. Octavio GALLOTI, quando posicionou-se no sentido de que a medida judicial existente – ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade do ato submetido a apreciação.¹⁵⁰

Ainda, relevante é a observação de BUSTAMANTE quando diz que, “a argüição de descumprimento de preceito fundamental não tem caráter recursal, nem pode substituir o recurso porventura cabível contra a decisão que tenha violado um preceito fundamental”.¹⁵¹ Não há, portanto, caráter recursal na argüição, pois ela se apresenta claramente como uma Ação Constitucional.

Noutro caso, o recurso normalmente cabível (recurso extraordinário) contra decisão que tenha violado preceito fundamental é, via de regra, tido como meio eficaz de sanar a lesividade. Todavia, com já explorado anteriormente, na hipótese do recurso não ser detentor da credibilidade necessária quanto à sua eficácia, não se pode excluir o cabimento de argüição.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADPF 03-CE, que teve como relator o Ministro Sydney SANCHES, reconheceu a aplicabilidade do princípio, decidindo no sentido de que outro meio eficaz para sanar a lesividade poder-se-ia

execução do ato estatal impugnado (Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º). (...) No caso, e ante a exposição objetiva dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, mostra-se evidente que o autor poderia valer-se de outros meios processuais – notadamente da ação popular constitucional - cuja utilização permitir-lhe-ia neutralizar, em juízo, de maneira inteiramente eficaz, o estado de suposta lesividade decorrente dos atos ora impugnados. (...) Vê-se, pois, que incide, na espécie, o pressuposto negativo de admissibilidade a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância esta que torna plenamente invocável, no caso, o princípio da subsidiariedade, que atua - ante os fundamentos já expostos - como causa obstativa do ajuizamento imediato da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo assim, e tendo em consideração as razões invocadas, não conheço da presente ação constitucional, restando prejudicado o exame do pedido de medida liminar. Arquivem-se os presentes autos”. Publique-se. Brasília, 20 de setembro de 2001. Ministro CELSO DE MELLO.

¹⁵⁰ O pedido dizia respeito à MP 2019/2000, que fixa o valor do salário mínimo, cf. Informativo 195 e 264 do STF.

¹⁵¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Notas sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua lei regulamentar. <http://www.jusnavigandi.com.br>, 2000.

ser buscado no controle difuso, qual seja, em qualquer ação ou recurso, incluindo o recurso extraordinário, ou em quaisquer meios judiciais eficazes para se sanar a lesividade.

Em direção oposta vai o entendimento de MENDES, quando alude que esse “outro meio eficaz” do qual fala a lei deverá ser buscado apenas no controle concentrado. Segundo ele, “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”.¹⁵² O mesmo autor ainda aduz que “tendo em vista o perfil objetivo da argüição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário”.¹⁵³

A desvantagem do recurso extraordinário está do fato deste possuir historicamente um julgamento moroso, necessitando de pré-questionamento em jurisdição ordinária para poder ser utilizado, enquanto que a argüição autônoma poderia proporcionar uma celeridade maior comparativamente ao referido recurso. Outra desvantagem deste está na situação que se observa quando, por sua via, não se tem acesso ao STF de pronto, devendo ser respeitado o caminho traçado pelo processo nas jurisdições inferiores, em âmbito ordinário, até que se possa pleitear e alcançar um provimento jurisdicional que verse sobre questão de natureza constitucional.

Considerando a existência pacífica, sempre em plano hipotético, da via *in locu* de argüição incidental, seria desumano traçar um paralelo com o recurso extraordinário, posto que, para os defensores da via incidental da ADPF, a finalidade desta não seria apenas evitar, reparar ou fazer cessar lesão a preceito fundamental constitucional, mas também, de fazê-lo da forma mais célere possível, pois considerar-se-ia a possibilidade de ocorrência de um prejuízo irreparável e o contexto seria mais emergencial. Nessa mesma situação de gravidade e urgência, as figuras símiles do Direito Comparado configuram uma exceção ao princípio da

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental, demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Revista Jurídica Virtual, nº 13, junho/2000.

¹⁵³ *Id.*

subsidiariedade, o qual é desconsiderado, tendo em vista a situação de gravidade que se instala e a necessidade de eficácia imediata da medida que se utiliza.

Cabe elucidar também que, quando falamos em eficácia, a alusão que se faz não se remete somente à utilidade genérica da via, mas primordialmente quanto ao grau de certeza e possibilidade de uma decisão favorável que o meio invocado pode proporcionar, vale dizer, quanto à possibilidade de satisfação da pretensão levantada pela parte que sofreu a lesão a preceito fundamental.

A única maneira de se detectar esse grau de certeza é através de pesquisa jurisprudencial, onde é possível fazer uma análise de cada caso com a linha de pensamento seguida por cada órgão julgador.

Entendendo que a existência da argüição incidental é pacífica, Marcelo Costenaro CAVALI,¹⁵⁴ trabalha uma interessante ligação das modalidades autônoma e incidental da argüição (separando as situações) com o princípio da subsidiariedade. Tal autor argumenta que, com relação à primeira, é plausível entender “outro meio eficaz” como aquele “apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma *ampla, geral e imediata*”,¹⁵⁵ explicitando que, embora existam ações ou recursos que possam ser utilizados, esses não configuram obstáculos ao ajuizamento da argüição.

Já para a segunda modalidade – a argüição incidental – numa tentativa de resgatar a disposição vetada do inc. II do art. 1º da Lei 9882/99, aduzindo que os legitimados em sede de argüição incidental são mais abrangentes do que o rol indicado pelo legislador, o mesmo autor explica que se trata de indivíduos disputando direitos subjetivos em lides no plano ordinário, dependentes de uma decisão em sede de argüição, e ainda, que os meios fornecidos pelo ordenamento jurídico para que a argüição incidental atinja o seu escopo, são apenas aqueles inerentes ao controle difuso de constitucionalidade.

Assim, CAVALI conclui que, “dependendo da espécie de argüição, existirão ou não outros meios disponíveis aptos a coartar eficazmente a situação de

¹⁵⁴ Em seu trabalho de conclusão de curso da graduação em Direito/UFPR, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental – limites e possibilidades à luz da lei n.º 9882/99*. Curitiba: 2002. p. 32.

¹⁵⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. in MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 392.

inconstitucionalidade”.¹⁵⁶ À arguição autônoma existiriam medidas alternativas, mas que não configurariam óbices; e à arguição incidental, não haveria que se falar nas mesmas alternativas, e sim, nos instrumentos utilizados para o controle difuso.

Se levarmos em consideração a existência da figura da arguição incidental no ordenamento brasileiro, este parece-nos um posicionamento sustentável, na medida em que o objeto sindicável da arguição seja visto como um só, levando-se em consideração o parâmetro *preceito fundamental*, e não, uma fragmentação de áreas de incidência da arguição.

Ressalta-se novamente que o que fez o legislador foi uma exemplificação proposital no que tange aos assuntos relacionados explicitamente pela lei às controvérsias constitucionais relevantes.

Observando os julgados, vemos que o princípio da subsidiariedade tem sido aplicado, via de regra, em situações onde o guardião da Constituição entende ser cabível, como outro meio eficaz para sanar a lesividade, instrumentos como o agravo Regimental,¹⁵⁷ a Ação Direta de Inconstitucionalidade,¹⁵⁸ ou ainda, tendo em

¹⁵⁶ CAVALI, *op. cit.* p. 33. *Monografia não publicada.

¹⁵⁷ Nesse sentido está a ADPF 12 – DF. Decisão: “Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB contra ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que, mantendo decisão em suspensão de segurança, encaminhou a julgamento agravo regimental contra ela interposto. Alega o argüente que o ato de poder ora impugnado, ao manter a cassação de segurança liminarmente concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, para o fim de declarar nula a eleição para a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa catarinense, descumpriu os preceitos fundamentais expressos nos artigos 1º; 2º; e 5º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV e LXIX, todos da Constituição Federal. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da Carta da República e regulada pela Lei nº 9.882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado, conforme dicção expressa do art. 4º, § 1º, da mencionada Lei nº 9.882/99. No caso dos autos, como se constata de simples leitura da inicial, a arguição tem por objetivo, exatamente, a reforma de decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, decisão esta passível de reexame por meio de agravo regimental, que, inclusive, foi manifestado pelo argüente em 14.03.2001 e se encontra aguardando, atualmente, julgamento. Evidente, desse modo, a ausência do requisito previsto no referido artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, uma vez que a eventual lesividade do ato impugnado pode ser sanada por meio eficaz que não a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por outro lado, não há falar, como pretende o argüente, que tal óbice seria afastado pelo fato de o agravo regimental interposto no STJ não apresentar efeito suspensivo, tendo em vista haver meio idôneo para obtê-lo. Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do artigo 4º, caput, da Lei nº 9.882/99, determinando o arquivamento do feito. Publique-se”. Brasília, 20 de março de 2001. Ministro ILMAR GALVÃO.

