

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

HUGO SERGIO CARVALHO BERRINI DA FONSECA

RIO DE JANEIRO

2008

HUGO SERGIO CARVALHO BERRINI DA FONSECA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Afonso de Albuquerque Reis e Silva Neto.

RIO DE JANEIRO

2008

Berrini da Fonseca, Hugo Sergio Carvalho

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - 2008.

f.

Orientador: Afonso de Albuquerque Reis e Silva Neto.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f..

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Monografias. 2. Direito Constitucional. I. Berrini da Fonseca, Hugo Sergio Carvalho. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

CDD 341.202

HUGO SERGIO CARVALHO BERRINI DA FONSECA

ARGÜÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Afonso de Albuquerque Reis e Silva Neto. – Orientador

Prof.

Prof.

A minha família, por todo apoio e amor incondicional, sem os quais nada disso seria possível.

“Trabalhe! Muitos de seus colegas dirão que você está perdendo sua vida, porque você vai trabalhar enquanto eles veraneiam. Porque você vai trabalhar, enquanto eles vão ao mesmo bar da semana anterior, conversar as mesmas conversas, mas o tempo (que é mesmo o senhor da razão) vai bendizer o fruto do seu esforço, e só o trabalho lhe leva a conhecer pessoas e mundos que os acomodados não conhecerão. E isso se chama SUCESSO”.

Nizan Guanaes

RESUMO

Berrini da Fonseca, Hugo Sergio Carvalho. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 2008. f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia visa analisar as principais questões do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista na Constituição Federal Brasileira, como a sua significância no ordenamento jurídico, seu fundamento, suas características, seu objeto, seus efeitos e, principalmente, sua repercussão no mundo da doutrina e da jurisprudência pátria. Como não poderia deixar de ser, as reflexões decisivas e norteadoras destes estudiosos do direito serão sempre acostadas a este trabalho monográfico.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade; arguição; preceito fundamental.

ABSTRACT

Berrini da Fonseca, Hugo Sergio Carvalho. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 2008. 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to analyze the relevant issues concerning the institute of *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, in the Brazilian Federal Constitution, likes his signification in the system of laws, his basis, his characteristics, his object, his effects and, principally, his repercussion in the world of the doctrine and of the native jurisprudence. The decisive reflections and leading decisions of these jurists of the system of laws they will always be leaned back to this monographic work.

Keywords: Control of constitutionality, arguing, basics principles.

SUMÁRIO

1. - INTRODUÇÃO.....	9
2. – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
2.1 – Conceito de Constituição.....	11
2.2 – Conceito de controle de constitucionalidade.....	12
2.3 – Fundamento do controle de constitucionalidade.....	14
2.4 – Espécies de inconstitucionalidade.....	15
2.5 – Modalidades de controle de constitucionalidade.....	18
3. – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	22
3.1 – Conceito.....	22
3.2 – Lei 9.882/99: origem e controvérsia acerca de sua constitucionalidade.....	25
<u>3.2.1 – Origem da Lei 9.882/99.....</u>	<u>25</u>
<u>3.2.2 – Controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei 9.882/99.....</u>	<u>28</u>
4 – CARACTERÍSTICAS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	30
4.1 – Subsidiariedade.....	30
4.2 – Controle direto ou incidental.....	34
4.3 – Legitimação.....	38
4.4 – Objeto.....	42
5 – PROCESSO E JULGAMENTO.....	47
5.1 – Procedimento para a propositura da ação.....	47
5.2 – Medida de urgência.....	51
5.3 – A decisão e seus efeitos.....	53
<u>5.3.1 – Decisão final.....</u>	<u>53</u>
<u>5.3.2 – Efeitos da decisão.....</u>	<u>55</u>
6 – CONCLUSÃO.....	59
BIBLIOGRAFIA.....	61

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 criou diversos instrumentos de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público. Entre tais medidas de controle, podemos destacar aquelas de natureza objetiva, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O presente trabalho tem como escopo a análise da “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” (“ADPF”). A escolha do tema adveio da grande curiosidade que esse instrumento jurídico desperta na doutrina, jurisprudência e entre os aplicadores do direito constitucional, uma vez que, a despeito de ter sido introduzida pela Carta de 1988, e regulamentada por Lei em 1999, se trata de questão ainda em fase inicial quanto ao seu papel no sistema jurídico brasileiro.

Do ponto de vista do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, surgem indagações voltadas ao “lugar” da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com a intensificação de seu uso, e diante da redação do dispositivo constitucional, surgem perguntas relevantes sobre a ADPF. A questão central diz respeito ao papel dessa ação constitucional em meio a outras espécies processuais que permitem o acesso ao Supremo Tribunal Federal, afinal de contas, qual é a função da ADPF no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro?

