

PÉRICLES DE SOUZA BERNARDI

**A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL E SEU PAPEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
NACIONAL**

**Monografia apresentada no Curso de
Graduação em Direito, do Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel.**

**Orientador: Prof. Elizeu de Moraes
Corrêa.**

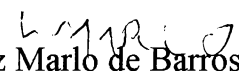
TERMO DE APROVAÇÃO

PÉRICLES DE SOUZA BERNARDI

A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SEU
PAPEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa.


Prof. Dr. Luiz Marlo de Barros Silva


Profª. Ana Cláudia Bento Graf

Curitiba, 3 de novembro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO	IV
INTRODUÇÃO	01
1. O CONSTITUCIONALISMO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	02
1.1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	04
1.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	07
1.3. AS MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	09
1.3.1. O controle em caráter preventivo	09
1.3.2. O controle em caráter repressivo	10
1.3.2.1. O controle de constitucionalidade repressivo difuso ou descentralizado ou concreto	11
1.3.2.2. O controle de constitucionalidade repressivo concentrado ou centralizado ou abstrato	12
1.3.2.3. Esclarecimentos adicionais acerca das modalidades de controle de constitucionalidade	13
2. A ADPF E INSTITUTOS ASSEMELHADOS NO DIREITO COMPARADO	15
2.1. <i>VERFASSUNGSBESCHWERDE</i> – RECURSO CONSTITUCIONAL - ALEMANHA	15
2.2. <i>DERECHO DE AMPARO</i> – RECURSO DE AMPARO – ESPANHA.....	17
2.3. <i>BESCHWERDE</i> – RECURSO CONSTITUCIONAL – ÁUSTRIA	18
3. O SURGIMENTO DA ADPF NA ORDEM CONSTITUCIONAL NACIONAL	19
3.1. O HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DA ADPF	21
3.2. O INSTITUTO DA ADPF APÓS A REGULAMENTAÇÃO PELA LEI Nº 9.882/99	26
3.3. AS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DO INSTITUTO DA ADPF	29
3.3.1. A aplicabilidade da norma instituidora da ADPF	29
3.3.2. O significado e a abrangência da expressão “preceito fundamental”	32
3.3.3. O caráter subsidiário da ADPF	42
4. AS LACUNAS COLMATADAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO COM A REGULAMENTAÇÃO DA ADPF	51
5. A PREVISÃO DA ADPF NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS	56
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61
ANEXO	64

RESUMO

O fenômeno do constitucionalismo marcou o fim dos Estados Absolutistas e o crescimento dos Estados liberal-burgueses. Assim, a Constituição veio a ser o instrumento que serviu para consolidar os novos ideais liberais que vieram a suplantá-lo que se denominava de Antigo Regime. No entanto, para preservar a Constituição contra qualquer ofensa, seja ela no todo ou em parte, servem-se os Estados Constitucionais de instrumentos de controle de constitucionalidade, em diversas modalidades, tanto de forma difusa (qualquer juízo ou tribunal) como de forma concentrada, através de um Tribunal Constitucional. Assim, destaca-se, no campo do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada no nosso ordenamento constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sem precedentes em outras constituições, bem como em outros institutos do direito comparado, exceto no tocante a algumas semelhanças. A norma instituidora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi entendida como sendo de aplicabilidade limitada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que impediu a utilização do instituto por vários anos, até que em 1999 surgiu a norma regulamentadora através da edição da Lei nº 9.882/99, após amplas discussões e debates. Tal norma padece, segundo boa parte da doutrina, de alguns vícios de inconstitucionalidade, o que ainda não foi decidido de modo definitivo pelo STF na ação que trata exatamente disso, qual seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.231, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Por ser um instituto relativamente novo no ordenamento nacional, a doutrina começa a aprofundar seus estudos de modo que, em consequência, surgem algumas divergências de posicionamentos, dentre as quais analisaremos a questão da aplicabilidade da norma instituidora, a noção de preceito fundamental e o caráter subsidiário da ADPF. Outra questão importante a ser analisada é a que versa sobre o cabimento da arguição na Constituição dos Estados-membros. Em atenção ao princípio da simetria, entendemos ser possível a previsão do instituto em nível estadual, porém, não caberá ao Estado legislar sobre normas processuais, podendo fazê-lo apenas quanto aos aspectos procedimentais. Por fim, a ADPF é um instituto que pode preencher várias lacunas do ordenamento nacional na esfera do controle de constitucionalidade, sobretudo com relação ao direito municipal e pré-constitucional. Além disso, através de uma interpretação mais ampla e sistemática do texto constitucional, pode ter sua efetividade ampliada, sobretudo porque se presta à proteção do que há de mais importante em uma Constituição: os preceitos fundamentais dela decorrentes. Desta maneira, constitui-se a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental em verdadeiro instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: “constituição”, “controle de constitucionalidade”, “preceito fundamental”, “ação constitucional”, “controle abstrato”, “inconstitucionalidade”.

INTRODUÇÃO

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional que não possui precedentes nas constituições brasileiras anteriores, consistindo em instituto tipicamente nacional, sem precedentes no direito comparado, exceto no tocante a algumas semelhanças com alguns institutos de outros países.

No decorrer deste trabalho, analisaremos de maneira breve o controle de constitucionalidade como um todo, com a finalidade de melhor posicionar a ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental no nosso ordenamento, analisando posteriormente o histórico do instituto bem como o histórico da edição da norma regulamentadora.

Por fim, analisaremos algumas novidades trazidas pela argüição de descumprimento de preceito fundamental ao controle de constitucionalidade brasileiro, inclusive com relação às lacunas que o novo instituto criado pela Constituição Federal de 1988 (CF88) pode preencher.

1. O CONSTITUCIONALISMO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O constitucionalismo é caracterizado por ser um fenômeno histórico-cultural que marca o fim do Antigo Regime e surgiu, primordialmente, para garantir os interesses dos Estados burgueses (que vieram a substituir os Estados absolutistas monárquicos), nos quais se difundiam idéias como a dos direitos individuais dos cidadãos, o princípio da separação dos poderes, a representação política e democrática, dentre muitas outras liberdades e garantias postas hoje como fundamentais.

Assim, os Estados burgueses necessitavam de um instrumento para consolidar seus ideais e, então, romper de modo definitivo com o absolutismo monárquico. Este instrumento seria, na verdade, uma espécie de pacto fundador, que se denominaria de Constituição.

Assim, no final do século XVIII, após a independência das 13 Colônias, surge, nos Estados Unidos da América, em 1787, a primeira constituição escrita e rígida do mundo.

Na França, o religioso Emmanuel Joseph Sieyès, manifestando o pensamento da sociedade burguesa da época, publica “O que é o Terceiro Estado?” (“*Qu’est-ce que le tiers état?*”), ainda antes da Revolução de 1789, obra na qual apresentava as reivindicações da burguesia contra o absolutismo, esclarecendo as distinções entre poder constituinte e poder estabelecido, além de apontar a idéia de um poder constituinte ilimitado acima do qual só existiria um direito natural. Assim, a constituição, pressuposta a existência de um poder constituinte, nada mais seria do que uma criação, cuja supremacia advém da superioridade do poder constituinte.

Deste modo, podemos dizer que o constitucionalismo francês veio unido a um forte movimento revolucionário no qual se apregoavam ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Em decorrência disso surgiu, em 1791, a primeira constituição escrita da França, após a Revolução Francesa de 1789, a partir daí difundindo-se o constitucionalismo

de um modo global juntamente com os ideais liberais que embasaram a revolução.

1.1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Realizada uma breve abordagem sobre o surgimento e a consolidação do constitucionalismo, é necessário analisar também a questão do surgimento do controle de constitucionalidade, que consiste no mecanismo protetor da ordem constitucional, cuja análise faremos a partir de exemplos em diversos países.

No início do século XIX, a Suprema Corte norte-americana decidiu que cabe ao Poder Judiciário decidir causas que envolvam questões constitucionais, originando, então, o *judicial review*, que nada mais é do que o controle de constitucionalidade difuso, que explicaremos mais adiante. Tal decisão ocorreu ao julgar a demanda entre William Marbury e James Madison, caso clássico que ficou conhecido como *Marbury versus Madison*¹.

Na França, na época da Revolução de 1789, motivado pelo princípio da separação de poderes, não se admitia o controle das leis pelo Judiciário, pois o Poder Legislativo era quem detinha o “monopólio legislativo”. Tal concepção só foi modificada mais recentemente, após o surgimento da Constituição de 1958, criando uma espécie de controle de constitucionalidade político, ainda que meramente preventivo, isto é, antes de a norma entrar em vigor, exercido por um órgão do Poder Legislativo, qual seja, o Conselho Constitucional, independente e autônomo em

¹ Este caso foi relatado pelo *Chief Justice* John Marshall e, segundo o relato, William Marbury havia sido legalmente nomeado para o cargo de juiz de paz no condado de Washington, Distrito de Columbia, em 1801, pelo então presidente da República John Adams, do Partido Federalista, que se encontrava nos seus últimos dias de mandato. Porém, não houve tempo hábil para que fosse dada a posse a Marbury antes que o republicano Thomas Jefferson assumisse a Presidência da República. Ao assumir, este determinou que seu Secretário de Estado, James Madison, negasse a posse a Marbury. Este, por sua vez, requereu à Suprema Corte uma ordem para que o Secretário de Estado Madison lhe desse a posse. Marbury teve reconhecido o direito à posse, porém, não obteve o provimento mandamental da Suprema Corte, pois julgou-se inconstitucional a lei que autorizava o pedido diretamente nesta, uma vez que a Suprema Corte teve sua competência fixada pela Constituição e somente ela poderia ampliá-la. Assim, foi a primeira vez que a mais alta corte norte-americana apreciou, num caso concreto, uma questão de controle de constitucionalidade, criando o que se denominou de *judicial review*.

relação aos demais poderes do Estado.

No restante da Europa, o controle de constitucionalidade aparece somente após a 1ª Grande Guerra, por volta da década de 1920, por influência de Hans Kelsen.

É importante mencionar que Hans Kelsen, em uma conferência proferida há mais de setenta anos, propugna a criação de Tribunais Constitucionais, uma vez que o ordenamento era composto do que ele denominou de pirâmide hierárquica de normas, estando no topo a norma fundamental, garantindo-se a hierarquia normativa pelo controle da conformidade das normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior. Assim, em 1929, ao debater com Carl Schmitt, Kelsen defendeu a idéia de que a guarda da Constituição deveria ficar por conta de um Tribunal Constitucional, responsável por apreciar as questões jurídico-constitucionais, realizando a supremacia da Constituição, uma vez que esta é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado. Carl Schmitt, por sua vez, era contrário à jurisdição constitucional, pois a decisão envolveria o aspecto político e isso não caberia ao Poder Judiciário e sim a um órgão político. Deste debate saiu vitorioso Kelsen que, na verdade, iniciou e terminou a polêmica acerca do tribunal constitucional².

A primeira constituição a adotar este sistema foi a constituição austríaca de 1920, por influência de Hans Kelsen, ocasião na qual foi criada a Corte Constitucional Austríaca, suprimida em 1938 em decorrência da ocupação alemã. No entanto, o controle de constitucionalidade austríaco, que se espalhou por muitos países europeus, era somente o controle concentrado exercido pelo Tribunal Constitucional, diferenciando-se do sistema de controle difuso norte-americano. Em 1921 e 1931, respectivamente, foram criadas as cortes constitucionais da Tchecoslováquia e da Espanha, porém, estas tiveram curta duração.

² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março de 2002. Disponível no *site* <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

A partir de então, notadamente após a 2ª Guerra Mundial, houve um crescimento no que se pode chamar de jurisdição constitucional. Vários países criaram ou reabriram suas cortes constitucionais. A da Áustria foi reaberta em 1945. A constituição italiana de 1947, em vigor a partir de 1948, criou a Corte Constitucional da Itália. A Alemanha Federal também criou sua corte constitucional através da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. O mesmo ocorreu com diversos outros países.