¹⁵⁸ Conforme se depreende da ADPF 13 – SP. Decisão: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo contra ato do Conselho Superior da Magistratura paulista, consubstanciado na edição do Provimento nº 747, de 28 de novembro de 2000, que reorganizou as delegações de registros e de notas no Estado. Alega o argüente que o ato de poder impugnado é lesivo aos preceitos fundamentais expressos nos arts. 2º e 5º, caput, da Constituição Federal, que consagram, respectivamente, os princípios da separação dos

vista o fato de já ter sido concedida tutela antecipada em processo ordinário.¹⁵⁹

Enfim, encarando a expressão “outro meio eficaz” a partir das considerações feitas, (acredita-se) não haverá, no controle concentrado ou difuso, a presença constante da possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental, impossibilitando a formulação da argüição. Ao presente instituto será conferida maior utilidade prática, e mais perto se estará da

poderes e da legalidade. A argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Carta da República e regulada pela Lei nº 9.882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado, conforme dicção expressa do art. 4º, § 1º, da mencionada Lei nº 9.882/99. No caso dos autos, a impugnação suscitada pela Mesa da Assembléia Legislativa de São Paulo poderia ser manifestada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, meio eficaz bastante para sanar eventual lesividade do provimento sob enfoque. Registre-se, por outro lado, que o mencionado Provimento nº 747/2000 é objeto da ADI 2.415, de que sou Relator, formalizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG. Evidente, desse modo, a ausência do requisito previsto no referido art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, uma vez que os efeitos lesivos do ato impugnado podem ser sanados por meio eficaz que não a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do artigo 4º, caput, da Lei nº 9.882/99, determinando o arquivamento do feito. Publique-se”. Brasília, 29 de março de 2001. Ministro ILMAR GALVÃO.

¹⁵⁹ Conforme ADPF 18 – CE. Decisão: “Cuida-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Cíveis - COBRAPOL, visando desconstituir ato do Governador do Estado do Ceará que, concordando com a conclusão a que chegou a Comissão Processante da Procuradoria de Processo Administrativo-Disciplinar - PROPAD, da Procuradoria-Geral do Estado - PGR, nos autos do Processo Administrativo-Disciplinar nº 270/97, determinou a lavratura do ato de demissão do policial civil Elias Alves de Lima. 2. Sustenta a requerente que o “ato administrativo normativo do Governador do Estado do Ceará” violou os preceitos fundamentais contidos no artigo 5º, incisos LIII, LV e LVII, da Constituição Federal. 3. Afirma inexistir outro meio eficaz de sanar a lesividade apontada pois “existe uma Ação na 7ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará (Proc. Nº 1000.02.55561-1) - (doc. 31) - em que se rogou, fundamentadamente, a reintegração do Servidor Elias Alves de Lima, tendo sido deferido pelo judiciário a Antecipação dos Efeitos da Tutela Pretendida, 'ex vi' art. 273 do CPC - (doc 32) -, sem no entanto se ver cumprida a emérita decisão judicial por quem deveria cumprir” (fls. 08). 4. Estabelece o art. 102, § 1º, da Constituição, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, dela decorrente, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. 5. Para dispor sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional, editou-se a Lei nº 9.882, de 3.12.1999. 6. Prevê o diploma mencionado, em seu art. 1º, que a argüição de que cogita o § 1º do art. 102, da Lei Maior “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. 7. Ocorre que o § 1º, do artigo 4º, da referida Lei nº 9.882/99 dispõe que “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Na espécie, a própria requerente noticia a existência de provimento judicial em favor do policial demitido Elias Alves de Lima, estando, assim, caracterizada a falta de requisito prescrito pela própria lei que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. 8. Não serve, ademais, a comprovar a inexistência de meio eficaz de sanar a lesividade apontada a afirmação de “ser suspeito o Tribunal local em atuar no caso em epígrafe e das questões políticas elencadas e, por fim, por questão de celeridade e urgência, face ao perigo de culminar em ineficácia da medida ora requerida” (fls. 08). 9. No mesmo sentido decisão do Supremo Tribunal Federal que, resolvendo Questão de Ordem suscitada no julgamento da ADPF nº 3, relator o Ministro Sydney Sanches, em sessão de 18.5.2000, não conheceu da argüição de descumprimento de preceito fundamental, porquanto ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Informativo 189). 10. Por todo o exposto, com fundamento no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, nego seguimento à presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. Publique-se”. Arquite-se. Brasília, 24 de setembro de 2001. Ministro NÉRI SILVEIRA.

sua real finalidade – proteger os preceitos fundamentais (dentro dos quais incluem-se os direitos fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana), a cidadania e a ordem democrática.

5.5.As Peculiaridades do Procedimento

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é, também, uma ação documentária, do mesmo modo que os remédios constitucionais brasileiros, firmando a idéia de que a petição vestibular deve conter os requisitos enumerados pela Lei, sob pena de indeferimento.

Os requisitos da Petição Inicial estão mencionados no art. 3º da Lei n.º 9882/99. O referido dispositivo expõe que são necessários “a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas especificações; e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”.

É pertinente que se esclareça que, quando a lei menciona “controvérsia judicial relevante”, não se está criando um novo parâmetro, pois apesar da denominação diferente pela palavra “judicial”, a controvérsia deve estar sempre vinculada ao parâmetro que delimita o objeto de incidência da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Cabe esclarecer também que, para a expressão “se for o caso”, aqueles “otimistas” (que consideram modalidade indireta) dão interpretação no sentido de dizer que tal previsão só está presente pela possibilidade da argüição incidental, uma vez que tal figura tem como pressuposto a existência de processo anterior, com trâmite na jurisdição ordinária.¹⁶⁰

O que se vê, nessas duas situações expostas, demonstra uma confusão entre um mero pressuposto de procedibilidade, qual seja, a comprovação de controvérsia judicial (que não seja somente no campo de discussão doutrinária),

¹⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei*. p. 64, e BASTOS, Celso Ribeiro. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora*. p. 81, ambos in TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.), *op. cit.*

posta pelo legislador ordinário, e o âmbito de aplicação da argüição incidental (para aqueles que a tem como figura inconteste).

O procedimento da argüição de descumprimento apresenta semelhanças com o da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade, conforme se pode observar na redação dos dispositivos da Lei nº 9.882/99, o que implica, muitas vezes, na aplicação em ADPF, de entendimentos demonstrados pelo STF com relação às duas outras Ações Constitucionais ora mencionadas.

Quando a inicial for interposta, a própria lei faz previsão de três possibilidades nas quais o relator poderá indeferi-la, quais sejam, se não houver entendimento de que é realmente caso para ajuizamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental; ou quando faltarem alguns dos requisitos do artigo 3º da lei n.º 9882/99; ou quando a petição for manifestamente inepta pela falta de requisitos processuais básicos.

Cabe lembrar que vige sobre a argüição o princípio inerente às ações que verificam a constitucionalidade de um ato normativo ou de um comportamento do Poder Público - a indisponibilidade de instância – diante da qual não é admitida a desistência da ação proposta. Fundamentam esse posicionamento o Regimento Interno do STF, em seu art. 169, §1º, bem como no art. 5º da Lei n.º 9868/99, que se aplica à argüição analogicamente: “Proposta a ação direta, não se admitirá desistência”.

A instrução probatória poderia ser considerada de modo diverso, de acordo com as modalidades da argüição (se se entender que há alguma espécie além da autônoma).

O tratamento diferente se daria pelo fato da argüição autônoma ter como gestor da prova o STF, com as faculdades que a lei confere ao Guardião. Com relação à possibilidade da argüição incidental, as partes ganhariam mais liberdade na instrução probatória, pelo fato do conflito estar mais próximo da realidade concreta.