Não há controvérsia quanto à sua relevância jurídica, posto que tal assunto é de interesse prático para toda a sociedade, já que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é meio de controle de constitucionalidade, e, sendo assim, está ligada à idéia de proteção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição.

A título meramente ilustrativo pode-se dizer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental objetiva evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, aferindo assim, a compatibilidade de qualquer ato do Poder Público com a idéia extraída do preceito fundamental exposto na nossa lei máxima.

Tendo em vista a complexidade e amplitude inerente ao estudo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, percebe-se no mundo acadêmico que muitos estudantes possuem certa aversão ao tema. Portanto, primaremos pela simplicidade, na medida do possível, ao discorrer sobre o tema.

O presente estudo não visa esgotar totalmente o assunto, não sendo esse o seu intuito, e nem seria isto possível, tendo em vista a infinidade de incertezas que cercam a questão, propiciando inevitável confronto doutrinário. O que se buscará é delinear os requisitos, as características principais, os efeitos, a aplicação no caso concreto e as controvérsias provocadas pelo instituto da ADPF.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Importante se destacar que, inicialmente, o tema proposto pelo presente estudo merece ser analisado dentro do sistema a qual está inserido, ou seja, dentro do ordenamento jurídico, considerando a arguição de descumprimento de preceito fundamental como parte desse largo sistema jurídico. Sendo assim, entende-se necessário iniciarmos o presente trabalho posicionando a ADPF dentro deste sistema. Portanto, começaremos esmiuçando o controle de constitucionalidade, tal cronologia se mostrará de grande proveito no estudo da arguição de descumprimento de preceito fundamental propriamente dita.

2.1. Conceito de Constituição

A palavra Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível, a Constituição em sentido etimológico, até outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição *política*, isto é, a Constituição do Estado.

A princípio, cumpre esboçar o que é Constituição vista sob um prisma jurídico, uma vez que sem esse conceito todo o estudo ficaria comprometido. Sendo nosso intuito demonstrar os meandros do controle de constitucionalidade, da qual a arguição de descumprimento de preceito fundamental é espécie, para tanto o conceito de Constituição faz-se extremamente necessário para entendermos porque devemos controlar a constitucionalidade.

O conceito de Constituição, juridicamente, que é o que nos importa, deve ser entendida segundo a precisa lição de Nagib Slaibi Filho, que trata a Constituição como sendo um conjunto de normas jurídicas, dotadas da qualidade de supremacia, que impõe condutas à

sociedade, ao Estado e aos indivíduos¹, e ainda, nas palavras do professor Alexandre de Moraes:

“Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição de poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas”².

Sendo assim, em nome de tudo o que representa essa lei fundamental e suprema, é que se deve exercer tal controle de constitucionalidade. Sendo a Constituição o conjunto de regras idôneo a consagrar um sistema de garantias de liberdade individual e de limites do poder estatal, logo vislumbramos ser imprescindível a criação de mecanismos aptos a resguardar o conteúdo constitucional.

2.2. Conceito de Controle de Constitucionalidade

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente leis e atos normativos.

Sendo o ordenamento jurídico um sistema, é cediço que um sistema jurídico harmonioso pressupõe ordem e unidade. Portanto, a quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a recuperá-la. O controle de constitucionalidade é um desses meios, provavelmente o mais importante, que visa garantir a observância da compatibilidade do prescrito na Constituição, obra do poder constituinte, com a lei ordinária,

¹ SLAIBI FILHO, Nagib, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 6.

² DE MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2005, p.2.

simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela própria Constituição.

As Constituições rígidas, como no caso da Constituição brasileira, sugerem um processo especial e solene de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade bem superior àquelas que as leis ordinárias desfrutam.

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação, aferir a devida compatibilidade formal e material das normas infraconstitucionais com o texto constitucional. Denomina-se por sistema de controle de constitucionalidade, o conjunto de instrumentos decorrentes da própria Constituição para salvaguarda de sua supremacia, fundando-se na necessidade de preservar a soberania do poder constituinte em face de qualquer outro poder³.

A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar a sua eficácia. Dessa forma, somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais.

Importante destacar, que o controle de constitucionalidade decorreu da natural evolução da sociedade na busca da preservação dos direitos individuais e sociais em face do poder.

José Joaquim Gomes Canotilho, mestre no assunto aqui discutido, vai mais a fundo quanto à defesa da Constituição:

“O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra atos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a Constituição. A idéia de proteção, defesa, tutela e garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado⁴”.