No Brasil, é quase unânime a opinião da doutrina segundo a qual o verdadeiro controle de constitucionalidade só surgiu com o advento da República, conforme veremos no tópico a seguir, destinado a combater as ações ou omissões que, de maneira direta ou indireta, ofendem o ordenamento constitucional no todo ou em parte.

1.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Conforme já mencionado, o controle de constitucionalidade só teria surgido no ordenamento jurídico nacional após o advento da República, uma vez que a Constituição Imperial de 1824 nos trazia o controle político. A Constituição da República, de 1891, trazia expressamente o controle difuso, conforme discriminado nas competências do STF, artigo 59, parágrafo 1º, daquela Carta Magna:

Art 59.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Já a Constituição de 1934 nos trouxe a denominada ação direta interventiva, que é uma modalidade que se aproxima do controle concentrado, pois o único tribunal competente para julgamento era o Excelso Supremo Tribunal Federal, cuja decisão subsidiaria a intervenção federal no Estado-membro. Além disso, a Constituição de 1934 inovou ao estabelecer que a decisão de inconstitucionalidade somente seria aceita pela votação da maioria dos membros dos tribunais, de modo que caberia ao Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. A comunicação ao Senado acerca da decisão do STF que declarasse a inconstitucionalidade seria feita pelo Procurador-Geral da República, que teria também que participar amplamente nos processos de ação direta interventiva, através da representação interventiva contra os Estados-membros.

A Carta de 1937 representou retrocesso, uma vez que, sabidamente, veio a

travestir de legalidade a ditadura imposta pelo Estado Novo. No entanto, o controle de constitucionalidade foi restabelecido pela Constituição de 1946. A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, instituiu a ação direta genérica, de competência do Supremo Tribunal Federal, através da representação de inconstitucionalidade, que seria proposta pelo Procurador-Geral da República. Além disso, continha dispositivo que previa que, através da lei, poder-se-ia estabelecer competência para que os Tribunais de Justiça dos Estados pudessem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da constituição estadual, momento que caracteriza os dois tipos de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado de ato ou lei federal em face da Constituição Federal.

Tal sistema foi mantido pela Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tendo sido ampliado pela atual Carta, responsável pela criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e também pelo instituto da ADPF em comento. A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade (controle de constitucionalidade pela “via reversa”) que aumentou e fortaleceu o controle concentrado abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A seguir, veremos com mais detalhes as espécies de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico nacional.

1.3. AS MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro contempla duas formas de controle de constitucionalidade de leis: o controle preventivo e o controle repressivo de constitucionalidade, os quais analisaremos neste tópico.

1.3.1. O controle em caráter preventivo

Integram o controle preventivo de constitucionalidade o princípio da legalidade e o próprio processo legislativo previsto na Constituição, podendo ainda ser exercido pelo Poder Legislativo através de comissões. O artigo 58 da CF88 traz a possibilidade de criação de comissões permanentes estabelecidas conforme sua previsão, seguindo a rotina prevista nos Regimentos Internos das duas casas legislativas no âmbito federal. O artigo 32, inciso III, do regimento interno da Câmara dos Deputados, prevê a criação da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. No caso do Senado Federal, o artigo 101 do seu regimento interno prevê a existência de comissão similar, denominada de Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Também o Poder Executivo exerce o controle preventivo de constitucionalidade, cuja maior expressão é o veto jurídico. É importante explicar a expressão veto jurídico. O veto presidencial está disciplinado na Constituição Federal em seu artigo 66, parágrafos 1º a 3º. O Presidente da República pode vetar determinado projeto de lei, total ou parcialmente, por entendê-lo inconstitucional, ou seja, contrário aos princípios e preceitos estabelecidos na Constituição. Nesse caso, estará exercendo o controle preventivo de constitucionalidade, através do que denominamos de veto jurídico. No entanto, pode ser que esteja vetando o projeto por entendê-lo como sendo contrário ao interesse público. Nesse caso, estaremos diante de uma situação de veto político.

É importante destacar que não há controle preventivo por parte do Poder Executivo durante o processo legislativo no caso de espécies normativas que não estão

sujeitas à deliberação executiva, como ocorre, exemplificativamente, com as emendas e medidas provisórias.

Alexandre de Moraes explica que o Poder Judiciário também exerce o controle sobre o processo legislativo³. Porém, diferentemente dos outros dois poderes, só poderá agir quando provocado por parlamentar. Neste caso, o controle se dará de forma difusa através do ajuizamento de mandado de segurança por parlamentares que se sentiram prejudicados durante o processo legislativo. Neste caso, os parlamentares seriam os únicos que teriam legitimação ativa para a propositura de mandado de segurança com o objetivo de defender direito líquido e certo de participarem de um processo legislativo em conformidade com as normas constitucionais e legais.

1.3.2. O controle em caráter repressivo

O controle repressivo de constitucionalidade ocorre quando a norma já faz parte do ordenamento jurídico vigente. No Brasil, tal controle é realizado, predominantemente, pelo Poder Judiciário. No entanto, há outras formas de controle repressivo exercidas pelos demais poderes. Assim, a título exemplificativo, citamos o caso do Congresso Nacional que pode editar um decreto legislativo tendente a sustar um decreto presidencial ou uma lei delegada que vá além do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, conforme disposto nos artigos 49, inciso V combinado com os artigos 68 e 84, inciso IV da nossa Constituição Federal.

Outra forma de controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo é a rejeição de medida provisória, pois, apesar de esta não constituir ainda uma lei, é uma espécie normativa que tem força de lei, e como tal deve ser controlada (artigo 62 da CF88).

Já o Poder Judiciário exerce o controle repressivo de constitucionalidade de

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 573.

modo difuso, através de todos os seus órgãos, da mais baixa até a mais alta instância, e de modo concentrado através do seu órgão máximo e também guardião da Constituição: o Excelso Supremo Tribunal Federal, a quem compete a defesa, por excelência, da Lei Máxima. Entende-se que essa função de defesa apresenta três desdobramentos principais: a guarda do conteúdo da Constituição (sentido material), a guarda da ordem constitucional (sentido institucional) e a guarda da efetividade da Constituição (sentido pragmático). Assim, temos caracterizado um sistema misto de controle repressivo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, contemplando a forma difusa e a forma concentrada.

1.3.2.1. O Controle de constitucionalidade repressivo difuso ou descentralizado ou concreto⁴

A principal característica do controle difuso de constitucionalidade é que ele é posto diante de qualquer juízo ou tribunal, na forma de um caso concreto específico. Assim, o juízo analisará a incompatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Lei Maior. No entanto, a declaração de inconstitucionalidade não é o objetivo principal do processo, apresentando-se apenas como questão prejudicial e que motivará a decisão final. Esta decisão fará coisa julgada apenas entre as partes envolvidas na ação, não vinculando, em nenhuma hipótese, outras decisões, já que a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional só pode ser suspensa quando o STF reconhece sua inconstitucionalidade e após a publicação de resolução pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Assim, o que se pretende é tão somente a declaração de inconstitucionalidade com o objetivo de isentar a parte da submissão ao dispositivo declarado desconforme perante a constituição.

⁴ Para melhor compreensão dos termos “difuso”, “descentralizado”, “concreto”, “concentrado”, “centralizado” e “abstrato” consultar o item 4.2.3 deste trabalho.

1.3.2.2. O controle de constitucionalidade repressivo concentrado ou centralizado ou abstrato

O controle repressivo abstrato de constitucionalidade independe da existência de uma lide, de modo que o objetivo principal da ação é a declaração da inconstitucionalidade (ou constitucionalidade, conforme o caso) da lei ou ato normativo, que deverá ser declarada na decisão final do processo, consistindo na questão principal da ação.

O Brasil possui diversos instrumentos de controle repressivo abstrato de constitucionalidade, todos previstos constitucionalmente, os quais destacamos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN-o), a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica destina-se à obtenção da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, sem outro objetivo senão o de retirar da ordem jurídica a incompatibilidade hierárquica, visando à defesa do princípio da supremacia da Constituição (artigo 102, inciso I, alínea a e artigo 103, incisos e parágrafo 3º da CF88). Ocorre também na modalidade estadual, ou seja, visando à declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (artigo 125, parágrafo 2º da CF88).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem por fim suprir a omissão do legislador ou do administrador. Na primeira situação, o legislador deixou de criar a lei necessária à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição. Na segunda, o administrador público deixou de adotar as providências necessárias à efetivação das normas constitucionais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva destina-se a promover a

Intervenção federal em Estado-membro ou a intervenção do Estado-membro em Município, desse modo, podendo ser federal, através de proposição exclusiva do Procurador-Geral da República, sendo competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal⁵, ou estadual, através de proposição do Procurador-Geral de Justiça do Estado-membro⁶.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem por objetivo confirmar a constitucionalidade de uma lei federal, garantindo que a constitucionalidade do diploma normativo não seja questionada por outras ações.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental teria por objetivo a proteção aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, no caso de ameaça ou lesão.

Dada a delimitação do tema, não cabe aqui neste trabalho desenvolver amplamente tais ações constitucionais, exceto a última, que é objeto de nosso estudo. Evidentemente, serão necessárias, em alguns tópicos, considerações acerca de outros institutos de controle de constitucionalidade abstrato, tendo em vista que tais institutos antecedem a ADPF e a ela emprestam muito das suas características, conforme veremos.

1.3.2.3. Esclarecimentos adicionais acerca das modalidades de controle de constitucionalidade

Freqüentemente se observa, no cenário jurídico nacional, confusão entre os termos utilizados para classificar o controle de constitucionalidade. Não é raro confundir-se os termos designativos do controle de constitucionalidade, bem como não

⁵ A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva federal é disciplinada pelos artigos 36, inciso III, artigo 102, inciso I, alínea a, e artigo 129, inciso IV da CF88.

⁶ A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva estadual é disciplinada pelos artigos 36, inciso IV, e artigo 129, inciso IV da CF88.

é comum se encontrar a diferenciação ou explicação de cada um dos termos ao mencioná-los em artigos de temas diversos que abordam as modalidades de controle de constitucionalidade. Então, para melhor esclarecer estes termos, utilizaremos as lições do mestre Luís Roberto Barroso⁷.

Segundo este autor, podemos estabelecer uma diferenciação, em primeiro lugar, quanto ao órgão que desempenha o controle de constitucionalidade. Nesse caso, deve-se levar em consideração qual o juízo ou tribunal que exercerá o controle, podendo o mesmo ser classificado como concentrado ou difuso. Em segundo lugar, pode-se diferenciá-los quanto à forma como são exercidos, podendo ser principal ou incidental. No principal, temos que o controle de constitucionalidade é analisado na ação como sendo o objetivo principal desta. Já no modo incidental (ou por via de exceção ou de defesa), o objetivo principal da ação é a análise do caso concreto, de modo que a análise do controle de constitucionalidade é questão prejudicial, conforme já vimos anteriormente.

Esclarece ainda o autor que, no Brasil, o controle exercido de maneira incidental é difuso, enquanto que o controle pela via principal é concentrado, embora incidental não seja sinônimo de difuso e principal não seja sinônimo de concentrado, sendo tal fato mera peculiaridade do nosso sistema de controle de constitucionalidade.

⁷ Para mais detalhes consultar BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

2. A ADPF E INSTITUTOS ASSEMELHADOS NO DIREITO COMPARADO

A ADPF, conforme já vimos na introdução do presente trabalho, da forma como foi proposta e regulamentada, não possui instituto similar no âmbito do direito comparado, porém, é de se destacar que há vários institutos que possuem semelhanças com a ADPF, alguns dos quais analisaremos a seguir. Esta é também a posição do Professor André Ramos Tavares, pois tais institutos possuem uma proximidade bastante reduzida se comparados à ADPF. Tal proximidade *“ora verifica-se com a indicação de requisitos similares, ora com objetivos similares, mas nunca em plena sintonia com a posição do instituto da argüição. Tratando-se de uma legítima criação brasileira, nada, pois, encontrar-se-á que seja amplamente aproveitável e que, em sua essência, tenha servido de modelo para o constituinte nacional”*⁸.