Há ainda a possibilidade de serem abertas vistas ao Ministério Público, de possível participação das partes envolvidas, e fala-se também em pareceres de Professores de Direito Constitucional, os quais devem possuir reconhecida

capacidade profissional, podendo ser convocados e tendo voz a respeito da questão em debate, publicamente.¹⁶¹

5.6.A Decisão em Sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental permite decisões de natureza cautelar e definitiva. É oportuno analisar as peculiaridades de cada espécie de decisão, ressaltando que ambas visam verificar um descumprimento, não sendo analisados, portanto, pedidos de declaração de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Cabe separar a que se presta a arguição de descumprimento de preceito fundamental e os efeitos produzidos pela decisão em sua sede.

O pedido só poderá versar sobre uma declaração de inconstitucionalidade, vale dizer, pelo reconhecimento do descumprimento a preceito fundamental. Tal entendimento é pacífico. Entretanto, como a ADPF vem sendo alvo de aplicações de posicionamentos que o STF já consolidou no que tange às Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade e às Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Há aqueles que, por analogia ao que ocorre em sede de ADIn, entendem que a improcedência do pedido na Arguição implica, por consequência, em declaração (tácita ou mesmo explícita) de constitucionalidade do ato do Poder Público em discussão. Essa é a situação que acaba acontecendo na prática.

De maneira mais utópica, alguns entendem que a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, característica do nosso ordenamento, seria mais do que suficiente, aduzindo, portanto, que a improcedência do pedido proposto em sede de arguição restaria sempre sem efeitos.

Não há dúvidas de que este último entendimento almeja dificultar ao máximo a proteção de interesses governamentais. É uma tentativa de travar uma luta contra o Estado, pela desatenção deste, muitas vezes proposital, no que tange ao dever de proporcionar os meios necessários para a realização dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como para a realização de uma democracia mais efetiva.

¹⁶¹ Lei n.º 9.882/99, art. 6º, § 1º.

O caminho, todavia, não parece ser bem este. Pagar o mal com o mal poucas vezes na história funcionou sem ser de maneira efêmera. De qualquer modo, se este for o entendimento, existem ferramentas à disposição do Estado para declarar seus atos constitucionais, mesmo havendo presunção quanto à natureza constitucional dos mesmos.

Independente da escolha doutrinária que se faça, no que tange aos efeitos da decisão proferida pela improcedência do pedido em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, o instituto deve sempre ser observado e utilizado para a defesa e preservação dos direitos fundamentais, compreendidos dentro do conceito de “preceito constitucional fundamental”, até nos casos em que se admita a declaração da constitucionalidade de atos do Poder Público.

É bem verdade que, neste contexto, sempre se corre o risco da argüição ser transformada num instrumento prestado a proteger ou ratificar atos do Poder Público, desvirtuando a função do STF, que restaria como instância única, e não, última, de fiscalização e confirmação dos atos do Poder Público.

Nesse sentido, cabe-nos fazer uma ressalva, recomendando-se que, quando se opta pelas aplicações analógicas de entendimentos consolidados para a ADIn e a ADC tratando da ADPF, como é o caso dessa declaração de constitucionalidade dos atos do Poder Público na improcedência do pedido, o Supremo deve agir com cautela, pois pode ser visto como órgão autoritário, ilegítimo de poder e em defesa da governabilidade, quando, verdadeiramente, crê-se, tem como escopo a guarda da Constituição, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, bem como, a afirmação constante dos princípios do Estado Social Democrático de Direito.¹⁶²

5.6.1.A decisão cautelar

A decisão cautelar tem fulcro no poder geral de cautela,¹⁶³ e constitui, no contexto das ações constitucionais, uma exceção ao princípio da presunção de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Tendo em vista as exposições já feitas, a possibilidade de decidir em âmbito “cautelar” deve ser vislumbrada com uma

¹⁶² MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 160.

interpretação restritiva, pois a regra são os atos do Poder Público (e as leis editadas) se manterem válidos, até declaração contrária (que é proferida, via de regra, com uma consistente fundamentação tanto teórica quanto prática, além de vir acompanhada de instrução probatória).

A tutela cautelar consiste em conferir segurança e eficácia às atividades jurisdicionais, tanto de execução quanto de cognição. A cautela é prevista legalmente no ordenamento jurídico brasileiro para criar condições, sem as quais, o provimento jurisdicional objetivado restaria inatingível ou ineficaz. O escopo de uma decisão cautelar é, portanto, a garantia da eficácia de um provimento jurisdicional.

Segundo CLÈVE, a concessão de medida cautelar pelo STF depende do preenchimento de certos requisitos. Diante dessa afirmação conclui-se que o pedido, especialmente em sede argüição, deve ter fulcro: “(a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão”.¹⁶⁴

O art. 5º da lei n.º 9882/99 estabelece que “O STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental”. Observa-se que o que se entende como decisão cautelar é designado pela lei como “liminar”, mesmo tendo natureza assecuratória, e não, satisfativa, como o termo “liminar” nos remete. Vê-se também que o *quorum* de concessão é de maioria absoluta, vale dizer, pelo menos seis Ministros. E, ainda em sede de argüição, o *quorum* de instalação é de oito Ministros, conforme o art. 8º da mesma lei.¹⁶⁵

A excepcionalidade que deve acompanhar a decisão cautelar está estritamente vinculada aos efeitos provocados pela concessão dessa medida. O § 3º do art. 5º da lei regulamentadora da argüição explicita quais os possíveis efeitos da decisão cautelar. Reza o dispositivo que “a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de

¹⁶³ Código de Processo Civil, art. 798 – “(...) poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

¹⁶⁴ CLÈVE, *op. cit.* p. 237.

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”.

É pertinente apontar a desnecessidade da menção do legislador no que tange à ressalva expressa à coisa julgada, uma vez que tal instituto não pode ser objeto de questionamento, pelo seu caráter de irrecorribilidade e irrevocabilidade.¹⁶⁶

Feito esse apontamento, observa-se que a principal crítica da doutrina com relação ao dispositivo está relacionada com o medo de que a lei regulamentadora da argüição tenha dado margem à criação de um incidente de constitucionalidade às avessas.

Somando-se a essa crítica está a semelhança dos efeitos dessa espécie decisória com as características da antiga advocatória,¹⁶⁷ a qual prestou apenas ao enfraquecimento do Poder Judiciário, à retirada da independência dos magistrados e a um desprezo manifestado de maneira tênue, no que concerne à vontade popular.

Ambos os pontos enxergados pela doutrina têm o propósito de ressaltar o cuidado que se deve ter na utilização do presente instituto, pois alguns dos dispositivos da Lei n.º 9882/99 permitem um exercício hermenêutico que pode ser tanto útil para a defesa dos preceitos fundamentais, da cidadania e da democracia, quanto para fundamentar a defesa de medidas governamentais e o arbítrio do poder Público, o que transformaria a argüição de descumprimento de preceito fundamental num instrumento potencialmente apto a defender interesses que (cremos) divergem daqueles propostos originalmente pelo legislador.¹⁶⁸

Tendo em vista esses aspectos, parte da doutrina enxergou vícios de gravidade na Lei n.º 9.882/99, constatando a inconstitucionalidade do seu artigo 5º, §3º. Nesse contexto, a ADIn n.º 2231-DF do Conselho Federal da OAB, fez com que tal dispositivo ficasse suspenso.

¹⁶⁵ Art. 8º - “a decisão sobre argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros”.

¹⁶⁶ Lei n.º 9.882/99, art. 12. É cabível reclamação (C.F., art. 102, I) contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno (art. 13).

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema de constitucionalidade brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. RDA 224/12, abr.-jun. 2000, aduz que “(...) o objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de advocatória, concentrando nas mãos do STF questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”.

¹⁶⁸ Quando se fala em “originalmente” pensa-se no projeto de lei anteriormente aos vetos presidenciais, pois estes desnaturalizaram o instituto e as influências do direito comparado sobre ele.

Tal ADIn não seria necessária se as recomendações que corriqueiramente são feitas frente a uma decisão cautelar fossem respeitadas, superando o medo da manifestação do arbítrio.