³ SLAIBI FILHO, Nagib, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 168.

⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Saraivai, 1999, p.879.

2.3. Fundamentos do Controle de Constitucionalidade

São dois os princípios normalmente identificados como fundamentais ao controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucional. O princípio da supremacia constitucional nos demonstra uma idéia de que a Constituição possui uma posição hierárquica superior em relação as demais normas, ou seja, podemos dizer que ela é o fundamento de validade de todas as demais normas, e, por força dessa superioridade, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Já o princípio da rigidez constitucional consagra que a norma constitucional requer um processo de elaboração, bem como o seu processo de reforma, diverso e mais complexo do que aquele necessário a elaboração das demais normas infraconstitucionais. Saber-se que o caminho a percorrer para a alteração ou supressão de uma norma constitucional é consideravelmente dificultoso.

Se dessa forma não fosse, inexistiria qualquer distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle, pois se as leis infraconstitucionais fossem criadas por meio do mesmo procedimento destinado as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação de tal norma, e não a sua inconstitucionalidade.

Por oportuno, cabe salientar a relevância social, que não transparece de imediato, e para muitos passa desapercibido, do controle de constitucionalidade. Pois um dos fundamentos do controle é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais. Como bem esclarece o Professor Luís Roberto Barroso, o seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas⁵.

Não se pode olvidar a notória criação do filósofo Hans Kelsen, que colocou a Constituição no mais alto grau de uma pirâmide imaginária, que simbolizaria toda a ordem

⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p.2.

jurídica, que nos demonstra uma melhor visualização da supremacia constitucional, que dá a estas normas o status de inatingíveis.

2.4. Espécies de Inconstitucionalidade

A doutrina constitucional brasileira esforça-se por estabelecer uma adequada classificação dos diferentes tipos ou manifestações de inconstitucionalidade. Sendo a dogmática tradicional a cada dia enriquecida com novas distinções elaboradas pelos doutrinadores ou identificadas na rotineira atividade dos tribunais.

Diferentes elementos ou critérios podem servir de base para a aferição de inconstitucionalidade de determinada norma, que incluem o momento em que ela se verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros. Procede-se à distinção entre a inconstitucionalidade formal ou orgânica e a inconstitucionalidade material, tendo em vista as considerações relativas ao conteúdo da norma ou às regras de caráter procedimental⁶.

A inconstitucionalidade de uma norma poderá residir tanto na sua forma como no seu conteúdo. Se residir na sua forma, chamamos de inconstitucionalidade formal, se residir no seu conteúdo denominamos de inconstitucionalidade material.

Nesse sentido, trata-se de inconstitucionalidade formal aquela presente no rito, no procedimento de elaboração da norma. Se esta não observar um dos atos do procedimento exposto na Constituição no momento de sua elaboração, apresenta, portanto, inconstitucionalidade formal.

Mestre no assunto, mister se faz destacar as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, sobre inconstitucionalidade formal:

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1010.

“Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir o seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma⁷”.

Como brilhantemente assinalado pelo Ministro Gilmar Mendes, destacamos ainda, os ensinamentos do professor Guilherme Peña sobre a inconstitucionalidade formal, que externa seus conhecimentos com a didática de sempre no que diz respeito a tal vício de origem em uma questão recorrentemente enfrentada pelo Congresso Nacional:

“Constitui exemplo de inconstitucionalidade formal, a inconstitucionalidade por usurpação de iniciativa reservada, na qual um projeto de lei, malgrado a iniciativa reservada ao Presidente da República tenha sido usurpada por outrem, recebe a sanção presidencial⁸”.

O atual decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.070, em decisão proferida em 23 de novembro de 1994, manifestou-se acerca da sanção presidencial com os seguintes dizeres:

“a sanção do projeto de lei não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade do chefe do Poder Executivo – ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada – revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República”.

Um processo ou procedimento legislativo completo compreende, iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação, sendo que cabe ressaltar que somente a lei ordinária e a lei complementar percorrem tal caminho.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1011.

⁸ PEÑA, Guilherme, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2006, p. 140.

Como assinalado, será orgânica aquela inconstitucionalidade presente no que tange a iniciativa. Se, por acaso, o vício se apresentar em outras fases do procedimento, chamamos de inconstitucionalidade formal propriamente dita ou procedimental.