2.1. *VERFASSUNGSBESCHWERDE* – RECURSO CONSTITUCIONAL - ALEMANHA

A *Verfassungsbeschwerde* é um recurso constitucional existente no ordenamento jurídico alemão que pode ser utilizado por qualquer um do povo, cujo objetivo principal é fazer com que sejam cumpridos os direitos fundamentais estabelecidos pelo Poder Público. É o que se infere do artigo 93 da Lei Fundamental da Alemanha, que dispõe que qualquer do povo poderá interpor o agravo constitucional sempre que precisar proteger os direitos fundamentais contra atos do Poder Público. No entanto, Gilmar Ferreira Mendes explica que, excepcionalmente, poderá ser utilizado o recurso constitucional alemão para proteção de outros princípios

⁸ TAVARES, André Ramos. **Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 35-36.

ou preceitos constitucionais que não sejam, de modo direto, direitos fundamentais⁹.

Das ponderações de José Afonso da Silva se infere que a argüição de descumprimento de preceito fundamental teria grande aproximação com o recurso constitucional alemão¹⁰.

Já o Professor Clèmerson Merlin Clève diz que o recurso constitucional alemão não pode ser transplantado simplesmente para o ordenamento brasileiro, pois o recurso extraordinário aqui existente teria a mesma finalidade, de modo que a ADPF teria, dessa forma, uma finalidade muito menor do que aquela abrangida pelo recurso constitucional alemão¹¹.

Outro ponto de semelhança com a ADPF seria o caráter subsidiário do recurso constitucional alemão, que deverá ser utilizado após o exaurimento de todas as instâncias ordinárias para a proteção aos direitos fundamentais individuais, exceto se a questão for de interesse geral ou se demonstrar que a escolha da via ordinária pudesse prejudicar o interessado¹². É o que explica Gilmar Ferreira Mendes, ao dizer que *“no direito alemão, a Verfassungsbeschwerde (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional, se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrar que o requerente poderia sofrer grave lesão caso*

⁹ Para melhor compreensão vide MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto.** In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 132-133.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16ª edição revista. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 560.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no direito brasileiro.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 408.

¹² Analisaremos, mais adiante, a questão da subsidiariedade da ADPF bem como a controvérsia doutrinária decorrente, incluindo o entendimento do STF, que muito se assemelha à explicação fornecida por Gilmar Ferreira Mendes, que trata da atenuação do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias.

recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II)”¹³. Trata-se aqui da atenuação à interpretação do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias.

2.2. *DERECHO DE AMPARO* – RECURSO DE AMPARO - ESPANHA

O *derecho de amparo* tem por objetivo fazer cumprir os dispositivos constitucionais relativos aos direitos fundamentais e às liberdades públicas garantidas pela constituição da Espanha, por qualquer pessoa, desde que invoque interesse legítimo, bem como pelo defensor público (defensor do povo) ou pelo Ministério Público (Ministério Fiscal), sempre de modo subsidiário, ou seja, na falta de outros meios eficazes ou após o seu esgotamento. As liberdades públicas protegidas seriam, por exemplo, o princípio da igualdade, a liberdade religiosa, o direito à vida, à honra, à integridade física e moral, à segurança, dentre outros que sejam caracterizados como valores superiores dentro do ordenamento constitucional.

Na verdade, tal instituto do direito espanhol não é um recurso, mas uma ação autônoma, processada perante o Tribunal Constitucional. Com relação à ADPF, o *derecho de amparo* possui identidade no caráter de instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, processado perante um Tribunal Constitucional, porém, a ADPF sofre uma maior limitação com relação ao rol de legitimados a sua proposição, conforme veremos mais adiante.

Semelhante ao recurso constitucional alemão, o *derecho de amparo* espanhol deve ser utilizado também de modo subsidiário com relação às demais instâncias ordinárias, de modo que também consideraremos as ponderações de Gilmar Ferreira Mendes que menciona que “*a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias, não é necessária a interposição de todos os*

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz.** Revista Jurídica Virtual nº 13. Junho de 2000. Disponível no *site* <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis". Também aqui trata-se de atenuação à interpretação do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias.

2.3. *BESCHWERDE* – RECURSO CONSTITUCIONAL - ÁUSTRIA

Este instituto possui característica de incidente de constitucionalidade. Se ocorrer, em determinado processo, em qualquer instância, questionamento acerca da constitucionalidade de lei ou ato do poder público, este processo será suspenso e submetida a questão constitucional (prejudicial) ao Tribunal Constitucional para que este decida.

Há um outro aspecto interessante que diz respeito à faculdade de o Tribunal Constitucional, de ofício, verificar a constitucionalidade de uma lei, constituindo uma peculiaridade da *beschwerde*.

Qualquer cidadão pode propor o recurso constitucional austríaco, desde que algum de seus direitos constitucionais tenha sido lesado por ato normativo ou administrativo do Poder Público. A norma regulamentadora da ADPF continha, em sua redação original, dispositivo semelhante prevendo o acesso ao STF por qualquer pessoa que tenha sido lesada. Tal dispositivo, como se verá, foi vetado.

3. O SURGIMENTO DA ADPF NA ORDEM CONSTITUCIONAL NACIONAL

Nas constituições republicanas anteriores à atual, conforme já mencionado, encontramos a ação direta interventiva que, para alguns, é um instituto precursor da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No entanto, entendemos que não havia em nenhum dos textos das constituições anteriores qualquer instituto semelhante à atual ADPF, que é um instituto único, adaptado ao nosso ordenamento, com algumas semelhanças em relação a institutos de outros países, conforme já examinado em tópico anterior.

A Comissão Afonso Arinos foi instituída pelo Decreto Presidencial nº 91.450, de 18 de julho de 1985, e recebeu o nome oficial de “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”. Tal comissão tinha a incumbência de elaborar o texto da nova Constituição da República Federativa do Brasil e propôs, em sua redação final, a permanência, no nosso ordenamento, do instituto denominado arguição de relevância de questão federal, já vigente na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69. Tal instituto apresentava semelhança apenas gramatical de nome com o instituto que ora analisamos, uma vez que as funções eram dissonantes, porém, originalmente, ocupava o lugar que a norma da ADPF ocupa atualmente no texto constitucional.

Assim, a ADPF surgiu após as revisões e os debates iniciados com o projeto da comissão Afonso Arinos e sobreviveu às propostas revisionais que resultaram na Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993¹⁴.

Constituindo-se em grandiosa inovação da Constituição Federal de 1988, a

¹⁴ Alguns parlamentares apresentaram propostas de supressão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, durante os debates revisionais da Constituição de 1988. No entanto, nenhuma das propostas obteve êxito e a ADPF permaneceu intacta após a Emenda Constitucional nº 3/93, sofrendo apenas renumeração em decorrência da modificação de outras normas, conforme explica André Ramos Tavares in **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 21-23.

ADPF veio preencher, de modo quase que completo, as lacunas do controle abstrato de constitucionalidade de leis, conforme a opinião de alguns doutrinadores. O professor André Ramos Tavares diz que, nesse sentido, *“o legislador constituinte parece ter sido consciente de que era necessário não só prever todos os mecanismos de acesso ao Supremo Tribunal Federal, mas também oferecer alguma espécie de ‘último recurso’ para os casos que porventura viessem a necessitar de apreciação pela Corte mas que não obtivessem guarida nos instrumentos então existentes”*¹⁵.

No entanto, alguns fatores vieram a limitar a aplicação do instituto, dentre eles a demora do legislador infraconstitucional para editar a norma regulamentadora da ADPF. Tal demora não se justifica pelo tempo para que a lei pudesse ser preparada e para que pudesse conferir eficácia ao dispositivo da Constituição em comento, ainda mais em se tratando de dispositivo com tão nobre finalidade, qual seja, a proteção dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

Também não é justificativa a posição do STF ao considerar como de aplicabilidade limitada a norma constitucional que criou a ADPF, condicionando sua eficácia à regulamentação legal ulterior. Abordaremos tal problemática com maiores detalhes mais adiante e demonstraremos que, segundo parte da doutrina, uma interpretação sistemática mais ampla pode fundamentar a norma instituidora da ADPF como sendo de imediata aplicabilidade, uma vez que os mais sagrados valores contidos no seio da constituição estavam sendo brindados com uma nova forma de proteção.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 21.

3.1. O HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DA ADPF

O ano de 1999 foi marcado por intensa atividade legislativa na esfera do controle de constitucionalidade. A exemplo citamos a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Com relação ao instituto em comento, o mesmo veio a ser disciplinado pela Lei nº 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal.

O objetivo principal dos juristas que participaram do processo de elaboração da Lei nº 9.882/99, conforme veremos, era conter o que se chamava de “guerra de liminares”. A “guerra de liminares” era o termo comum utilizado para designar o que às vezes ocorria no cenário jurídico nacional, a exemplo das privatizações das empresas de telecomunicações e de outras estatais de grande porte, de modo que eram concedidas liminares em todos os graus de jurisdição, espalhadas por praticamente todo o território nacional, com o objetivo de suspender as privatizações. Além disso, procurava-se também reduzir o número de recursos extraordinários levados a processamento no Supremo Tribunal Federal, sobretudo em casos notadamente idênticos. Para contribuir com o entendimento, citamos as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, proferidas no julgamento da ADC nº 1, questão de ordem, manifestando sua opinião sobre o reforço do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de ter-se o que ele convencionou de “estrangulamento da máquina judiciária”:

(...) a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente

idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.¹⁶

Parece-nos que as palavras do Excelentíssimo Ministro bem espelham a realidade do Poder Judiciário, uma vez que o próprio recurso extraordinário, por si só, não tem o condão de sanar a inconstitucionalidade de modo geral, uma vez que a eficácia se dá apenas entre as partes envolvidas e não evita a interposição de outros recursos extraordinários idênticos em causas idênticas ou semelhantes devendo, por isso, ser reforçada a via do controle concentrado de constitucionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, foi um dos precursores da ADPF. Em artigo publicado na Revista Jurídica Virtual, ele nos traz um breve relato da cronologia das discussões acerca do instituto da ADPF, do qual valemo-nos para subsidiar nosso trabalho¹⁷.

Em maio de 1997, Gilmar Ferreira Mendes já discutia com o Professor Celso Ribeiro Bastos a possibilidade de introduzir um instituto que viesse a combater a “guerra de liminares”. De tal discussão, concluíram os dois juristas que a própria Constituição Federal já dispunha de instrumento adequado: a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que poderia contemplar de maneira adequada o incidente de constitucionalidade.

O esboço do projeto inicial foi elaborado pelo Professor Celso Ribeiro Bastos e, quarenta e oito horas depois, já estava em discussão juntamente com Gilmar Ferreira Mendes, que aproveitou várias idéias contidas no Projeto de Lei nº 2.960/1997 (da Comissão Caio Tácito), que disciplinaria a ADIN e a ADC (futuramente convertido na Lei nº 9.868/99), do qual havia sido relator.

Gilmar Ferreira Mendes ficou encarregado de apresentar um novo esboço

¹⁶ Jurisprudência do STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, Questão de Ordem, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 27 de outubro de 1993.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)**. Revista Jurídica Virtual nº 7. Dezembro de 1999. Disponível no *site* <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

que, segundo ele, engloba o incidente de inconstitucionalidade e traduz-se num *“amalgama consciente das concepções constantes do Projeto Celso Bastos, do Projeto da Comissão Caio Tácito e o do incidente de inconstitucionalidade, incluído em várias propostas de Emenda Constitucional sobre o Judiciário”*¹⁸.