Para o proferimento de uma decisão “liminar” é mister que haja muita reserva e excepcionalidade, pois é prudente respeitar o curso natural de um processo em trâmite, seja por muitas vezes a solução estar presente na sede original do juízo, seja pelo fato de estar se tratando de outro Tribunal. É imprescindível a presença de alguns elementos nessa situação, quais sejam – a ponderação, o comedimento, a formação livre e espontânea da opinião dos tribunais na jurisdição ordinária, e o descarte da defesa e da realização de qualquer manobra atinente a políticas governamentais.

E não se trata de critérios subjetivos inerentes a um julgamento, trata-se de voltar o olhar àquilo que a Constituição elenca como valores principais da sociedade, e que não corresponde, obviamente, à defesa de interesses governamentais em detrimento de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Além disso, pode-se vislumbrar que em sede de ADIn é possível a concessão de liminares com a suspensão de andamentos e de efeitos, embora não haja farta jurisprudência nesse sentido e a esse respeito. Assim, poderia ser possível então, a concessão de liminares, dentro dos moldes da previsão do art. 5º, § 3º da Lei n.º 9882/99, no campo da Arguição.

Corroborando com esse entendimento e, contrariando a suspensão do dispositivo em tela (frontalmente à decisão liminar na ADIN 2231-DF), caminhou o Min. Marco AURÉLIO, em decisão liminar que determina o sobrestamento de processos em grau ordinário, concedida na já citada ADPF 58-4/DF, a qual versa sobre a questão dos fetos anencefálicos. Ressalta-se que não se quer entrar na questão material da aludida decisão, até porque se trata de polêmica que ocasionaria fuga do tema ora proposto, contudo, tal julgado não poderia ser ignorado.

Diante disso somando-se às considerações até aqui feitas, vemos que a própria credibilidade do Supremo Tribunal Federal encontra-se em questionamento, uma vez que o órgão tem entrado em contradição no que tange aos posicionamentos que toma. Tal contexto é, no mínimo, preocupante, pois explicita o “caos” em que estamos tentando concretizar a “ordem” democrática.

5.6.2.A decisão definitiva

O STF é composto por onze Ministros, tornando-se necessária a presença de pelo menos oito destes,¹⁶⁹ para que se dê início ao julgamento definitivo, conforme reza o art. 8º da lei n.º 9882/99. O *quorum* de instalação da sessão do julgamento definitivo da argüição é, portanto, o mesmo previsto para os pedidos cautelares – dois terços dos Ministros.

Após a fase “instrutória” a argüição de descumprimento de preceito fundamental será julgada procedente ou improcedente, se num ou noutro sentido votarem seis dos seus integrantes.¹⁷⁰

O *quorum* para proferimento da decisão em definitivo anteriormente era idêntico ao da instalação da sessão, vale dizer, igual a dois terços dos Ministros do Supremo. Houve veto na deliberação do Executivo quanto a esse dispositivo, restando aplicável o art. 97 da Constituição Federal, o qual prevê a maioria absoluta dos Ministros do STF para que a argüição seja julgada (procedente ou improcedente).

Diante disso, não cabe o questionamento do *quorum* de instalação da sessão para apreciação do pedido de argüição (previsto com dois terços dos membros do STF), dado que a decisão de declaração de inconstitucionalidade seria tomada “apenas” por maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Vê-se que, nesse tópico, o veto não desconfigurou a lei. Por mais que o legislador ordinário estivesse explicitando uma preocupação quanto à proporcionalidade das previsões de *quorum* de instalação e de julgamento, a Constituição já havia dito diferente no seu art. 97. A supremacia da Carta Fundamental foi respeitada e o ato político em tela (veto) não configurou uma desnaturação da lei, posto que a consistência da restrição do *quorum* relacionada com a relevância da finalidade a que este se propõe (celeridade no julgamento das demandas) foi mantida.¹⁷¹

Após o julgamento da argüição, sendo esta procedente, o Supremo fará com que as autoridades ou os órgãos responsáveis pela prática dos atos

¹⁶⁹ Lei n.º 9.882/99, art. 8º e Reg. Interno do STF, art. 173.

¹⁷⁰ Segundo o Prof. BERNARDES, “pela interpretação compreensiva da norma prevista no art. 5º, caput, que condiciona a concessão da medida liminar à observância do quorum mínimo da maioria absoluta dos membros do Tribunal”, *ob. cit.*, p. 4.

questionados sejam comunicados sobre a decisão proferida e sobre como foram fixadas as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, consoante possibilita o art. 10 da lei n.º 9882/99.¹⁷² Aqui se consagra o dito de Justice Charles HUGGES: “temos uma constituição, mas a constituição é aquilo que os juízes dizem que é”.¹⁷³

Essa abertura hermenêutica criativa dada ao Supremo Tribunal Federal deve estar sempre condicionada a possibilidades interpretativas constitucionais, excluindo-se as alternativas inconstitucionais.

Nesse sentido, surgem discussões a respeito da manipulação dos efeitos da decisão em argüição, pelo Supremo Tribunal Federal. Muito se pergunta se há realmente legitimidade do STF ou se esta é mais uma porta aberta ao arbítrio em virtude do que dispõe o art. 11 da Lei n.º 9882/99:

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 dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.

Diante da leitura desse dispositivo, conclui-se que o STF pode, portanto, manipular os efeitos das decisões que proferir em sede de argüição, uma vez que a lei lhe deu permissão para tal, seja em relação à amplitude da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação aos seus efeitos temporais, sendo necessário apenas a presença dos requisitos **formal** – o *quorum* previsto; e **material** – as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Tal faculdade ao Supremo tem influência do art. 282º., n.º 4., da Constituição Portuguesa (1976) em vigor, que reza o seguinte: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da

¹⁷¹ Ver razões do veto no anexo II.

¹⁷² Cabe aqui esclarecer que a decisão que reconhece a improcedência do pedido pleiteado na argüição, pelo fato de não gerar efeitos, não se presta para fixar nem condições nem tampouco qualquer tipo de modo de aplicação do preceito fundamental.

¹⁷³ Citação de VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista 'O Magistrado' publicada pelo Instituto dos Magistrados do Distrito Federal – IMAG/DF. Março/2002. *Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa, ao ensejo dos seus oitenta anos de idade.*

inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”.¹⁷⁴

Diante da incerteza que poderá vir do STF quanto a essa permissão legal, soma-se o fato da decisão em sede de arguição ser irrecorrível, cabendo apenas embargos de declaração pela obscuridade do julgado, conforme o art. 12 da Lei n.º 9882/99 e a hipótese de agravo do art. 4º, § 2. Sendo incabível a figura da ação rescisória (art. 485 e ss do Código de Processo Civil Brasileiro).

A lei regulamentadora da arguição menciona implicitamente três planos de eficácia, quais sejam, subjetivo, temporal e material, correspondentes às chamadas eficácia *erga omnes*, aos chamados “efeito vinculante”, e “efeito retroativo” passível de restrição, os quais não podiam ser ignorados pelo presente estudo.

A eficácia *erga omnes* possui previsão no art. 10, § 3º da Lei n.º 9882/99 e configura a extensão dos efeitos da decisão definitiva para além das partes envolvidas no processo. Vale alertar que essa eficácia só pode se aplicar em decisões procedentes da arguição, pois a inconstitucionalidade, grife-se, recai somente sobre uma violação declarada com esse caráter judicialmente.

Erga omnes significa “contra todos”. Assim, os efeitos cessatórios do ato declarado inconstitucional, pela procedência do pedido pleiteado em arguição, alcançam, além das partes envolvidas (se existirem particulares, como nos casos de arguição incidental), todos aqueles que no presente vivem situação semelhante, e ainda, todos os indivíduos envolvidos, ou candidatos potenciais a se envolverem em contexto análogo de violação de preceito fundamental decorrente da Constituição.

Destarte, uma eficácia dessa natureza pode conferir à decisão uma “força obrigatória geral”,¹⁷⁵ constituindo uma consequência direta da declaração de inconstitucionalidade. Os efeitos *erga omnes* ganham, então, uma extensão menor quando recaem sobre os atos concretos do Poder Público, e alcançam uma extensão maior quando se trata de atos normativos devido à abstração e generalidade que lhe são inerentes.

Juntamente com essa característica que a decisão em sede de arguição comporta, residem os aspectos *sui generis* do chamado efeito vinculante. Tal

¹⁷⁴ *Constituição da República Portuguesa*, anotada por Vinício A. P. Ribeiro, Portugal, Coimbra: Almedina, 1993. p. 364.