A título ilustrativo, destacamos que se um parlamentar apresentar um projeto de lei, criando novos cargos públicos na administração direta, ocorrerá inconstitucionalidade formal orgânica, tendo em vista que, como consta na Carta Maior (art. 61, § 1º da CRFB), tal iniciativa cabe ao Presidente da República. De outro lado, se um projeto de lei complementar aprovado por maioria simples na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, for sancionado, promulgado e publicado, apresenta manifesta inconstitucionalidade formal procedimental ou propriamente dita, uma vez que não se observou o quorum mínimo de aprovação previsto na Constituição (art. 69 da CRFB), que seria o quorum de maioria absoluta.

No tocante a inconstitucionalidade material, podemos dizer que o vício expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Como assinala Barroso, pode-se traduzir no confronto com uma regra constitucional, ou seja, confronto de substâncias do ordenamento jurídico. Para facilitar o entendimento, tecemos como exemplo: Estará eivada de inconstitucionalidade material uma eventual lei que restrinja a participação de candidatos em concurso público, em razão da idade ou sexo (art. 5º, *caput* e 3º, IV), naturalmente que ressalvados os casos em que a restrição seja compatível com o cargo, ou a fixação da remuneração de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI).

O controle material constitucionalidade é abrangente, podendo ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais. Novamente recorreremos a lição do Ministro Gilmar Mendes que leciona sobre o tema:

“Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição. A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo⁹”.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1013.

Cabe salientar que nada impede a coexistência, em um mesmo ato legislativo, de inconstitucionalidade formal e material. É possível que vícios distintos se apresentem cumulativamente, embora, em regra causem o mesmo efeito, qual seja, a invalidade da norma, que terá a sua eficácia paralisada.

2.5. Modalidades de Controle de Constitucionalidade

A doutrina costuma sistematizar as características de cada controle, levando em consideração aspectos subjetivos, objetivos e processuais, conforme se demonstrará em seguida.

Quanto à natureza do órgão que o exerce, o controle de constitucionalidade poderá ser político ou judicial. O controle de constitucionalidade político, sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, como o Poder Executivo, Poder Legislativo, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, e os demais órgãos políticos. Ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais poderes do Estado.

O controle de constitucionalidade político exercido pelo Poder Legislativo, se faz presente, em uma de suas formas, através da Comissão de Constituição e Justiça, pois é sabido que todo projeto de lei passa pela Comissão antes de chegar ao plenário para deliberação. A Comissão tem por finalidade verificar a compatibilidade do projeto de lei com a Constituição. Dessa forma, visando se impedir a continuidade da tramitação de projeto em confronto com o disposto na Carta Maior.

Outra forma de controle político exercido pelo Poder Legislativo, são os Tribunais de Contas, que são órgãos auxiliares que desempenham a função de fiscalizar, exercendo o controle de constitucionalidade quando apreciam atos e contas de órgãos públicos ou privados que tiveram acesso a recursos públicos.

O veto aposto pelo Presidente da República em projeto de lei considerado inconstitucional, como previsto no art. 66, § 1º da Constituição, externa o pleno exercício de controle de constitucionalidade político por parte do Poder Executivo. Relembramos também, que o Presidente da República, como chefe do Poder Executivo é um dos legitimados ativos para propor perante o Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, I, CRFB).

O Ministério Público, no regular exercício de suas funções, de acordo com o art. 103, VI da Constituição, também poderá ser o autor das ações acima mencionadas, representado na figura do Procurador Geral da República, e ainda, poderá suscitar a inconstitucionalidade como *amicus curie*, quando atuar como autor ou fiscal da lei.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade é obrigatoriamente exercido pelo Poder Judiciário. Porque os tribunais ao interpretarem uma norma legal para aplicá-la ao caso concreto, deverão fazê-lo observando o princípio da supremacia legal. Isto significa que a cada interpretação de uma lei, o juiz deve fazer um exame de verificação de sua adequação e compatibilidade com a Constituição, uma vez que só poderá aplicar norma válida.

Dentro das modalidades de controle de constitucionalidade, importante lembrarmos do momento do exercício do controle, destacando-se o controle prévio ou preventivo e o repressivo. Sendo o controle prévio ou preventivo aquele que é exercido anteriormente à conversão de um projeto em lei, e visa impedir que entre em vigor uma norma que seja incompatível com a Carta Magna. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades.

Como por exemplo, o controle exercido pela Comissão de Constituição e Justiça, uma vez que ocorre antes da entrada da lei em vigor, com o intuito de evitar que leis que afrontem o disposto na Carta Maior entrem em vigor. Outra hipótese de controle preventivo, como já destacado, é o veto presidencial, pois o Presidente tem a prerrogativa de vetar projeto de lei que considere inconstitucional ou contrário ao interesse público. Sendo assim, o veto com base em parecer da Advocacia Geral da União, no sentido da inconstitucionalidade do projeto de lei em análise, consiste, portanto, em controle de constitucionalidade político ou preventivo.