Tal projeto foi analisado então pelo Professor Celso Ribeiro Bastos que, dada a evolução do instituto desde o início das discussões, optou por encaminhá-lo a uma comissão de especialistas.

Em 4 de julho de 1997, o então Ministro da Justiça Íris Resende editou a Portaria nº 572, publicada no Diário Oficial da União de 7 de julho de 1997, instituindo comissão para análise do projeto conforme sugestão do Professor Celso Ribeiro Bastos. Tal comissão tinha por tarefa elaborar estudos e análises que convergissem a um projeto de lei para disciplinar o instituto da ADPF, que já estava previsto na Constituição Federal de 1988 no parágrafo 1º do seu artigo 102. A comissão era presidida por Celso Ribeiro Bastos e tinha, como membros, Gilmar Ferreira Mendes, na época Advogado-Geral da União, além do Professor Arnoldo Wald, do Professor Ives Gandra Martins e do Professor Oscar Dias Corrêa. A comissão foi denominada “Comissão Celso Bastos”.

Após intensos debates realizados em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto e, após o encerramento das atividades, o Professor Celso Ribeiro Bastos o encaminhou, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça.

O texto foi posteriormente encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, através do aviso nº 624, de 4 de maio de 1998, do Ministério da Justiça, e teve, ainda, como justificativa, o fato de que a regulamentação do instituto da ADPF afetaria as atribuições do próprio STF. O comunicado foi recebido pelo seu presidente, na época o Ministro Celso de Mello, que, na ocasião, respondeu através do ofício nº 76/98,

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)**. Revista Jurídica Virtual nº 7. Dezembro de 1999. Disponível no *site* <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

informando ter encaminhado cópias do anteprojeto aos demais Ministros.

Independentemente deste fato, é de se ressaltar que já tramitava no Congresso Nacional, desde 1997, um projeto de lei da então Deputada Federal Sandra Starling¹⁹, de extrema simplicidade e pouco detalhismo. Tratava-se do Projeto de Lei nº 2.872, que tinha por objetivo regular um novo instituto: a “reclamação”. A “reclamação” consistiria numa argüição de descumprimento de preceito fundamental mais restrita, aplicável nos casos em que, durante as fases do processo legislativo, ocorresse qualquer ofensa à Constituição Federal decorrente de interpretação ou até mesmo da aplicação dos Regimentos Internos da Câmara, do Senado ou do Regimento Comum a estas casas.

Durante o processo legislativo, o projeto de lei da Deputada Federal Sandra Starling recebeu parecer favorável do Deputado Federal Prisco Viana, em 4 de maio de 1998, na forma de seu substitutivo. Tal substitutivo era de extrema semelhança ao anteprojeto que resultou dos trabalhos da Comissão presidida pelo Professor Celso Ribeiro Bastos²⁰.

¹⁹ Projeto de Lei nº 2.872:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Caberá reclamação de parte interessada ao Supremo Tribunal Federal, mediante pedido de um décimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando ocorrer descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição.

Parágrafo único. Aplicar-se-ão, no que couberem, à reclamação prevista neste artigo, as disposições dos artigos 13 a 18 da Lei no 8.038, de 28 de maio de 1990.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

²⁰ Dada a grande semelhança, reproduziremos, em anexo a este trabalho, um quadro comparativo entre o anteprojeto da Comissão presidida pelo Professor Celso Ribeiro Bastos e o substitutivo do Deputado Federal Prisco Vianna, reproduzido originalmente em artigo de Gilmar Ferreira Mendes - **Argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)**.

Dada a maior especificidade e detalhismo oferecido pelo substitutivo do Deputado, o mesmo culminou na edição da Lei nº 9.882/99, cujos aspectos serão mais adiante examinados.

3.2. O INSTITUTO DA ADPF APÓS A REGULAMENTAÇÃO PELA LEI Nº 9.882/99

Conforme já vimos, a Lei 9.882/99 regulamentou o instituto da ADPF, porém, temos que mencionar que a íntegra da referida lei, em especial o parágrafo único do artigo 1º; o § 3º do artigo 5º; o artigo 10, *caput*, e seu §3º; e o artigo 11, foi objeto de impugnação via Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 2.231).

Segundo o entendimento dos impetrantes, somente a Lei Maior pode estabelecer hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade, de modo que uma lei infraconstitucional não teria esse poder, o que caracteriza um vício formal de inconstitucionalidade, sobretudo pelo fato de, segundo os impetrantes, a lei ter alargado a competência do STF, o que só poderia ser feito pela Constituição.

Até o momento a ação aguarda decisão final, porém, já houve decisão liminar parcial:

(...) Depois do voto do Senhor Ministro Néri da Silveira, Relator, deferindo, em parte, a medida liminar, com relação ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, para excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como deferindo, na totalidade, a liminar, para suspender o § 3º do artigo 5º da mesma lei, sendo em ambos os casos o deferimento com eficácia ex nunc e até final julgamento da ação direta, pediu vista o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, Presidente. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Gilmar Ferreira Mendes. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Moreira Alves. - Plenário, 05.12.2001.²¹

Como tal ação ainda não teve proferida a decisão final, não concentraremos maiores esforços na sua análise, de modo que se faz pertinente citar o fato de que várias ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizadas

²¹ Jurisprudência do STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231, relator Ministro Néri da Silveira. Decisão liminar em 5 de dezembro de 2001.

perante o STF tiveram seu andamento suspenso até que se aguarde a decisão da ADIN nº 2.231²².

Conforme vimos, a Lei nº 9.882/99 veio regulamentar o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Conforme Juliano Taveira Bernardes²³, tal instituto passa a ser encarado como um instituto bivalente, situado na esfera da competência constitucional do STF, ora se revestindo de caráter processual autônomo, funcionando como verdadeira ação sumária (argüição autônoma) tendo por objeto *"evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, seja da esfera federal, estadual, distrital ou municipal"* (*caput* do artigo 1º da Lei 9.882/99), ora equivalendo-se a um incidente processual de inconstitucionalidade (argüição incidental), cabível nas situações em que *"for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição"* (artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99).

No caso do *caput* do artigo 1º da Lei 9.882/99 (argüição autônoma), a lei não especificou a natureza do ato lesivo, de modo que podem ser abrangidos também os atos omissivos lesivos.

Com relação à argüição incidental, podemos dizer, conforme veremos, que ela vem a preencher uma lacuna que existia no nosso sistema de controle de constitucionalidade, pois permite ao Supremo Tribunal Federal o exercício do controle sobre as normas municipais, o que ajuda a evidenciar a supremacia da Constituição, bem como melhor uniformiza sua interpretação. Além disso, a argüição incidental permite o controle de constitucionalidade das normas editadas sob a égide do regime

²² É o caso das ações de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 6,16,18,26 e 36 que estavam sobrestadas até a conclusão deste trabalho.

²³ BERNARDES, Juliano Taveira. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Revista Jurídica Virtual nº 8. Janeiro de 2000, disponível no *site* <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 de agosto de 2004.

constitucional anterior, de modo que seria possível também sustentar o cabimento no caso de descumprimento de preceito contido em redação anterior de norma reformada da atual constituição, de modo a conferir ao instituto a máxima efetividade.

3.3. AS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DO INSTITUTO DA ADPF

Conforme mencionado no início deste trabalho, a ADPF constitui um instituto novo no ordenamento nacional, o que faz com que a doutrina, paulatinamente, comece a demonstrar interesse na pesquisa e no aperfeiçoamento do instituto, o que, muitas vezes, resulta em divergência de opiniões, de modo que analisaremos algumas dessas divergências neste tópico.

3.3.1. A APLICABILIDADE DA NORMA INSTITUIDORA DA ADPF

Uma das grandes controvérsias da doutrina, com relação ao instituto da ADPF é, sem dúvida, se a norma que a implantou no nosso ordenamento era de aplicabilidade imediata ou não.

Para nos debruçarmos sobre a questão, é necessário partir do texto constitucional, observando o que dispõe o artigo 102, parágrafo 1º:

Art. 102.

§1º. A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Como se denota do texto constitucional, em sua simplicidade, não foi estabelecido qualquer requisito, norma de legitimação, pressuposto ou procedimento para este novo tipo de ação que se implantava no nosso ordenamento constitucional.

Na classificação do mestre José Afonso da Silva, trata-se a norma instituidora da ADPF de norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, definidora de princípio institutivo, pois só produziria efeitos após edição de norma infraconstitucional regulamentadora. E este é o entendimento do Excelso STF. Tal entendimento pode ser verificado no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento de nº 145.860, no qual se decidiu que *“a previsão do parágrafo único do*

*artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora*²⁴.

Outro exemplo posterior seria o encontrado no Agravo Regimental em Petição de nº 1.140, tendo sido decidido que a utilização do instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, depende da edição de lei disciplinadora da forma de seu processamento, conforme se denota das palavras contidas no voto do relator Ministro Sidney Sanches: *“enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, o STF não pode apreciá-la”*²⁵. Diz ainda o Excelentíssimo Ministro que o julgamento de ADPF é competência do STF que ainda depende de lei regulamentadora e que a tarefa de sua elaboração compete ao Poder Legislativo.

Há vários outros julgados que adotam o mesmo posicionamento, não conferindo aplicabilidade imediata à norma instituidora da ADPF.

No entanto, é de se ressaltar o fato de que, em outros julgamentos, o STF conferiu aplicabilidade imediata a outros institutos que também não tinham regulamentação constitucional. Um bom exemplo é o mandado de injunção. Tal instituto não continha regulação no texto constitucional acerca de aspectos processuais, mas teve aplicabilidade imediata reconhecida pelo STF, segundo o qual empregar-se-ia, de modo analógico, as regras do mandado de segurança, naquilo que coubesse²⁶.

Também é o caso de citar-se a ação declaratória de constitucionalidade. A Emenda Constitucional nº 3/93 acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 103 da

²⁴ Jurisprudência do STF, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 145.860, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 9 de fevereiro de 1993.

²⁵ Jurisprudência do STF, Agravo Regimental em Petição nº 1.140, relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 2 de maio de 1996.

²⁶ Jurisprudência do STF, Mandado de Injunção nº 107, Questão de Ordem, relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 23 de novembro de 1989. No entanto, sabemos que este instituto teve seu objeto “esvaziado” no momento em que o STF o equiparou à ADIN-o.

Constituição Federal, de modo a explicitar quais os legitimados a sua proposição, sem nada dispor acerca do seu processamento. Ao julgar a ADC nº 1, observou em seu voto o Ministro Moreira Alves que, levando-se em conta que a natureza da ADC seria a mesma da ADIN, adotar-se ia, na ação declaratória de constitucionalidade, a mesma disciplina da ação direta de inconstitucionalidade, exceto naquilo em que se diferenciariam pelo seu fim imediato.

No entanto, embora exista uma aparente contradição nos entendimentos do STF, não se pode deixar de mencionar que, com relação à ADPF, exigiu a norma constitucional que a instituiu lei posterior que a regulamentasse, o que não ocorre com os demais institutos, fato que subsidia a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Porém, há quem defenda a idéia de que uma interpretação sistemática da Constituição poderia fundamentar o entendimento no sentido de que a norma instituidora da ADPF possui aplicabilidade imediata desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. É o que pensa o professor André Ramos Tavares. Para ele, a ADPF teria a mesma natureza da ADIN, aliado ainda ao fato de que a ADPF possui um mínimo de previsão constitucional. Aponta ainda que a ADPF estaria muito mais próxima da ADIN do que a própria ADC, razão pela qual poderia o STF ter conferido à ADPF aplicabilidade imediata, sobretudo em respeito à vontade do constituinte originário. Diz o professor André Ramos Tavares que a ADPF *“coloca-se ao lado das demais garantias ofertadas pela Carta Magna para sua própria proteção, apenas que, desta sorte, especificamente voltada aos ‘preceitos fundamentais’ decorrentes da Constituição, tendo, assim, por força de sua natureza e função, aplicabilidade imediata”*. E prossegue ainda dizendo que a ADPF seria regulamentável na questão dos *“aspectos secundários de sua incidência”*, não podendo a regulamentação reduzir ou ampliar o campo de aplicação da norma para além do controle da constitucionalidade²⁷.