¹⁷⁵ MANDELLI JUNIOR, *op. cit.* p. 172.

espécie de eficácia consiste, fundamentalmente, em obrigar os tribunais ordinários (e órgãos julgadores inferiores hierarquicamente ao STF) a respeitarem e, mais do que isso, obedecerem e seguirem, sem questionamentos, as decisões proferidas pelo Supremo, quando da procedência na apreciação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Criar-se-ia uma figura semelhante aos precedentes judiciais próprios do sistema do *common law*.

Rui MEDEIROS elucida essa questão e fornece as diretrizes de interpretação dessa vinculação:

(...) o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – de particular para particular, e não do geral (a norma) ao particular (o caso).¹⁷⁶

Lembra-se que, da decisão, a única parte revestida de publicidade é o dispositivo, de modo que não se vinculam aos demais órgãos julgadores inferiores ao STF as disposições presentes nos motivos e na fundamentação jurídica do julgamento, conforme se extrai do art. 10, §2º da lei integradora do instituto da arguição.

Na arguição, a não vinculação dos motivos determinantes da decisão denota influência da tese que tem respaldo no controle concentrado de constitucionalidade do direito Alemão, mais especificamente, no art. 94, 2 da Constituição Alemã, que ao tratar do Tribunal Constitucional Federal estabelece que: “Lei federal regula a sua constituição e o procedimento e determina em que casos as suas decisões têm força de lei”.¹⁷⁷

Preenchida de uma lógica visível está a questão da impossibilidade de auto-vinculação do Supremo às suas próprias decisões, visto que a decisão deve ser aplicada pelo próprio órgão guardião da Constituição. Se tal fenômeno ganhasse credibilidade, indubitavelmente o Direito Constitucional estaria passível de um

¹⁷⁶ MEDEIROS, Rui *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999. p. 813

¹⁷⁷ HECK, *op. cit.* p. 266. Do original alemão: *Artikel 94 [Zusammensetzung des Bundesverfassungsgerichts]: (...) (2). Ein Bundesgesetz regelt seine Verfassung und das Verfahren und bestimmt, in welchen Fällen seine Entscheidungen Gesetzeskraft haben. Es kann Für*

engessamento que poderia restar negativo e irreversível ao ordenamento jurídico como um todo.

Muito embora a tentativa seja de interpretar essa vinculação apenas considerando casos concretos ligados a casos concretos (do particular ao particular, no dizer de MEDEIROS), não é possível negar o fato de que os efeitos vinculantes da decisão, em sede de argüição, surgem como conseqüência da eficácia *erga omnes*, pois é nesta última que são estabelecidos os limites da declaração de inconstitucionalidade, decorrente da procedência do pedido.

Diante dessa situação, DINIZ leciona que, no Brasil, “o juiz não tem poder de legislar”, e que o STF, se proferir decisões vinculantes, estará “usurpando funções do Poder Legislativo e retirando dos juízes a liberdade de apreciação do caso *sub-judice* e o uso do livre convencimento. Nessa linha, os magistrados perderiam a independência para decidir, tão necessária para garantir os direitos dos jurisdicionados, como diz Rui BARBOSA, pois passariam a cumprir normas ditadas pelos Tribunais Superiores”.¹⁷⁸ A mesma autora ainda conclui que admitir tal efeito às decisões seria “comprometer os princípios da independência dos três poderes, do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa, etc”.¹⁷⁹ e ainda o princípio do juiz natural.

Todavia há posicionamentos que defendem o efeito vinculante das decisões, como por exemplo, o de MENDES, entendimento que não vê incompatibilidade da vinculação das decisões com a Constituição.

Nosso entendimento é de que a vinculação dos efeitos da decisão, com geração de precedentes, encetaria real e flagrantemente violação aos princípios constitucionais do juiz natural e do livre convencimento do magistrado, impedindo a construção do diálogo salutar existente entre as diferentes jurisdições.

Dentre as faculdades que a lei conferiu ao Supremo, está inserida também a flexibilidade no que tange aos efeitos temporais das decisões, em sede de argüição. Quanto aos “efeitos retroativos”, é relevante expor os diferentes posicionamentos da doutrina, bem como, a discussão acerca da constitucionalidade dessa possibilidade consolidada pelo legislador ordinário.

Verfassungsbeschwerden die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges zur Voraussetzung machen und ein besonderes Annahmeverfahren vorsehen”.

¹⁷⁸ DINIZ, Norma.... p. 195.

A questão que se levanta está no fato da lei infraconstitucional fornecer ampla liberdade ao órgão guardião da Carta Fundamental, o qual, a partir do aludido art. 11, ganhou plenos poderes para limitar os efeitos da decisão da argüição. Contudo, o legislador não observou que, é inerente ao ordenamento jurídico brasileiro, o efeito *ex tunc*, vale dizer, retroativo, aplicado em declarações de inconstitucionalidade, tornando nulo o ato questionado desde o seu nascimento.

Esclarece-se que a própria lei integradora da argüição se refere a um provimento de cunho preponderantemente declaratório, e não, constitutivo negativo.

Tomando os ensinamentos de Humberto THEODORO JUNIOR - “na sentença declaratória o juiz atesta a preexistência de relações jurídicas” e “na sentença constitutiva sua função é essencialmente ‘criadora de situações novas’”¹⁸⁰ - pode-se concluir que, sendo a decisão da argüição (no caso de procedência do pedido) um pronunciamento preponderantemente declaratório (pois produzem-se também efeitos de execução), o ato do Poder Público atingido, resta, portanto, somente com a alternativa da nulidade desde o seu surgimento, pelo fato de que não retira da Constituição o seu fundamento de validade.¹⁸¹

Assim, em sede de legislação infraconstitucional, denota-se impossível falar em anulabilidade do ato, ou em flexibilidade no alcance dos efeitos retroativos da decisão, posto que toda a construção doutrinária da idéia de controle de constitucionalidade possui fulcro na antinomia entre a lei e a Constituição, e na superioridade desta em relação àquela.

Segundo Alfredo BUZAID, atribuir ao ato (ou a uma lei ordinária) uma eficácia transitória equivale a negar durante determinado período a autoridade da Constituição.¹⁸² Ato declarado inconstitucional é, portanto, inválido e nulo desde a sua origem.

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. 1. p. 457.

¹⁸¹ O entendimento de ato inconstitucional nulo, somado à consequência do efeito *ex tunc* da declaração, é influência do direito constitucional norte-americano, no controle difuso de constitucionalidade.

¹⁸² BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 130 e ss.

Mas, de onde vieram as idéias que encetaram a formulação do art. 11 da lei 9882/99, flexibilizando a aplicação dos efeitos da decisão da argüição tendo em vista razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”?¹⁸³

Num vislumbre histórico, percebe-se que, tanto a Constituição Portuguesa já citada, como na Constituição Brasileira de 1937 (no seu art. 96), previam a liberdade na fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, possibilitando a limitação da absoluta retroatividade. Entretanto, tais dispositivos estavam previstos no corpo do Diploma Fundamental.

Destarte, não pode, o legislador ordinário, estabelecer a limitação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato. Segundo Elival da Silva RAMOS, a Lei n.º 9882/99 passou a “permitir algo que a Constituição não permite”.¹⁸⁴

Hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro, tal característica normativa, qual seja, a flexibilidade quanto aos efeitos temporais da decisão, teria mais credibilidade (ou seria menos inconteste) se implementada pela via da Emenda Constitucional (por conta de ameaça à segurança jurídica), embora muitos não vejam essa necessidade.

Assim, procurando apenas vias hermenêuticas que façam a argüição atingir a sua real e justa finalidade, diante da exposição, espera-se tenham sido compreendidos os motivos de o presente instituto constituir alvo de tantas críticas, polêmicas, divergências e medos, pois pode ser utilizado, sem necessitar de grandes teorizações, como uma violenta arma contra os direitos fundamentais, a cidadania e a democracia.

¹⁸³ *Segurança jurídica* é um conceito que remete à idéia de respeito e credibilidade da Constituição, e *excepcional interesse social* deve ser visto com vínculo a um comportamento firmado em benefício da coletividade, e não dos interesses e políticas governamentais.

¹⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto, In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.), *op. cit.* p. 125.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim da redação das páginas que precedem esse título final, não há como esconder o sentimento de impotência que nos acomete. Por conta deste sentimento é que o título final não se mostra como uma delineada “conclusão”, mas como meras considerações finais.