Já o controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori* é aquele exercido sobre a norma pronta, ou seja, a norma quer já está em vigor. Desse modo, o controle de constitucionalidade

repressivo terá como objetivo tão somente a paralisação de sua eficácia, sendo esse controle desempenhado, em regra, pelos Tribunais.

No entanto, tal controle poderá ser exercido também pelo Poder Legislativo, como no caso da edição de uma medida provisória pelo Chefe do Executivo, tendo essa medida, nos termos do art. 62 da Constituição, eficácia e vigência imediata, e força de lei pelo prazo de sessenta dias, devendo ser submetida a apreciação do Congresso Nacional, que poderá aprová-la, e convertê-la em lei ou rejeitá-la. Case seja rejeitada pelo Congresso com base em inconstitucionalidade, estará um órgão político exercendo controle de constitucionalidade político, fugindo a regra de que tal controle está ligado unicamente ao Poder Judiciário.

Em se tratando de controle judicial, este poderá ser difuso ou concentrado. O controle exercido por todo órgão jurisdicional é chamado de controle difuso, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, e caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal¹⁰.

Este controle é chamado de difuso porque seu exercício ocorre de forma dispersa entre os órgãos do Poder Judiciário, pois se trata de atribuição inerente a função jurisdicional. O juiz no exercício de sua função não deve aplicar norma que entender inconstitucional, é faculdade do juízo monocrático.

A *contrariu sensu*, o controle concentrado ou via de ação direta, não está disponível ao exercício de qualquer juiz, sendo ele exercido apenas por um órgão superior jurisdicional.

No nosso ordenamento jurídico, o controle de constitucionalidade concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez que se declare a inconstitucionalidade por tal corte, esta decisão obrigará a todos os demais juizes e tribunais, ou seja, os julgados deste Tribunal Supremo vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição.

Em relação a forma do controle judicial, podemos vislumbrar o controle por via incidental e o controle por via principal. Quando tivermos o controle exercido no bojo da solução de um conflito de interesses, trata-se de controle de constitucionalidade incidental.

¹⁰ DE MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, Editora Atlas, São Paulo, 2005, p. 639.

Nesse tipo de controle, a discussão sobre a inconstitucionalidade de uma lei, embora seja imprescindível para se chegar a um justo provimento por parte do judiciário, não é a questão principal da demanda. A arguição de inconstitucionalidade por via incidental não é o pedido principal, mas sim um incidente capaz de inferir na resolução do caso concreto, configurando-se a questão constitucional como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para o enfrentamento do pedido principal.

Importantíssimo salientar que, como assevera o professor Luís Roberto Barroso, não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental e o controle difuso. No Brasil, no entanto, como regra eles caminham juntos, isto é, o controle incidental é exercido de modo difuso. Todavia, a única exceção a esta regra, é justamente o objeto do presente estudo, ou seja, em se tratando de arguição de descumprimento de preceito fundamental, é possível a hipótese de controle incidental concentrado, como veremos mais adiante.

Em sentido diverso, quando o controle for exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, estaremos diante do controle por via principal ou ação direta.

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Nela, o que se pretende, é o exame de validade da norma, onde o autor invocará o controle de constitucionalidade como objeto principal a ser decidido pelo Poder Judiciário. A competência para julgar as ações diretas ou de controle principal é originária do Supremo Tribunal Federal.

Ao contrário do controle por via incidental, em que qualquer pessoa pode suscitar a inconstitucionalidade, a legitimidade ativa no controle principal é restrita àqueles elencados no art. 103 da Constituição Federal, os quais seriam: (i) Presidente da República; (ii) Mesa do Senado Federal; (iii) Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) Governador de Estado ou do Distrito Federal; (vi) Procurador Geral da República; (vii) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) Partido político com representação no Congresso Nacional; e (ix) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

3. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1. Conceito

Após o tudo que foi apresentado acerca de controle de constitucionalidade, passaremos ao estudo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, que é espécie de tal controle de constitucionalidade, inserida juntamente com as ações de controle concentrado, como a ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no texto original da Constituição de 1988, primeiramente no parágrafo único do art. 102, depois convertido em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 13 de março de 1993, trata-se de norma de eficácia limitada, pois a Carta Maior, por si só não logrou efetividade a tal instituto¹¹.