²⁷ TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 95-96, 99.

Independentemente da controvérsia existente, seria possível tentar perquirir as razões que levaram os ministros do Supremo Tribunal Federal a adotar este posicionamento de não conferir à ADPF aplicabilidade imediata, porém, tal campo de pesquisa não configura escopo deste trabalho, pois podem ser envolvidas questões técnicas e até mesmo políticas, o que, por certo, ocasionaria fuga ao tema da proposta desta pesquisa e sobretudo pelo fato de que tal controvérsia já perdeu seu objeto, uma vez que se encontra em vigor a norma infraconstitucional regulamentadora da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No entanto, não podemos deixar de mencionar que o entendimento do Professor André Ramos Tavares é o que proporciona uma máxima efetividade das normas constitucionais, sobretudo com relação à norma criadora da ADPF.

3.3.2. O SIGNIFICADO E A ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “PRECEITO FUNDAMENTAL”

A definição do que é preceito fundamental não é das mais simples. Por isso, é importante esclarecer desde logo que o objetivo deste tópico não será definir os exatos contornos da expressão “preceito fundamental”. Quando muito, será o de fornecer subsídios para que se possa melhor compreender o conteúdo de tão importante expressão dentro do nosso ordenamento.

Tanto a norma constitucional, como a Lei nº 9.882/99, não explicitaram o que é preceito fundamental. Não consideramos uma falha da norma infraconstitucional regulamentadora da ADPF o fato de não explicitar o significado da expressão “preceito fundamental”, uma vez que não incumbe ao legislador ordinário precisar um conceito abstrato como este. Não só abstrato, como de extrema importância. Dada esta importância, se o legislador tivesse se preocupado com a explanação de tão nobre conceito, poderia acabar limitando-o e até mesmo reduzindo a eficácia da ADPF, o que por certo não era vontade do legislador constitucional originário, de modo que a expressão “preceito fundamental” ficou constituída como sendo um conceito jurídico

indeterminado, cujo significado somente pode ser obtido após longa atividade hermenêutica.

Este entendimento se coaduna com a opinião de Elival da Silva Ramos, pois para este autor o *“dispositivo-matriz da argüição, também nesse aspecto, primou pela ambigüidade, mediante o uso de um conceito prenhe de indeterminação ao se referir ao parâmetro da violação à Lei-Maior a ser coibida com o uso do novel instrumento”*.

E prossegue o autor dizendo que:

o legislador infraconstitucional tampouco aventurou-se a avançar nesse ponto, no que andou muito bem, já que, diante da função desempenhada pela norma constitucional objeto de interpretação (garantia da supremacia de preceitos fundamentais da Constituição) e a despeito de sua eficácia limitada, não há que se admitir que cabe à legislação ordinária precisar o sentido da expressão preceito fundamental.²⁸ (grifo nosso)

Nessa linha, analisando a ação do legislador, segue o pensamento de Daniel Sarmento, conforme se infere da citação a seguir:

O legislador agiu bem ao não arrolar taxativamente quais, dentre os dispositivos constitucionais, devem ser considerados como preceitos fundamentais. Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre baseando-se na consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional.²⁹(grifo nosso)

Antes de nos debruçarmos sobre o significado da expressão “preceito fundamental”, convém realizar a localização da mesma dentro do nosso ordenamento jurídico, uma vez que isto certamente proporciona melhor compreensão do instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental como um todo. Tentaremos

²⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto.** In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 122.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental.** In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 91.

esclarecer, mais adiante, que a expressão “preceito fundamental”, embora tenha grande semelhança gramatical e sonora com a expressão “princípio fundamental”, é muito mais ampla do que esta.

Para Kelsen, conforme já vimos, as normas constitucionais estão no topo do que ele convencionou, em sua teoria, de pirâmide hierárquica de normas. Esta hierarquia entre as normas deve ser fundamentada. Tal fundamentação, em se tratando de norma constitucional, deve conter em seu interior a exposição de valores supremos que traduzam ou espelhem ideais de justiça. Estes valores, para Kelsen, seriam os princípios constitucionais, que no entendimento de André Ramos Tavares são *“normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, e irradiam-se sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia”*³⁰. Menciona o autor ainda que, muitas vezes, *“os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores”*³¹. Assim, os princípios constitucionais seriam também preceitos fundamentais constitucionais, caracterizando a base do ordenamento jurídico.

Muitos doutrinadores defendem a idéia de que as regras seriam espécie do gênero princípios, porém, os princípios, por serem normas fundamentais, não podem ser suprimidos, mas devem conviver harmonicamente no ordenamento jurídico, de modo que uma ampla análise deve ser feita antes de se excluir um princípio e se aplicar outro em casos de conflito, pois os princípios são mais genéricos em sua essência do que as normas. Tal análise deve envolver, sobretudo, considerações de ponderação de bens e de valores, proporcionalidade e razoabilidade que não serão tratadas aqui por fugirem ao escopo do presente trabalho.

³⁰ TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 111.

³¹ TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 111, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p.259.

No caso de conflito de regras, deve-se adotar postura diferente. As regras se sobrepõem umas às outras, através de critérios diversos dos utilizados para os princípios, devendo-se considerar a especialidade (tema), a cronologia (tempo) e a hierarquia (nível), sobretudo por serem mais específicas do que os princípios.

Analizadas brevemente as expressões “princípios” e “regras”, bem como suas diferenças, deve-se adentrar no âmbito da expressão “preceitos”, tentando verificar a amplitude de sua abrangência e a diferença em relação ao termo “princípios”.

Nesse momento, as palavras do jurista e professor José Afonso da Silva servem para explicar a diferença, pois bem esclarece o mestre que *“preceitos fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a estes e 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”*³². (grifo nosso)

Dada a omissão do legislador ao regulamentar a ADPF - benéfica segundo grande parcela da doutrina que se dedica ao tema³³ - é importante, também, buscar os conceitos do termo “preceito” no dicionário comum, gramatical, bem como no dicionário de termos jurídicos.

O conceito gramatical do termo preceito, em qualquer dicionário da língua portuguesa, em síntese, é posto como “regra de proceder; norma; ensinamento; doutrina”. Já no conceito do dicionário jurídico o preceito pode ser entendido como “uma norma jurídica” ou, ainda, como uma “norma que deve ser observada e

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.559.

³³ Veremos ainda neste tópico que há posição doutrinária no sentido de que o legislador deveria ter definido o que é preceito fundamental, bem como quais os preceitos fundamentais poderiam ser protegidos em sede de ADPF, posição com a qual não concordamos.

seguida”³⁴.

Assim, transplantando tais noções para um contexto constitucional, podemos concluir que os preceitos fundamentais, conforme vimos, envolvem uma noção mais ampla do que a de princípios fundamentais, de modo que podemos dizer que os preceitos fundamentais são as normas fundamentais, ou seja, as regras e os princípios fundamentais, de maneira que o legislador constituinte procurou, instituindo a ADPF, proteger apenas os preceitos constitucionais fundamentais, deixando aqueles não fundamentais excluídos da incidência da ADPF. Assim, esta consideração é de extrema importância até mesmo para saber se a ADPF é aplicável a cada caso concreto posto em análise. Frise-se que esta discussão nem mesmo teria sentido se não tivesse o legislador originário inserido no dispositivo que instituiu a ADPF a expressão “preceito fundamental decorrente desta Constituição”.

Porém, quanto aos princípios, é cabível destacar que existem, no âmbito do direito constitucional, os princípios constitucionais explícitos e os implícitos, sendo amplamente difundidos na doutrina e até mesmo na jurisprudência. Além disso, cite-se também o parágrafo 2º do artigo 5º que faz a consagração destes princípios, conforme se transcreve:

Art. 5º.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos regimes e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Este posicionamento se coaduna com o entendimento de Sérgio Resende de Barros, quando pondera que o que se deve “*proteger – e isto está claro no texto constitucional – é preceito fundamental **decorrente** desta Constituição, o que é bem mais amplo – e, portanto, diferente – do que preceito fundamental ou preceito constitucional, mesmo se tomando esses dois últimos termos como sinônimos. Isso*

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 676.

*porque um preceito que decorre da Constituição não precisa, necessariamente, nela ser visto ou estar previsto, mas pode ser ou estar simplesmente implícito*³⁵.

Assim, conclui-se que o legislador constituinte originário quis esclarecer que nem todos os princípios estão postos fisicamente no texto da Constituição, de modo que alguns aparecem apenas após intensa atividade de interpretação, cuja abordagem não é cabível neste trabalho.

De toda esta breve análise, percebe-se que o legislador constituinte originário quis proteger, através da ADPF, o que há de mais fundamental em nível constitucional, conferindo à ação constitucional em comento uma ampla gama de utilização, de modo a tentar preencher as lacunas existentes em nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade. Tal fato se infere por várias razões, como por exemplo, por utilizar-se a palavra “fundamental” e também por utilizar-se o termo “preceito” ao invés do termo “princípio”, que se assim não fosse, ocasionaria uma certa restrição com relação à utilização do instituto em comento.

É importante a esta altura ressaltar que o instituto da ADPF deve ser utilizado quando houver situações decorrentes de descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição. É amplamente difundido no nosso ordenamento jurídico que a nossa Carta Política é bastante analítica, contemplando matérias fundamentais e, além destas, matérias não fundamentais, ou não materialmente constitucionais, conforme sentido político de Constituição, de Carl Schmitt³⁶, por vezes sendo meramente procedimentais. Aqui cabe citar a consideração do mestre José Afonso da Silva acerca do tema. Segundo ele, seriam materialmente constitucionais as normas que se referem à estrutura do Estado, à organização de cada

³⁵ BARROS, Sérgio Resende de. **O nó górdio do sistema misto**. In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudio Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 196.

³⁶ Vide noção de Constituição como “decisão política fundamental”, de Carl Schmitt, presente ainda neste tópico.

um dos poderes e seu exercício, bem como os direitos do homem e as respectivas garantias³⁷. Foi justamente este tipo de preceito que o legislador constituinte originário quis proteger com o instituto da ADPF. Confirmando este entendimento, posiciona-se Daniel Sarmiento:

"embora saiba-se que, do ponto de vista jurídico-formal, inexistente hierarquia entre as normas da Constituição, é certo que algumas são mais relevantes do que outras, desfrutando de primazia, na ordem de valores em que se esteia o direito positivo. Assim, conforme averbaram Celso Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas a propósito da ADPF³⁸, '...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'" ³⁹.

Assim, os preceitos fundamentais seriam aqueles alicerces nos quais uma Constituição se origina e com base em que se mantém, de modo que os preceitos fundamentais é que estruturam a Constituição. Assegurando-se tais preceitos, assegurar-se-á a própria Constituição, garantindo-se sua plenitude e sua aplicação.

Feita esta abordagem, cabe, então, expor o conteúdo extraído do voto do Excelentíssimo Ministro Néri da Silveira, ao julgar a ADPF nº 1, citando o Ministro Oscar Dias Corrêa, *in* "A Constituição de 1988, contribuição crítica", editora Forense Universitária, página 157. De tal abordagem extraem-se pontos relevantes, dentre os quais a competência exclusiva do STF para a conceituação do que seja preceito fundamental, bem como alguns exemplos de dispositivos constitucionais que

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 45.

³⁸ SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental**. *In* Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 91, citando BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. **A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária**. Revista Jurídica Virtual nº 8. Janeiro de 2000, disponível no *site* <<http://www.planalto.gov.br>>.