Embora tomando como balizas dos “esforços”, mencionados no título desta obra, o princípio da supremacia e unidade da Constituição, o princípio da presunção de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, o princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da efetividade, a ambição do modelo perfeito sonhado não se concretizou no presente trabalho. Em esfera de parcial frustração, todavia sem desistência, tal pretensão mostrou-se tão utópica quanto a própria realização da Democracia. Contudo, esperamos ter rendido alguma contribuição para o desenvolvimento da doutrina em torno da Ação Constitucional que residiu em nossa mente, em nosso computador, em nossa escrivaninha, em nossa casa, e principalmente em nosso coração, durante o período de elaboração do texto ora apresentado.

Abaixo seguem as conclusões que procuramos compilar acerca da pesquisa ora encetada, tendo consciência de que, em muito, esses escritos podem não inovar (e nem é essa a finalidade principal), mas ao menos, em alguma medida, possuem (mesmo que pelos equívocos) algum valor significativo.

1) A Constituição brasileira, manifestamente estruturada de maneira rígida, prevê, para proteger sua supremacia e unidade, um sistema de controle de constitucionalidade misto, o qual se apresenta num complexo feixe de instrumentos, dentre os quais está inserida a argüição de descumprimento de preceito fundamental;

2) A argüição de descumprimento de preceito fundamental é um instrumento do controle de constitucionalidade brasileiro, que não se apresenta com caráter essencialmente complementar, mas sim, como via subsidiária, tendo em vista que possibilita a proteção de objetos teoricamente já protegidos pela via da Ação Direta

de Inconstitucionalidade (nesse sentido é necessário que se faça uma interpretação inequívoca do princípio da subsidiariedade);

3) A argüição de descumprimento de preceito fundamental, originalmente, teve como fundamento as características dos institutos do direito comparado, as quais estavam vinculadas à idéia de proteção dos preceitos fundamentais constitucionais e, conseqüentemente, da democracia, no seu caráter participativo, de acesso pessoal, célere e eficaz à justiça;

4) Dentre as características dos institutos estrangeiros acolhidas pelo legislador ordinário pátrio estão: a apreciação exclusiva da questão pelo tribunal guardião da Constituição; o controle de atos e omissões do Poder Público; o princípio da subsidiariedade da medida; a legitimidade ativa ampla para a propositura da figura (qualquer do povo e pessoas jurídicas determinadas); a inexistência de um rol taxativo de direitos a serem protegidos; e a possibilidade de ser utilizado o instituto de maneira preventiva (o que só não se depreende do direito espanhol);

5) Dentre as características dos institutos estrangeiros não recepcionadas pelo legislador ordinário brasileiro estão: a existência de prazo para a propositura da medida; a faculdade de o tribunal guardião da Constituição escolher quais questões irá apreciar quando se está em sede de incidente de inconstitucionalidade; e ainda, o exercício do controle de constitucionalidade apenas de atos concretos do Poder Público;

6) Só há um parâmetro para o objeto da argüição – o Preceito Fundamental Constitucional – que não denota sinônimo de qualquer preceito posto na constituição, e ainda, a expressão não se confunde com o conceito de direitos fundamentais, nem com o conceito de princípios fundamentais, sendo mais ampla que estes;

7) Não há que se falar em rol taxativo de preceitos fundamentais constitucionais. O legislador não quis (sabiamente) enclausurar o objeto sindicável da argüição. Há uma unanimidade doutrinária que demonstra pacificidade quanto a alguns preceitos

fundamentais constitucionais (decorrentes implícita ou explicitamente da Carta Fundamental), todavia, o responsável por aduzi-los é o Supremo Tribunal Federal, por meio da produção jurisprudencial;

8) O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental é uno. A Lei nº 9882/99 dispõe quanto ao cabimento da argüição para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato ou omissão do Poder Público (atos e omissões entendidos em âmbito material, normativo, administrativo ou jurisdicional), e prevê ainda a possibilidade da propositura da medida em situações onde seja suscitada relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Essas duas hipóteses não configuram áreas distintas de incidência da referida ação constitucional. Tanto os atos do Poder Público, quanto o levantamento de uma relevante controvérsia constitucional estão vinculados ao parâmetro, qual seja, preceito constitucional fundamental. Há, portanto, uma “exemplificação proposital” de situações que, anteriormente, não estavam “cobertas” pelo sistema de controle de constitucionalidade, onde atos ou omissões do Poder Público podem violar preceitos fundamentais;

9) Não há inconstitucionalidade na previsão da possibilidade de proteção da Constituição Federal, em confronto com o Direito Municipal;

10) No que tange ao Direito anterior à Constituição, existem casos em que é necessário o reconhecimento de inconstitucionalidade superveniente, ao invés de revogação (pensamento da maioria do STF), tendo-se em vista o mister de produção de efeitos *ex tunc* (retroativos). Nisso a ADPF foi inovadora;

11) Observa-se como válida a tentativa de proteção e inclusão no controle de constitucionalidade desse objeto (direito municipal e pretérito). Vê-se que a lei quis nitidamente incluir impugnações excluídas da esfera do controle abstrato (e que deveriam nela estar, pois os Municípios brasileiros são parte da Federação e, de igual forma, há situações que exigem reconhecimento de efeitos *ex tunc* por meio de

inconstitucionalidade superveniente frente à Constituição posterior) através da via direta.

12) A argüição de descumprimento de preceito fundamental pode se prestar a declarar a constitucionalidade de qualquer ato, consoante entendimento consolidado em sede de ADIn, aplicado analogicamente à ADPF. Para a doutrina, isso não é pacífico, pois reside no direito pátrio o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Pacífico é, no entanto, que no pedido formulado em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental cabe apenas pleitear “descumprimentos”, sem escopo de ratificar interesses políticos e governamentais.

13) As modalidades da argüição são, via de regra, construções doutrinárias e estão vinculadas aos critérios utilizados para a sua classificação. A medida é preventiva ou repressiva, levando-se em conta o momento da lesão.

14) Tendo-se em vista a independência do instituto, a argüição pode ser vislumbrada como autônoma ou como incidental.

15) A argüição autônoma, prevista positivamente na lei (não sendo, portanto, apenas fruto de elocubrações doutrinárias), tem por escopo a defesa da ordem jurídica constitucional objetiva, se instaura nos formatos de um processo objetivo, o qual, apesar de estar relacionado à apreciação de um ato (via de regra) concreto do Poder Público, mantém-se num contexto de abstração, não havendo associação direta a esferas subjetivas que estejam ligadas a uma lide.

16) Já a modalidade incidental não tem previsão no direito positivo, sendo portanto, uma espécie bastante contestada e polêmica (para alguns é clara, para outros é difícil vislumbrá-la e para outros, ainda, é inexistente), sendo considerada pelo presente trabalho apenas como uma possibilidade hipotética. Tal figura, se tivesse previsão clara por parte do legislador ordinário, seria o resultado de flagrante influência dos modelos de incidente de inconstitucionalidade do direito estrangeiro, em especial, o germânico, tendo em vista que se apresentaria como um mecanismo de controle concentrado e concreto de constitucionalidade, visando à proteção,

primeiramente, de um direito fundamental (incluso na idéia de preceito fundamental) vinculado a um sujeito individual, e como reflexo dessa proteção, seria proporcionada, indiretamente, a defesa do conteúdo essencial objetivado na Constituição.

17) Mesmo que sejam consideradas duas espécies da argüição, não há vinculação das modalidades a diferentes objetos. O objeto da ADPF é uno, vinculado ao parâmetro – preceito fundamental constitucional.

18) Dentre os vetos do chefe do executivo no que tange ao projeto de lei 17 de 1999, está o óbice da impossibilidade da legitimação ativa ampla para a propositura da ADPF, o que prejudicou em muito a concretização da polêmica argüição incidental, pelo seu caráter de proteção vinculado a indivíduos, em âmbito subjetivo.

19) O rol de legitimados ativos para propor a Argüição é taxativo, e idêntico ao da Ação Direita de Constitucionalidade, restando a alternativa da “reclamação” ao Procurador-Geral da República, para o particular lesado ou ameaçado de sofrer lesão.

20) A competência para apreciar a argüição de descumprimento de preceito fundamental é do Supremo Tribunal Federal, de maneira exclusiva, não facultada (não pode se dar *ex officio*) e, portanto, não estendida aos tribunais ordinários, nem mesmo em se tratando das Constituições regionais dos Estados.