Como o dispositivo previsto na Constituição é, em certa medida, genérico, pode-se se dizer que a constituição propiciou um importante espaço para a atuação legislativa. Não obstante o entendimento supracitado e a relevância de uma ação como a ADPF, o legislador infraconstitucional só veio a regulamentá-la em 3 de dezembro de 1999, por meio da Lei nº 9.882, que dispôs sobre o seu processamento e julgamento.

Vale destacar, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental foi inserida no já complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sendo um instituto singular, não sendo possível identificar mais do que uma distante proximidade com outras

¹¹ “[...] para argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige lei formal, não autorizando, a sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito”. (STF – Agravo Regimental em Pet. nº 1,140-7 – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, 31 de maio 1996, p. 18.803).

figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o *writ of certiorari* do direito norte-americano¹².

Nota-se que o legislador infraconstitucional definiu apenas os contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, fornecendo suas características básicas. Contudo, como nos mostra o eminente professor Luís Roberto Barroso, a Lei 9.882/99 deixou de elucidar muitas questões, deixando os aplicadores do Direito Constitucional sem claras respostas no que tange a finalidade e o alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental, deixando uma margem importante de definição do papel da ADPF para a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, diz Barroso:

“Há razoável consenso doutrinário de que a Lei 9.882/99 não apenas deixou de explicitar forma clara o sentido e o alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental – acerca da qual havia amplo desconforto doutrinário – como, ademais, ainda criou algumas perplexidades adicionais. Tal fato foi agravado pelo veto presidencial a dispositivos do projeto aprovado, desfigurando a proposta inicial. De todo o modo, a despeito de certas dificuldades apresentadas pelo texto, a disciplina lacônica dada pela lei transferiu para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial. É possível supor, assim, que esse remédio constitucional possa ser projetado para uma dimensão mais elevada, superadora, inclusive, de suas motivações iniciais”.¹³

Desse modo, depreendendo-se da leitura da Lei 9.882/99, e a despeito da dificuldade de se encontrar um conceito pacífico acerca do instituto, pode-se afirmar que, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em linhas gerais, é uma medida que tem por objeto afastar qualquer violação a preceito fundamental da Constituição, sendo o tribunal competente para o seu ajuizamento o Supremo Tribunal Federal, e os legitimados para o seu ajuizamento são aqueles constantes do art. 103 da Constituição.

¹² BARROSO, Luís Roberto, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 216.

¹³ BARROSO, Luís Roberto, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 217.

Ainda assim, tal definição não elucida um dos principais conflitos acerca da definição da arguição, tratando-se de questão deveras tormentosa, consistindo na definição de preceito fundamental.

Afinal, o que seria “preceito fundamental”. Quanto ao conteúdo da expressão, não há uma única palavra na lei que a defina. A única coisa certa é que, claramente, o legislador não buscou precisar o sentido da locução preceito fundamental, deixando tal tarefa para a especulação casuística da jurisprudência e da doutrina.

De acordo com a doutrina, trata-se de conceito jurídico indeterminado, porém há um consenso doutrinário no sentido de que as normas que definem os princípios fundamentais da República Brasileira (art. 1º ao 4º, da CRFB), aquelas que definem os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CRFB) e aquelas denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CRFB) seriam preceitos fundamentais que, uma vez violados, ensejariam a propositura da arguição.

Pode-se afirmar que preceito fundamental são as vigas mestras do texto constitucional, são os comandos com conteúdo principiológico que emanam consequências várias para o ordenamento jurídico.

Nesse mesmo sentido, pode-se defender que preceitos fundamentais são aquelas disposições que não encerram em si mesmo (meras regras), mas que originam consequências na atuação do Estado, seja enquanto Administrador Público, enquanto Juiz, ou enquanto agente repressor da violência¹⁴.

Analisando o tema, Gustavo Binembojm afirma que a arguição de descumprimento de preceito fundamental serviria para proteger “somente as normas da Constituição qualificadas, por sua estrutura axiológica, como preceitos fundamentais”. Assim o Autor pontua entre tais preceitos: “os princípios fundamentais; os direitos e garantias fundamentais, aí incluídos os direitos e garantias individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos de nacionalidade; os direitos políticos e os direitos de contribuinte; os princípios que estruturam o sistema de repartição de poderes e a federação e os princípios gerais de ordem econômica”¹⁵.

¹⁴ FRANÇA JÚNIOR, Fausto de, *A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF*, disponível em <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em 15 de outubro de 2008.

¹⁵ BINEMBOJM, Gustavo, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 191.

Para ilustrarmos os conceitos de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e da expressão “preceito fundamental”, destacam-se os ensinamentos dos ilustres professores Daniel Sarmento e Luís Roberto Barroso.