³⁹ SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental**. *In* Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 91.

consistem em preceitos fundamentais e que, por conseqüência, não podem ser descumpridos ou lesados, como por exemplo aqueles que não podem ser objeto de emenda ou abolição, dentre eles o voto direto, secreto, universal e periódico; a forma federativa de Estado; a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais (cláusulas pétreas, artigo 60, parágrafo 4º da CF88), dentre muitos outros, conforme a seguir:

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

(...)Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação 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, a distribuição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos⁴⁰.

Analisada a abrangência da expressão “preceito fundamental”, é importante realizar, também, uma breve análise a partir da noção de Constituição em sentido político, feita por Carl Schmitt⁴¹. Para ele, a Constituição seria a “decisão política

⁴⁰ Jurisprudência do STF, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1, relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 3 de fevereiro de 2000.

⁴¹ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitucion**. Reimpressão. Introdução por Francisco Ayala. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927. p. 23-29.

fundamental” de um Estado. Tal decisão englobaria aspectos da estrutura e organização do Estado, do poder do Estado, bem como os direitos e garantias individuais, constituindo o que ele denominou de Constituição. Qualquer outra norma, ainda que posta fisicamente no texto constitucional, seria Lei Constitucional, justamente por não estar revestida do caráter de “decisão política fundamental”. Tal embasamento teórico revela a distinção entre a constituição material (conteúdo de decisão política fundamental) e constituição formal (embora faça parte do texto constitucional, não se reveste do caráter de decisão política fundamental).

Assim, uma noção de preceito fundamental, sob a ótica de Carl Schmitt, poderia englobar as normas constitucionais que tem caráter de decisão política fundamental de um Estado, como por exemplo as que tratam da organização e estrutura do Estado, das funções estatais, da repartição de poderes e de competências, bem como aquelas definidoras de direitos sociais e garantias individuais.

Independente de tais posicionamentos doutrinários quanto à abrangência da expressão “preceito fundamental” e, em consequência, do campo de incidência da ADPF, cabe citar o entendimento de Thomas da Rosa de Bustamante. Este autor, inicialmente, entendia que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não poderia ter por finalidade o controle de qualquer norma insculpida na Constituição, seja implícita ou explicitamente, mas apenas as normas de hierarquia axiológica superior, como por exemplo os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito, cabendo ao intérprete dizer quais seriam os preceitos fundamentais que poderiam ser protegidos em sede de ADPF. Em momento posterior, o autor revê sua posição, dizendo que a ADPF pode ser utilizada na proteção de qualquer norma constitucional, implícita ou explícita, caracterizando uma noção bastante ampliada de preceito fundamental, amparada na Lei nº 9.882/99, conforme citação a seguir:

(...)Em artigo anteriormente publicado, sustentei que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não poderia ter por finalidade o controle de qualquer norma insculpida na Constituição Federal, pois a própria Lei Maior havia restringido a referida ação ao controle das normas de hierarquia axiológica superior, tais como os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, merecedores de um mecanismo especial

de tutela jurídica.

Propus, como solução do silêncio do legislador sobre a matéria protegida pela ação, que o intérprete do texto constitucional, ele mesmo, estabelecesse quais as hipóteses de cabimento da argüição.

Não posso manter tal posicionamento, pois equivoquei-me ao transferir a tarefa de preenchimento conteúdo do que seja "preceito fundamental" para o intérprete. O destinatário da norma do art. 102, § 1º, da Constituição, é, sem dúvida, o legislador, o qual deveria, segundo meu posicionamento anterior, ter completado o quadro normativo do artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Analisando melhor o tema, volto atrás em algumas das minhas afirmações, para admitir a fiscalização de qualquer norma constitucional, seja expressa ou implícita, através da argüição de descumprimento de preceito fundamental, tal como prevê em linhas gerais a Lei n.º 9.882/99. Com efeito, a norma constitucional regulamentada permite tal interpretação, pois, no jogo de palavras que veicula, de certo modo define como "preceito fundamental" aquele "decorrente da Constituição". Veja-se que a redação do dispositivo constitucional se refere a "preceito fundamental, decorrente desta Constituição", de modo que abre a possibilidade de interpretação no sentido defendido pelos autores da Lei 9.882/99.

É perfeitamente sustentável, portanto, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental para curar a violação de qualquer norma jurídica expressa ou implicitamente consagrada no texto da Constituição da República, ainda mais porque a ação destina-se à correção de atos inconstitucionais, justificando assim uma interpretação ampliativa quanto aos pressupostos⁴².

Não podemos concordar com a posição do ilustre jurista, uma vez que é demasiadamente ampliativa da noção de preceito fundamental e, por certo, não reflete a vontade do legislador originário, portanto, não encontrando maior respaldo na doutrina. Até mesmo porque, segundo a melhor interpretação, a Constituição não contém palavras inúteis em seu texto, de modo que se estivesse a Constituição a

⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n° 40, publicado em março de 2000 e atualizado em junho de 2000. Disponível no *site* <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>>. Acesso em 4 de agosto de 2004. O artigo anterior a que o autor se refere era **Argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela lei 9.882. Incidente de inconstitucionalidade?** *In*. IOB – Comenta, Ano II, Edição 17, 4ª Semana de abril de 2000, de sua própria autoria, conforme mencionado na citação.

proteger qualquer norma através da ADPF, não teria razão em utilizar a expressão “preceito fundamental”. Além disso, não podemos deixar de salientar que, para este autor, o destinatário da norma constitucional instituidora da ADPF é o legislador infraconstitucional, que deveria ter completado o quadro normativo do artigo 102, parágrafo 1º da CF88. Assim, inferimos do posicionamento deste autor que o legislador infraconstitucional deveria ter apontado quais os princípios fundamentais que poderiam ser protegidos pela ADPF, idéia que também não encontra maior apoio na doutrina⁴³.

3.3.3. O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF

A subsidiariedade da argüição de descumprimento de preceito fundamental também é um dos temas que causa grande polêmica entre os estudiosos do assunto, conforme veremos neste tópico. A grande maioria da doutrina defende que a ADPF é um instituto subsidiário no controle abstrato de constitucionalidade, conforme veremos a seguir. É importante destacar, conforme já visto, que o princípio da subsidiariedade vige no direito alemão e no direito espanhol para, respectivamente, o recurso constitucional e o recurso de amparo (*derecho de amparo*).

O parágrafo 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 estabelece que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Se interpretarmos tal dispositivo literalmente, podemos concluir que não caberá ADPF se houver possibilidade de utilização de qualquer outro recurso ou ação para sanar a lesividade ao preceito fundamental. Caso houvesse a possibilidade de interposição de recurso extraordinário, não poderia ser utilizada a ADPF.

No entanto, é necessária uma interpretação mais ampla do dispositivo,

⁴³ Conforme visto neste tópico, vários autores entendem que o legislador infraconstitucional bem agiu ao não citar quais os preceitos decorrentes da Constituição seriam fundamentais e que poderiam ter sua proteção garantida pela ADPF em caso de ameaça ou lesão.

conforme o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, para quem *“a possível subsidiariedade da medida da argüição deve ser compreendida de maneira a não nulificar este novo instituto”*⁴⁴, voltando-se para a finalidade da norma infraconstitucional, de modo que a análise deve ser voltada para o controle abstrato da constitucionalidade das normas. Deve-se considerar que os institutos de controle abstrato de constitucionalidade não se confundem com os institutos de controle difuso, já que possuem finalidades diversas. Todavia, deve-se perquirir qual a diferença entre tais institutos. No caso do controle difuso, temos que o interessado se utiliza para defender a sua esfera particular de interesses, enquanto que aquele que se utiliza de um instituto do controle abstrato de constitucionalidade visa à proteção da ordem constitucional em sentido amplo, que é o caso da ADPF. Para melhor explicar a situação, citamos o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, para quem a argüição de descumprimento de preceito fundamental possui um caráter acentuadamente objetivo, de modo que o juízo de subsidiariedade tem que levar em conta os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Assim, para o eminente jurista, não caberá ADPF se couber ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade ou, ainda, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Analogamente, se não couber nenhuma dessas ações, caberá a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Na verdade, o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental deve ser analisado fundamentalmente sob a ótica do interesse público, o que no modelo alemão está explícito. No nosso modelo, tal fundamento é implícito, devendo ser considerado um dos mais básicos preceitos fundamentais: o da segurança jurídica. Toda vez que o esgotamento das demais vias de controle de constitucionalidade ameaçar seriamente o princípio da segurança jurídica,

⁴⁴ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora.** // Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 84.

“especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional”, caberá ADPF⁴⁵.

No entanto, convém observar que, embora a ADPF tenha caráter notadamente objetivo, conforme explicitou Gilmar Ferreira Mendes, a Lei nº 9.882/99 previu a possibilidade de representação por parte de qualquer interessado. Tal representação deve ser feita ao Procurador-Geral da República, conforme estabelece o parágrafo 1º do artigo 2º da lei regulamentadora da ADPF, o que não fere o caráter objetivo do instituto, uma vez que o Procurador-Geral da República é quem detém a competência para verificar se ocorre, no caso concreto, ofensa ao ordenamento jurídico de um modo global e não na esfera particular de interesses do proponente, em conformidade com a transcrição a seguir:

Art. 2º.

§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.

Tal dispositivo constitui, sem dúvida alguma, uma “porta de entrada” para o alargamento do rol de legitimados à proposição dessa ação. Isto, por certo, reforça as vias de acesso à justiça e, em conseqüência, fortalece o Estado Democrático de Direito, sobretudo pelo fato de o inciso II do artigo 2º ter sido vetado e o parágrafo único do mesmo artigo, que se refere ao inciso II, ter permanecido na ordem jurídica nacional⁴⁶.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz.** Revista Jurídica Virtual nº 13. Junho de 2000. Disponível no *site* <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

⁴⁶ É interessante ressaltar que das 56 ações de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizadas no STF até a conclusão deste trabalho, 24 delas tiveram seguimento negado por motivos diversos, dentre eles a possibilidade de utilização de outras via de controle de

Temos que mencionar que o dispositivo do inciso II do artigo 2º - vetado - permitia que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É interessante analisar os motivos que levaram o Presidente da República a vetar parcialmente o artigo 2º, conforme Mensagem de Veto nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999. Os motivos destacados pela referida mensagem de veto apontam para um crescimento do acesso individual ao Supremo Tribunal Federal, de modo que restaria prejudicado o seu funcionamento, uma vez que se estaria valorizando, se tivesse permanecido o inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.882/99, o controle difuso da constitucionalidade das normas, o que, por certo, não espelha a vontade do legislador constituinte originário, razão pela qual o veto foi mantido pelo Congresso Nacional, garantindo a finalidade para a qual o instituto foi concebido originalmente.

Conforme dito anteriormente, a maior parte dos doutrinadores defende a idéia de que a ADPF é um instituto do controle concentrado de constitucionalidade com caráter subsidiário, porém, há uma corrente minoritária que defende a tese de que a ADPF possui um caráter principal e não subsidiário. Um dos doutrinadores que defende esta idéia é o Professor André Ramos Tavares, pois, segundo ele, a ADPF é cabível sempre quando houver a violação de preceito fundamental constitucional, mesmo que, naquele caso, caiba outro tipo de ação característica do controle concentrado, como por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade. O Professor André Ramos Tavares explica, ainda, que caberia a ADPF neste caso porque ela constitui uma ação específica, de modo que isso, por si só, suplanta o caráter genérico da ação direta de inconstitucionalidade. Tal conclusão é fruto de uma ampla interpretação sistemática do texto constitucional, de modo que, para ele, nas questões que envolvam a violação de normas constitucionais que não prevejam preceitos fundamentais, será cabível a ação direta, obedecidos, em todos os casos, os demais

constitucionalidade (caráter subsidiário da ADPF), a ausência de capacidade postulatória e a ausência de legitimação ativa “ad causam”, sendo esta a que aparece em maior número.

requisitos. Se a norma constitucional violada contiver preceito fundamental, caberá ADPF⁴⁷. E ainda, em outra obra, diz o autor que a argüição:

(...)não é instituto com caráter 'residual' em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a argüição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações⁴⁸.