21) Os legitimados passivos da argüição de descumprimento de preceito fundamental, para fins processuais, mormente em processo objetivo, podem ser identificados à semelhança da “autoridade coatora” do mandado de segurança, embora a rigor, não exista legitimado passivo em sede de processo objetivo.

22) A subsidiariedade está vinculada como crivo que é, ao parâmetro, e à existência de “outro meio eficaz” para sanar a lesividade. Todavia deve-se ter em mente que, a fim de tentar salvar o prejuízo que o instituto e a democracia sofreram com o veto atinente à legitimação ativa, o “outro meio”, para apresentar-se como um sucedâneo

à altura da argüição, deve manifestar um certo grau de credibilidade quanto à satisfatividade da questão constitucional envolvendo descumprimento de preceito fundamental. Caso contrário, a argüição de descumprimento de preceito fundamental será a medida cabível.

23) A decisão cautelar em sede de argüição deve remeter o julgador a uma avaliação de cada situação com muita reserva e excepcionalidade. É imprescindível a presença de alguns elementos, quais sejam – a ponderação, o comedimento, a formação livre e espontânea da opinião dos tribunais na jurisdição ordinária, e o descarte da defesa e da realização de qualquer manobra atinente a políticas governamentais.

24) Efeitos *erga omnes* da decisão em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental são os efeitos cessatórios do ato declarado inconstitucional, pela procedência do pedido pleiteado em argüição, e alcançam, além das partes envolvidas (se existirem particulares, como quando se considerar a argüição incidental), todos aqueles que, no presente, vivem situação semelhante, e ainda, todos os indivíduos envolvidos, ou candidatos potenciais a se envolverem em contexto análogo de violação de preceito fundamental decorrente da Constituição, o que se observa proveitoso à aplicação da justiça e ao exercício da democracia.

25) Os efeitos vinculantes previstos pela Lei n.º 9882/99 consistem, fundamentalmente, em obrigar os tribunais ordinários (e órgãos julgadores inferiores hierarquicamente ao Supremo) a respeitarem e, mais do que isso, obedecerem e seguirem, sem questionamentos, as decisões proferidas pelo Supremo, quando da procedência na apreciação de argüição de descumprimento de preceito fundamental. É uma real e flagrante violação aos princípios constitucionais do juiz natural e do livre convencimento do magistrado, impedindo a construção do diálogo salutar existente entre as diferentes jurisdições.

26) Já os efeitos retroativos possibilitados ao Supremo, ao decidir em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental, constituem outra arbitrariedade, tendo em vista que a decisão da argüição é um pronunciamento

preponderantemente declaratório, e que o ato do Poder Público atingido, resta, portanto, somente com a alternativa da nulidade desde o seu surgimento, pelo fato de que não retira da Constituição o seu fundamento de validade. Não é salutar que o legislador ordinário estabeleça a limitação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato, tendo em vista que pode-se instaurar significativa insegurança jurídica. Atribuir ao ato impugnado uma eficácia transitória seria como negar durante determinado período a autoridade e supremacia da Constituição. Ato declarado inconstitucional é, portanto, inválido e nulo desde a sua origem. A flexibilidade quanto aos efeitos temporais da decisão teria melhor aceitação (ou só poderia realmente existir) se implementada pela via da Emenda Constitucional.

Diante de tal desenvolvimento de idéias, a presente pesquisa resta como um sutil desabafo em face dos rumos tortuosos que o Direito Constitucional não pode vir a tomar, no Brasil.

Somando-se a esse desabafo está a busca por atalhos para que a democracia se instaure efetivamente como valor supremo no constitucionalismo brasileiro.

E após a exposição sistemática das principais conclusões obtidas ao longo da pesquisa feita sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, gostaríamos de esclarecer qual o desejo que em nós habita com relação a esse instituto. Um bom exemplo a ser mencionado para delinear essa introspecção está nas lições de sobrevivência inerentes ao planeta criado por Antoine di SAINT-EXUPERY - a única coisa que se deve fazer com relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental é não enxergá-la como uma “baobá”,¹⁸⁵ pois definitivamente, esta não é a sua essência!

¹⁸⁵ Do clássico francês *O pequeno príncipe*, onde o protagonista explica que um “baobá” é uma planta ruim, que só pode ser identificada após um certo período de desenvolvimento, devendo ser arrancada, sob pena de comprometer a manutenção da vida no planeta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, com ensaio e anotações de ROGÉRIO, Nuno. Portugal: Coimbra Editora, 1996.

BARACHO, J. A. de O. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Princípios Constitucionais Brasileiros ou de Como o Papel Aceita Tudo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ n.º 1, 1993,. No mesmo sentido: *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BASTOS, C. R.; VARGAS, A. G. de S. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo, n.º 30 jan./mar, 2000.

_____. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória*. Revista Virtual n.º 8, Subchefia Para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, janeiro, 2000.

BELAUNDE, G. e SEGADO, F. F. (Coords.). *La jurisdiccion constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997.

BERNARDES, J. T. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista Virtual n.º 7, Subchefia Para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, dezembro / 1999.

_____. *Lei 9882/99: argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.º 39, fev. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=237>>.

BUSTAMANTE, T. da R. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela lei 9882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de Constitucionalidade?* Janeiro / 2000.

_____. *Notas sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua lei regulamentar*. (2000). <http://www.jusnavigandi.com.br>.

BUZUID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, Portugal, 1997.

CARVALHO, I. F. de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista *Dialex*, ano XIII, n.º 97, Brasília (22.05.2002).

CAVALI, M. C. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – limites e possibilidades à luz da lei n.º 9882/99*. Curitiba: 2002.

CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis no direito brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2000.

_____, DIAS, C. F.. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: *Novos Rumos da Autonomia Municipal*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____, DIAS, C. F.. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, n.º 21, jan/dez 2001.

COL, H. M. Dal. *O significado da expressão “Preceito Fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no artigo 102, § 1º, da CF*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, caderno 1, n.º 12, 2ª quinzena de junho de 2001.

Constituição da República Portuguesa, anotada por RIBEIRO, Vinício A. P. Portugal, Coimbra: Almedina, 1993.

Constituições Estrangeiras: Áustria - Iugoslávia. v. 5. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília-DF, 1988.

CORRÊA, O. D. *A Constituição de 1988, Contribuição Crítica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

COUTURE, E. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRUZ, Á. R. de S. e SAMPAIO, A. L. (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA JUNIOR, D. da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. III.

DIAS, E. R. *Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão de efeito vinculante à ação direta de constitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n.º 55, 2000.

DINIZ, M. H. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIREITO, C. A. M. *Tendências do Direito Constitucional Brasileiro: A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei n.º 9882, de 3 de dezembro de 1999*. In: As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo, coord. Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FAVOREU, L. *Los Tribunales Constitucionales*. trad. Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.

FERNANDES, R. P.; FERREIRA, A. A. V. A. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão*. Revista da Advocacia Pública, São Paulo, n. 18, junho/2002.

FERRARI, R. M. N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, S. *Declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.º 3, 1993.

FERREIRA FILHO, M. G. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações do controle de constitucionalidade: 9868 de 10 de novembro e 9882 de 3 de dezembro de 1999*. Revista da Faculdade de direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 18, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *O sistema de constitucionalidade brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. RDA 224/12, abr.-jun. 2000.

FILHO, V. G. *Direito processual civil brasileiro*. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO, A. A. de M. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

FREIRE, A. R. S. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: origem e perspectivas*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, Curitiba: Síntese, 2001.

GARCIA, M. *Argüição de descumprimento: direito do cidadão*. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo: R. T., ano 8, n.º 32, jul/set 2000.

HECK, L. A. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. trad. de Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

HORTA, R. M. *Poder Constituinte do Estado-membro*. Revista de Direito Público, São Paulo, 1988.

INIESTA, I. B.; GIMENEZ, I. D.; e FARRERES, G. F. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo – Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1995.

LÉON, Luiz D. y P. de. *La jurisprudencia contitucional de los derechos fundamentales*. in PINA, Antonio Lopez. (Dir.). *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 1991.

MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *Os artigos federalistas*. trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. Título original: *The Federalist Papers*.