Ensina Daniel Sarmento:

“[...] 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 ADPF, ‘... 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’¹⁶.

Na lição de Barroso:

“A expressão preceito fundamental importa no reconhecimento de que a violação de determinadas normas – mais comumente princípios, mas eventualmente regras – traz maiores conseqüências ou traumas para o sistema jurídico como um todo. [...] Não se trata de um catálogo exaustivo, como natural, mas de parâmetros a serem testados à vista das situações da vida real e das arguições que serão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁷.

3.2. Lei nº 9.882/99: origem e controvérsia acerca de sua constitucionalidade

3.2.1. Origem da Lei nº 9.882/99

¹⁶ SARMENTO, Daniel, *Apostamentos sobre a arguição de preceito fundamental*. In André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, (org.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises 'a luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo, Atlas, p. 91.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 222.

Em se tratando da origem de determinada lei, antes se faz necessário averiguar o contexto histórico em que tal norma foi inserida. As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. Com a ampliação do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação da ação declaratória de constitucionalidade veio a reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como: (i) interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais; (ii) matérias de direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas; e (iii) controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal. É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”.

Importante se faz destacar as palavras do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes:

“Foi em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado ‘incidente de inconstitucionalidade’ (cf., infra, “Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento”). Também foi nesse contexto que, juntamente com o Professor Celso Bastos, passamos a nos indagar se a chamada “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no art. 102, § 1º, da CF, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do STF.¹⁸”

Diante desse quando, o ilustríssimo Professor Celso Bastos elaborou o primeiro esboço do anteprojeto que haveria de regular a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tomando por base o texto inaugural.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008. p 1141.

Após a elaboração do texto inaugural, afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma comissão de juristas. A sugestão foi elevada em consideração, e instituída a Comissão em 7 de julho de 1997, por meio da publicação da Portaria nº 572.

Comissão era destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados para compor a Comissão um grupo de brilhantes professores, do calibre de Celso Ribeiro Bastos (Presidente), o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa. Após intensos debates realizados, a Comissão chegou ao texto final do anteprojeto, que foi encaminhado pelo Professor Celso Bastos, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça, em 20 de novembro de 1997¹⁹.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da Constituição. Estabeleceram-se o rito perante o Supremo Tribunal Federal, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Tendo em vista que a arguição de descumprimento de preceito fundamental afetava as atribuições do Supremo Tribunal Federal, resolveu-se, ainda, colher a opinião da Corte Maior, por meio do Aviso/MJ n. 624, enviado em 4 de maio de 1998. Após três dias, o Ministro Celso de Mello informou a Comissão, ter encaminhado cópia do texto do anteprojeto para todos os Ministros do Supremo.

É necessário observar, todavia, que desde março de 1997 tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.872, de autoria da Deputada Sandra Starling, objetivando, também, disciplinar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o nome de “reclamação”. A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Carta Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da CRFB.

O projeto de lei da Deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do Relator do caso, o Deputado Prisco Viana, pela aprovação do projeto na forma de substitutivo de sua

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p.422.

autoria, que ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no anteprojeto de lei da Comissão presidida pelo Professor Celso Bastos.

O substitutivo do Deputado Prisco Viana foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, foi referendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo sido submetido ao Presidente da República, que o sancionou, com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º, ao inciso II do art. 2º, ao § 2º do art. 2º, ao § 4º do art. 5º, aos §§ 1º e 2º do art. 8º e ao art. 9º²⁰.

3.2.2 Controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99

Uma das controvérsias acerca da argüição de descumprimento de preceito fundamental diz respeito à própria constitucionalidade de sua lei regulamentadora. O entendimento convencional em matéria de controle de constitucionalidade reafirma, rotineiramente, que a regra no direito brasileiro é a fiscalização incidental e difusa. No entanto, a verdade é que a Lei nº 9.882/99, que disciplinou o procedimento e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, reforçou uma tendência, atribuída pelo professor Luís Roberto Barroso, que nos últimos anos tem se manifestado para a ampliação do papel jurisdição constitucional concentrada e abstrata.

Essa tensão entre as duas modalidades de controle encontra-se subjacente à discussão acerca da constitucionalidade da lei que veio disciplinar a ADPF, objeto da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a ADI 2.231/DF, contra íntegra da Lei nº 9882/99, distribuída ao então Ministro Néri da Silveira, na qual se alegava, em síntese, a inconstitucionalidade do parágrafo único, I, do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, *caput*, e § 3º, e do art. 11, todos da mesma Lei.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008. p 1143.