Temos que concordar com o Professor André Ramos Tavares, pois nos parece inconstitucional a idéia de que a lei infraconstitucional venha apresentar uma limitação sequer aventada pelo legislador constituinte originário, de modo a reduzir de forma ampla a eficácia do instituto da ADPF, que, no entendimento de alguns, já deveria estar sendo utilizado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em todo e qualquer caso onde houver descumprimento de preceito constitucional fundamental. Parece-nos inadmissível que um instituto como a ADPF, não utilizado sob a justificativa de ausência de lei regulamentadora, sofra uma limitação severa que não foi prevista constitucionalmente. Podemos também basear o raciocínio no princípio da unidade da Constituição, segundo o qual o direito constitucional deve ser interpretado de modo a evitar contradições entre suas normas, aliado ao fato de que também não se pode tomar determinada norma isoladamente como suficiente em si mesma, devendo ser considerado todo o contexto da constituição, interpretando-o com vistas à sua máxima efetividade.

Assim, não teria sentido o legislador constituinte instituir uma nova ação no mesmo nível das demais e reservar a ela um caráter subsidiário em relação às demais

⁴⁷ TAVARES, André Ramos. **Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 233-241.

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei**. In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 45.

modalidades de controle de constitucionalidade, até mesmo porque a ADPF foi instituída pelo constituinte originário visando à proteção dos preceitos fundamentais decorrentes da constituição. O que pode ocorrer é que outras ações podem estar sendo utilizadas para proteger tais preceitos, porém, com a regulamentação da ADPF, não há mais sentido na utilização de ações gerais em detrimento da específica para garantir a proteção aos preceitos fundamentais, razão pela qual concordamos com o entendimento do professor André Ramos Tavares de que a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental deve ter caráter principal, e não subsidiário em relação às outras vias existentes de controle de constitucionalidade, de modo que, para este autor, *“não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da argüição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição”*⁴⁹.

Evidentemente, quem definirá o entendimento acerca da interpretação do parágrafo 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 será o próprio STF, que deverá analisar, com muito critério, tão importante questão. Recentemente, o Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Mário Velloso, publicou trabalho sobre a ADPF no qual discorre sobre como ficará esta questão perante o Excelso, uma vez que sempre existe, tanto no controle concentrado, como no controle difuso, uma via para se sanar ameaça ou lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição. A transcrição vai a seguir:

(...) Praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal Federal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, a argüição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na construção da doutrina dessa argüição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal,

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. **Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei.** In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 43.

inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis, nem seria suportável pelo Supremo Tribunal. dado que temos mais de cinco mil municípios.

E prossegue o Ex-Presidente do STF:

(...)A questão, ao que penso, não está solucionada em definitivo e o Supremo Tribunal Federal certamente voltará ao tema, devendo considerar, repito as palavras ditas anteriormente, que, praticamente, sempre existirá, no controle difuso, ações e recursos que poderiam ser utilizados a fim de sanar a lesividade. Para que serviria, então, a argüição de descumprimento de preceito fundamental?⁵⁰

Do discurso do Ministro extraem-se importantes pontos, como por exemplo, o fato de a aplicabilidade do instituto da ADPF estar dependendo da interpretação do Excelso Supremo Tribunal Federal, de modo que este instituto, de grandiosa importância para proteger aquilo que é mais importante na constituição – os preceitos fundamentais - corre o risco de, até mesmo, tornar-se inútil, tal como aconteceu com o mandado de injunção – instituto de extrema importância também - que foi equiparado pelo STF à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A manifestação do Professor Ingo Wolfgang Sarlet bem reflete este problema, pois, segundo ele, com relação à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (parágrafo 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99), *“a depender de uma interpretação mais ou menos restritiva, poderá facilmente levar ao virtual esvaziamento do instituto ou contribuir decisivamente para tornar ainda maior o já insuportável acúmulo de demandas tramitando no Supremo Tribunal Federal”*⁵¹.

No entanto, não podemos deixar de mencionar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 3, decidiu, através do voto do Ministro Sydney Sanches,

⁵⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março de 2002. Disponível no *site* <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 12 de julho de 2004.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Alguns Aspectos Controversos**. In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 151-152.

que, caso exista qualquer outra via para atacar o descumprimento de preceito fundamental, deverá ser ela utilizada antes da ADPF, ainda que tal via constitua alternativa de controle difuso de constitucionalidade⁵². Também na ADPF nº 12 encontramos posição semelhante. Porém, é necessário melhor explicitar o entendimento do STF no tocante a esta matéria, o que se pode encontrar na ADPF nº 17, sendo relator o Ministro Celso de Mello, que menciona em sua decisão 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 arguição 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 República⁵³. (grifo nosso)

Corroborando a interpretação do STF, temos o entendimento de Alexandre de Moraes, para quem *“somente de forma excepcional, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar a exigência do prévio esgotamento judicial, quando a demora para o esgotamento das vias judiciais puder gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais”*⁵⁴.

Assim, para a parcela (maioritária) da doutrina que defende o caráter subsidiário da ADPF, este instituto deve ser utilizado apenas quando já tiverem sido esgotados todos os meios (inclusive os postos pelo controle difuso de

⁵² Jurisprudência do STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 3, relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 18 de maio de 2000.

⁵³ Jurisprudência do STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 5 de junho de 2002.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Comentários à Lei nº 9.882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. // Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 28.

constitucionalidade) desde que sejam eles eficazes ou suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causada pelos atos do Poder Público, consistindo tal caráter subsidiário na necessidade de esgotamento prévio de *“todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental”*⁵⁵, tal qual o entendimento do STF.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Comentários à Lei nº 9.882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** // Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 27.

4. AS LACUNAS COLMATADAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO COM A REGULAMENTAÇÃO DA ADPF

Conforme já explicitado anteriormente, a ADPF foi regulamentada em meio a grandes inovações no campo do controle de constitucionalidade, tanto é que a Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processamento da ADPF, aproveitou muito do texto da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Assim, conforme artigo 1º da Lei nº 9.882/99, a ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta no STF. Tal disposição já se encontrava também no texto constitucional, de modo que a lei regulamentadora apenas repetiu seu conteúdo.

A lei também veio a limitar o objeto da ADPF, que ficou sendo *“evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”*. Tal limitação não foi prevista pelo legislador constituinte originário. Parte da doutrina entende que estariam incluídos os atos de particulares em condições de equiparação ao Poder Público⁵⁶, ou, ainda, dos particulares investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos⁵⁷.

Em que pese tal limitação, alvo de críticas severas por parte da doutrina, temos que destacar que a lei trouxe importantes inovações que, como se verá, acabam

⁵⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 217.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 91-92

por preencher ou colmatar algumas lacunas existentes no controle de constitucionalidade nacional. É o caso do parágrafo único, inciso I, do artigo 1º, transcrito a seguir:

Art. 1º.

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

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Sabemos que o Supremo Tribunal Federal entende que as normas municipais só podem ter a sua constitucionalidade verificada mediante o controle difuso, sendo necessária a propositura de recurso extraordinário para a sua apreciação, uma vez que não compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal, frente a Constituição Federal⁵⁸. Independente disso, a inovação trazida pelo parágrafo único da Lei nº 9.882/99, sem entrar na análise de sua constitucionalidade⁵⁹, consiste na possibilidade de existir o controle concentrado de constitucionalidade abstrato do direito municipal e pré-constitucional perante a Constituição Federal. Antes da edição da Lei nº 9.882/99, o controle somente era possível através da via difusa, devendo o interessado utilizar-se de recurso extraordinário. Tal modificação será de extrema valia, uma vez que é muito grande o número de recursos extraordinários levados a feito perante o STF em face de lei ou ato normativo municipal.

Gilmar Ferreira Mendes explica que tal inovação faz com que a ADPF venha a completar uma lacuna existente no nosso sistema de controle de constitucionalidade, entendimento com o qual concordamos, uma vez que permite que “*não apenas o*

⁵⁸ Jurisprudência do STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.886, decisão em agravo regimental, relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 8 de outubro de 1998.

⁵⁹ Conforme já explicitado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aguarda decisão final acerca da inconstitucionalidade parcial ou total da Lei nº 9.882/99.

direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade”⁶⁰. Daniel Sarmento vai um pouco mais além e diz que agora também as normas do Distrito Federal estão albergadas pelo rol de atos normativos sobre os quais incide a ADPF. O autor esclarece que o Distrito Federal, por vedação constitucional, não pode ser dividido em municípios e, além disso, acumula as competências legislativas estaduais e municipais, conforme o artigo 32, parágrafo 1º da CF88. Assim, o STF entendia que o controle abstrato de constitucionalidade das normas distritais só poderia ser feito quando se tratassem de normas originadas da competência legislativa estadual do Distrito Federal. Segundo Daniel Sarmento, com a regulamentação da ADPF, sobretudo pelo dispositivo em comento, poderiam ser verificadas também as normas distritais originadas da competência legislativa municipal do Distrito Federal⁶¹.

Ainda com relação ao direito municipal, manifesta-se Gilmar Ferreira Mendes no sentido de que as *“decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais”*. E prossegue o autor:

A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto.** In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 217.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.** In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 94.

estaduais⁶².

Temos que concordar com Gilmar Ferreira Mendes, pois é evidente que se a atribuição de competência para analisar a inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal for conferida aos Tribunais de Justiça dos Estados, muitas divergências jurisprudenciais surgiriam o que, em consequência, faria aumentar o número de recursos extraordinários levados a feito perante o STF, o que poderia prejudicar o seu já atribulado funcionamento, o que consistiria justamente em efeito que se tenta evitar ou, ao menos, reduzir com a adoção da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Já com relação à expressão “inclusive os anteriores à Constituição”, temos que ressaltar importante inovação no ordenamento nacional. O Supremo Tribunal Federal entende que o vício da inconstitucionalidade de lei deve ser verificado em face da Constituição vigente à época de sua elaboração, de modo que a constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes e sim revoga-as. Se não as revogasse, poder-se-ia dizer que a Constituição teria, de certa forma, um valor menor do que as leis com ela conflitantes. Assim, o STF entende que não cabe um controle de constitucionalidade com relação às normas pré-constitucionais conflitantes, que estariam revogadas. Tal entendimento está explícito no julgamento da ADI nº 2, relator Ministro Paulo Brossard⁶³. No entanto, é necessário um remédio constitucional para as situações que ensejam uma solução no caso de direito pré-constitucional. Se o STF não analisa a constitucionalidade de direito pré-constitucional em face da Constituição vigente, como poderia ser socorrido o cidadão que estivesse obrigado a cumprir norma pré-constitucional de recepção duvidosa pela

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)**. Revista Jurídica Virtual nº 7. Dezembro de 1999. Disponível no *site* <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 de agosto de 2004.

⁶³ Jurisprudência do STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, relator Ministro Paulo Brossard, julgamento em 6 de fevereiro de 1992.

nova Constituição?

Assim, entendemos que a norma regulamentadora da ADPF veio, *in casu*, suprir uma das grandes lacunas existentes no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, de modo que nossa opinião está em conformidade com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, segundo o qual foi encontrada uma *"solução que vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia geral e efeito vinculante"*⁶⁴. No entanto, cabe-nos lembrar o requisito fundamental disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99, que exige que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto.** In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 142.