MANDELLI JUNIOR, R. M. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, J. B. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a sua relação instrumental*. Revista Cearense Independente do Ministério Público, Ceará, v. 1, n.º 3, out/1999.

MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9868 de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAUÉS, A. G. M. e COLARES, P. M. *A Arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988*. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo: R. T., ano 10, n.º 39, abril/junho 2002.

MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MEIRELLES, H. L. *Mandado de segurança*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MÉLEGA, L. H. C. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – Art. 102, §1º, da CF*. Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 5 /2001, 1ª quinzena de março de 2001. caderno 1.

MELLO, C. A. B. de. *Controles do poder político*. Revista trimestral de direito público, São Paulo, n.º 11, 1995.

MENDES, G. F. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Revista Jurídica Virtual n.º 7, Presidência da República, Subchefia Para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, dezembro, 1999.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: § 1º do art. 102 da Constituição Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, caderno 1, n.º 4, 2ª quinzena de fevereiro de 2001.

_____. *Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental I*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, caderno 1, n.º 11, 1ª quinzena de junho de 2001.

_____. *Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental II*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, caderno 1, n.º 12, 2ª quinzena de junho de 2001.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: identificação do parâmetro de controle para fins do art. 103, §1º, da Constituição Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, caderno 1, n.º 5 1ª quinzena de março de 2001.

_____. *Controle de constitucionalidade: análise das leis n.º 9868/99 e 9882/99*. Revista Consulex, Brasília, n.º 101, março /2001.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental, demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Revista Jurídica Virtual, n.º 13, junho/2000.

MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, H. P. de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: apontamentos para compreensão do tema*. ADV advocacia dinâmica: seleções jurídicas, São Paulo: n. 11, nov. 2000.

MOTTA, S. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: http://www.vemconcur.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=recentes&page_id=210&page_parte=1

NETO, D. de F. M. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Revista de Direito da Procuradoria- Geral do Estado do Rio de Janeiro n.º 42.

PESSOA, R. S. *Controle de constitucionalidade: jurídico-político ou político-jurídico?*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2882>>.

SARMENTO, D. *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n.º 224, abr./jun. 2001.

SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Ed. R.T., 2ª ed., 1982.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, P. N. N. da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, L. L. *Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da constituição*. Revista da Ajuris, n.º 81, mar/2001.

SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de direito público*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TALAMINI, E. *As origens históricas do mandado de segurança na tradição processual Luso-brasileira*. in BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda e WAMBIER, T. A. A. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: R. T., 2002.

TAVARES, A. R. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. *Tratado de arguição de preceito fundamental (Lei 9868/99 e Lei 9882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; ROTHENBURG, W. C. (organizadores). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n.º 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: R.T., ano 9, jan-mar 2001.

THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. 1.

VELLOSO, C. M. da S. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista 'O Magistrado' publicada pelo Instituto dos Magistrados do Distrito Federal – IMAG/DF. Março/2002. *Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Oscar Dias Corrêa, ao ensejo dos seus oitenta anos de idade*.

VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VON SOHSTEN, E. da R. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: um estudo crítico*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3370>>. Acesso em: 29 ago. 2004.

WALD, A. O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente. *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*. n. 7, dez. 1999.

ANEXO – LEI N.º 9882/99

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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 ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º 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, 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 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

ANEXO - MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal".

Decidi vetar os dispositivos a seguir transcritos:

Inciso II do parágrafo único do art. 1º, § 4º do art. 5º e art. 9º

"Art. 1º

Parágrafo único.

II - em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal."

"Art. 5º.....

§ 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente."

"Art. 9º Julgando procedente a argüição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subseqüentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição."

Razões dos vetos

Impõe-se o veto das disposições acima referidas por inconstitucionalidade.

Não se faculta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal a intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à "interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional" prevista no inciso II do parágrafo único do art. 1º. Tais questões constituem antes matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. A intervenção autorizada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais.

Essa orientação restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22503-DF, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.06.97, p. 24872. Do mesmo modo, no julgamento do Mandado de Segurança nº-22183-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal assentou: "3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8º). 3.1 O fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 3.2 Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário" (DJ 12-12-97, p. 65569). Dito isso, impõe-se o veto da referida disposição por transcender o âmbito constitucionalmente autorizado de intervenção do Supremo Tribunal Federal em matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. No que toca à intervenção constitucionalmente adequada do Supremo Tribunal Federal, seria oportuno considerar a colmatação de eventual lacuna relativa a sua admissão, em se tratando da estrita fiscalização da observância das normas constitucionais relativas a processo legislativo.

A seu turno, impõe-se o veto do § 4º do art. 5º pelas mesmas razões aduzidas para vetar-se o inciso II do parágrafo único do art. 1º, consubstanciadas, fundamentalmente, em intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo, nos termos da mencionada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O art. 9º, de modo análogo, confere ao Supremo Tribunal Federal intervenção excessiva em questão *interna corporis* do Poder Legislativo, tal como asseverado no veto oposto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º. Com efeito, a disposição encontra-se vinculada à admissão da ampla intervenção do Supremo Tribunal Federal nos processos legislativos *in genere*. Assim, opostos vetos às disposições insertas no inciso II do parágrafo único do art. 1º e ao § 4º do art. 5º, torna-se imperativo seja vetado também o art. 9º.

Inciso II do art. 2º

"Art. 2º....."

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

....."

Razões do veto

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto

da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

Parágrafo 2º do art. 2º

"Art. 2º

§ 2º Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

Razões do veto

A exigência de um juízo favorável do Procurador-Geral da República acerca da relevância e da consistência da fundamentação da representação (prevista no § 1º do art. 2º) constitui um mecanismo adequado para assegurar a legitimidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A legitimidade da exigência reside não só na necessidade de resguardar a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal – por meio da indagação substancial acerca da relevância e da consistência das questões a serem apreciadas – bem como em razão da inexistência de um direito subjetivo a essa prestação jurisdicional. Com efeito, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 23565-DF (Relator Ministro Celso de Mello), asseverou ainda o Supremo Tribunal Federal: "Em suma: a eventual pretensão de terceiro, em não sofrer os efeitos derivados de norma legal ou de emenda à Constituição, ainda em fase de elaboração, e alegadamente ofensiva de qualquer das cláusulas constitucionais, não se eleva, por si só, à condição de direito líquido e certo para fins do processo mandamental e de ativação da jurisdição do Estado, especialmente – tal como no caso ocorre – se a tutela jurisdicional é invocada para paralisar o curso regular de processo de reforma da Carta Política instaurado

perante órgão competente". Por outro lado, a existência de amplo rol de entes social e juridicamente legitimados para a promoção do controle abstrato de normas assegura a adequada veiculação das questões constitucionais de fundamentação relevante e consistente, sem prejuízo do amplo acesso individual ao controle difuso de constitucionalidade. Nessa medida, inexistindo direito subjetivo a um acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal ao mesmo tempo em que se asseguram outras e amplas vias para o processo e julgamento das controvérsias constitucionais pertinentes, a admissão de um recurso ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de indeferimento da representação desqualifica o necessário exame de relevância e consistência pelo Procurador-Geral da República e cria, em verdade, procedimento adicional e desnecessário a demandar processamento e julgamento específico. Impõe-se, destarte, o veto da disposição por contrariar o interesse público.

Parágrafos 1º e 2º do art. 8º

"Art. 8º.....

§ 1º Considerar-se-á procedente ou improcedente a argüição se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 2º Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da argüição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se sessão plenária na qual se atinja o *quorum* mínimo de votos."

Razões do veto

O § 1º do art. 8º exige, para o exame da argüição de descumprimento de preceito fundamental, *quorum* superior inclusive àquele necessário para o exame do mérito de ação direta de inconstitucionalidade. Tal disposição constituirá, portanto, restrição desproporcional à celeridade, à capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. A isso, acrescente-se a consideração de que o escopo fundamental do projeto de lei sob exame reside em ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade, o que certamente resta frustrado diante do excessivo *quorum* exigido pelo dispositivo ora vetado. A fidelidade à Constituição Federal impõe o veto da disposição por interesse público, resguardando-se, ainda uma vez, a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal e a presteza nas suas decisões.

Opõe-se ao § 2º do art. 8º veto decorrente do veto oposto ao § 1º do art. 8º, de cujo conteúdo normativo o § 2º encontra-se inequivocamente dependente e de cujos vícios comunga.

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 3 de dezembro de 1999.