5. A PREVISÃO DA ADPF NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS

As constituições estaduais, via de regra, não prevêm o instituto da ADPF, exceto raras exceções, dentre elas a do Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte e de Alagoas⁶⁵. Acredita-se que este fato ocorre, sobretudo, porque o instituto é relativamente novo e ainda desconhecido. Neste sentido, o Professor André Ramos Tavares é mais taxativo, dizendo que *“decorrência imediata da desatenção para com o instituto revela-se na sua escassa previsão pelos entes estaduais, em suas respectivas constituições, o que se impõe em atenção ao princípio da simetria”*⁶⁶. (grifo nosso)

A Constituição Federal estabelece que os Estados-membros devem observar o princípio da simetria na elaboração das constituições estaduais, ou seja, na sua elaboração devem ser observados os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, conforme se depreende do artigo 25 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual os Estados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal.

A possibilidade de previsão da ADPF nas constituições estaduais também encontra mais um respaldo constitucional, pois a justiça estadual é organizada pelos estados e estes podem instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais, conforme o artigo 125 e parágrafo 2º, que citamos:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º -

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 251.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 249.

§ 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.

Assim, da mesma maneira como ocorre com as outras ações do controle abstrato de constitucionalidade, pode e deve a ADPF ser inserida no texto das constituições estaduais, uma vez que o federalismo supõe diversidade entre as unidades federadas e não há impossibilidade de um Estado-membro apresentar um preceito constitucional estadual próprio que lhe seja fundamental, ainda mais se considerarmos os contrastes e as dimensões continentais próprias do nosso país.

Deste modo, o objetivo seria preservar os preceitos fundamentais previstos nas constituições estaduais, de modo que os Tribunais de Justiça seriam competentes para conhecer e processar as ações. Segundo o Professor André Ramos Tavares, a arguição de descumprimento de preceito fundamental deveria estar inserida no corpo de todas as constituições estaduais, visando à preservação de seus preceitos fundamentais, inclusive, com preferência sobre a ação direta de inconstitucionalidade, podendo até mesmo o legislador constituinte estadual apontar quais os preceitos fundamentais seriam protegidos pela ADPF⁶⁷.

No entanto, é necessário analisar se haveria necessidade de legislação estadual ou poderia ser considerada a Lei nº 9.882/99 para que tivessem aplicabilidade as arguições inseridas nas constituições dos Estados.

Como amplamente sabido, somente a União é que detém a competência (competência privativa) para legislar sobre direito processual, conforme estabelece o

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 249-250. Conforme já demonstrado no presente trabalho, para TAVARES, em se tratando de preservação de preceito fundamental, a ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental reveste-se de um caráter principal (não subsidiário) em relação às demais vias do controle abstrato de constitucionalidade - posição minoritária na doutrina - mas com a qual concordamos. No entanto, não concordamos com a idéia de que o legislador constituinte estadual deva apontar quais os preceitos fundamentais que devem ser protegidos, uma vez que tal atitude poderia causar, eventualmente, restrição na utilização do instituto.

artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Assim, no que couber, deve ser aplicada a legislação federal sobre a ADPF (Lei nº 9.882/99) no âmbito dos estados, uma vez que não pode o legislador estadual dispor a respeito.

Entretanto, a legislação federal não traz qualquer dispositivo quanto à aplicação da ADPF no âmbito dos Estados, restando, unicamente, a utilização da legislação federal de maneira analógica, de modo que, por exemplo, como um dos legitimados a propor a ADPF, em âmbito federal, é o Procurador-Geral da República, em nível estadual tal legitimidade seria conferida ao Procurador-Geral de Justiça. Assim, estar-se-ia adotando o mesmo procedimento utilizado com relação à Lei nº 9.868/99, que também foi omissa quanto à utilização das ações que regula (ADIN e ADC) no âmbito dos Estados.

Conforme também já amplamente difundido, podem e devem os Estados legislar acerca dos aspectos procedimentais de qualquer ação, conforme disposto no artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 que explicita as matérias cuja competência legislativa para elaboração é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal. Assim, caberia aos Estados-membros especificar as diretrizes que são estabelecidas através da competência privativa da União (matéria processual, artigo 22, inciso I, CF88).

CONCLUSÃO

Conforme vimos, a ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental apresenta-se como um poderoso instrumento para o exercício do controle de constitucionalidade, haja vista que os bens jurídicos protegidos são os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

Lamentavelmente, o instituto da ADPF ficou inerte por muitos anos, uma vez que o Excelso Supremo Tribunal Federal não lhe concedeu aplicabilidade imediata. Porém, isto poderia ser corrigido se o legislador derivado tivesse se preocupado e editado a lei infraconstitucional regulamentadora muito antes, o que infelizmente não ocorreu.

Porém, corrigida a demora, através da edição da Lei nº 9.882/99, aguarda-se, agora, a decisão do STF acerca da inconstitucionalidade parcial ou total da norma regulamentadora, controvérsia objeto da ADIN 2.231.

Sem entrar no mérito da inconstitucionalidade da Lei nº 9.882/99, já que o STF não decidiu de modo definitivo a respeito, entendemos que o instituto tem a possibilidade de colmatar várias lacunas existentes no nosso controle de constitucionalidade concentrado, como por exemplo em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional, possível antes somente através do controle difuso, aliada ao fato de poder a ADPF albergar situações que não tivessem amparo nas demais ações previstas no âmbito do controle de constitucionalidade. Além disso, salientamos que a efetividade do instituto será ainda mais ampliada se lhe for conferido um caráter principal (não residual) em relação às demais vias existentes.

Longe do propósito de esgotar o tema, acreditamos que nossa pesquisa oferece alguma contribuição para o estudo de instituto com tão grande potencial de proteção à Constituição. Cabe aos profissionais das ciências jurídicas, sejam acadêmicos, professores, advogados, magistrados ou membros do Ministério Público, difundir e tentar ampliar o instituto e sua eficácia, revertendo o atual quadro de grande

indeferimento de petições iniciais pela ausência dos requisitos formais, uma vez que a argüição de descumprimento de preceito fundamental deve ser vista como um instrumento capaz de proteger todo um ordenamento jurídico na medida em que consagra a proteção aos preceitos fundamentais, ainda que implícitos, decorrentes da Constituição, que são o que há de mais importante, ou seja, toda a base, alicerce e sustentação do ordenamento constitucional, protegendo, assim, a própria constituição e, em consequência, conferindo à ADPF um papel de instituto garantidor do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Resende de. **O nó górdio do sistema misto.** *In* Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.** 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora.** *In* Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz.** Revista Jurídica Virtual n° 8. Janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 4 de agosto de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 1, Questão de Ordem.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 27 de outubro de 1993. Diário da Justiça da União, Brasília, 16 de junho de 1995. Ementário 1791-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.231.** Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. Relator Ministro Néri da Silveira, decisão liminar em 5 de dezembro de 2001. Diário da Justiça da União, Brasília, 17 de dezembro de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.886, decisão em agravo regimental.** Confederação Nacional do Comércio e Presidente da Câmara Municipal de Belo Horizonte. Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 8 de outubro de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, 17 de dezembro de 1999. Ementário 1976-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n° 145.860.** Espólio de Jacob Klabin Lafer e outros e Espólio de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade e outros. Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 9 de fevereiro de 1993. Diário da Justiça da União, Brasília, 12 de março de 1993. Ementário 1695-4.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Petição n° 1.140.** Joaquim de Lima Quinta e Estado do Tocantins. Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 2 de maio de 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, 31 de maio de 1996. Ementário 1830-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 1.** Partido Comunista do Brasil – PC do B e Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 3 de fevereiro de 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 7 de novembro de 2003. Ementário 2131-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 3.** Governador do Estado do Ceará e Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 18 de maio de 2000. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 de fevereiro de 2004. Ementário 2141-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17**. Governador do Estado do Amapá e Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 5 de junho de 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, 14 de fevereiro de 2003, Ementário 2098-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107, Questão de Ordem sobre a auto-aplicabilidade ou não**. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 23 de novembro de 1989. Diário da Justiça da União, Brasília, 21 de setembro de 1990, p. 9782. Ementário 1595-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2**. Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Presidente da República. Relator Ministro Paulo Brossard, julgamento em 6 de fevereiro de 1992. Diário da Justiça da União, Brasília, 21 de novembro de 1997, Ementário, v. 1892, nº 1.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, nº 40, publicado em março de 2000 e atualizado em junho de 2000. Disponível no site <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>> . Acesso em 4 de agosto de 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

GUIMARÃES, Flávio Fenoglio. **O Poder Constituinte**. Disponível em <http://www.estudando.com/direito/artigos/o_poder_constituente.html> . Acesso em 12 de julho de 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto**. // Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Revista Jurídica Virtual nº 13. Junho de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)** . Revista Jurídica Virtual nº 7. Dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 julho de 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Revista Jurídica Virtual nº 13. Junho de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto**. // Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Comentários à Lei nº 9.882/99 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. // Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto**. // Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Alguns Aspectos Controversos**. // Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental**. // Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitucion**. Reimpression. Introdução por Francisco Ayala. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei**. In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: Lei n.º 9.868/99 e Lei n.º 9.882/99**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 12, março, 2002. Disponível no site: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 de julho de 2004.

ANEXO I

Quadro comparativo entre o Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos, de maio de 1997, e o substitutivo do Deputado Prisco Viana ao Projeto de Lei nº 2.872 de 1997.

<p style="text-align: center;">Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos, de maio de 1997.</p>	<p style="text-align: center;">Substitutivo do Deputado Prisco Viana ao Projeto de Lei nº 2.872, de 1997 (entre parênteses as expressões inseridas pela CCJR, da Câmara dos Deputados, na redação final).</p>
<p>Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição.</p>	<p>Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.</p>
<p>Art. 1º A arguição prevista no art. 102, § 1º, da Constituição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito constitucional fundamental, resultante de ato do Poder Público.</p>	<p>Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.</p>
<p>Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.</p>	<p>Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:</p> <p>I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;</p> <p>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).</p>
<p>Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:</p> <p>I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;</p> <p>II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada em decorrência de ato do Poder Público.</p> <p>§1º A pessoa lesada ou ameaçada em decorrência de ato do Poder Público solicitará, mediante representação, a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.</p> <p>§2º Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no</p>	<p>Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:</p> <p>I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;</p> <p>II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.</p> <p>§1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.</p> <p>§2º Contra o indeferimento do pedido, caberá</p>

<p>prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 3º A petição inicial deverá conter:</p> <p>I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;</p> <p>II – a indicação do ato questionado;</p> <p>III – a prova da violação do preceito fundamental;</p> <p>IV – o pedido, com suas especificações;</p> <p>V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.</p> <p>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.</p>	<p>Art. 3º A petição inicial deverá conter:</p> <p>I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;</p> <p>II – a indicação do ato questionado;</p> <p>III – a prova da violação do preceito fundamental;</p> <p>IV – o pedido, com suas especificações;</p> <p>V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.</p> <p>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.</p>
<p>Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, quando faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou quando for inepta.</p> <p>§1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.</p> <p>§2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.</p>	<p>Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, (quando) faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou (quando) for inepta.</p> <p>§1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.</p> <p>§2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.</p>
<p>Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.</p> <p>§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.</p> <p>§2º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito</p>	<p>Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.</p> <p>§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.</p> <p>§3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito</p>

fundamental.

§3º O relator poderá ouvir os órgãos ou as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

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.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

§1º Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a procedência ou a improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros.

§2º Se não for alcançada a maioria necessária

fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada.

§2º O relator poderá ouvir os órgãos ou as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§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 resultante.

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

ao julgamento da arguição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

§2º Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da arguição, 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.

Art. 9º Julgando procedente a arguição, 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.

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.

Art. 9º Julgada a ação, far-se-á a 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 contados 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.

§1º Dentro do prazo de dez dias contados 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.

§2º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

<p>Art. 10. 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.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 11. 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.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 12. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.</p>	<p>Art. 14. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.</p>
<p>Art. 13. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>Art. 15. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.</p>