A ADI 2.231 proposta pela OAB, em sessão realizada no dia 05 de dezembro de 2001, foi acolhida em parte, pelo Ministro Néri da Silveira, para suspender, com eficácia *ex tunc*, e até o julgamento final da ação, a vigência do § 3º do art. 5º da referida Lei, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto, e conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso I do parágrafo único do art. 1º, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso.

Importante se destacar as palavras do Ministro:

“[...] a Lei 9882/99, com a suspensão do art. 5º, § 3º, e com a interpretação conforme do inciso I, do parágrafo único art. 1º, não se esvazia, à evidência, permanecendo com as condições para regular, de forma completa, o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º, da Constituição”²¹.

Em razão de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, o julgamento foi interrompido.

Embora ainda pendente de decisão a ADI 2.231, o julgado do Supremo Tribunal sobre a admissibilidade da ADPF 54²² parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei nº 9882/99. Também no julgamento do mérito da ADPF 33²³, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou o pedido de suspensão do julgamento da ação até o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade do instituto. No entanto, não é possível afirmar, ainda, que tal posicionamento é definitivo, devendo-se aguardar ainda o julgamento do mérito da ADI 2.231.

²¹ Voto do Ministro Néri da Silveira na ADI 2.231, da qual era relator, *DJ* de 17/12/2001, julgamento pendente.

²² ADPF 54, Rel. Marco Aurélio. Em sessão de 27/04/2005, suscitada questão de ordem, o Tribunal, por maioria, admitiu o cabimento da ADPF. A apreciação do mérito da ADPF, entretanto, ainda está pendente.

²³ ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, julgada em 07/12/2005.

4. CARACTERÍSTICAS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

4.1. Subsidiariedade

Quanto ao cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/99, que regulamenta a ADPF, impõe que esta somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Assim dispõe o § 1º do artigo 4º da referida lei:

“§ 1º - Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Nesse sentido, o legislador consagrou o princípio da subsidiariedade da argüição de descumprimento de preceito fundamental em relação a outras medidas, isto é, se houver outro instrumento jurídico idôneo capaz de reparar ou evitar a lesão, tais como Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, e até mesmo outros instrumentos de controle de constitucionalidade, com o a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADPF não será cabível, devendo ser indeferida liminarmente e arquivando-se o feito.

Em um primeiro momento, pode parecer que somente na hipótese da absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para se afastar eventual lesão seria cabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Essa é a leitura excessivamente literal do disposto na lei, e, como bem assegura Hely Lopes Meirelles, tenta introduzir entre nós o

princípio da subsidiariedade do recurso constitucional vigente no Direito Alemão, e, presente também no Direito Espanhol, por meio do recurso de amparo²⁴.

Com efeito, o problema que a doutrina e a jurisprudência vem enfrentando é o de definir com precisão o que seria outra medida capaz de sanar a lesividade.

A título exemplificativo, destacamos a seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“No caso dos autos, a impugnação suscitada pela mesa da Assembléia Legislativa de São Paulo poderia ser manifestada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, meio eficaz bastante para sanar eventual lesividade do provimento sob enfoque (...). Evidente, desse modo, a ausência do requisito no referido art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99, uma vez que os efeitos lesivos do ato impugnado podem ser sanados por meio eficaz que não a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do art. 4º, caput, da Lei 9.882/99, determinando o arquivamento do feito²⁵”

Cuidando de esmiuçar os efeitos de tal característica da ADPF, o Mestre Luís Roberto Barroso assevera que “a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm oscilado na compreensão desse dispositivo, gerando manifestações antagônicas. A matéria não é singela”. O primeiro desencontro interpretativo surge da exegese do art. 102, § 1º, da Constituição. Há quem entenda que a mencionada norma autorizou tão somente à lei a disciplinar o processo da arguição, não ao passo de restringir o seu conteúdo. Assim, não se deve interpretar a norma constitucional com subordinação à vontade do legislador, sustentando-se a autonomia da arguição de descumprimento de preceito fundamental, afastando-se desse modo, o caráter residual.

Neste passo, deve-se destacar os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes sobre o tema:

“De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 439.

²⁵ STF – ADPF nº 13-1 – Rel. Min. Ilmar Galvão.

afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar o enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata²⁶.”

E, seguindo essa linha de raciocínio, deve-se grifar o comentário de José Afonso da Silva, citado por Barroso:

“Verificar-se-á que a argüição é cabível sempre, e absolutamente sempre, que observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. (...) Não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação se preste ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da argüição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição. (...) As hipóteses de cabimento da argüição, no que se refere à exigência de violação da Carta Constitucional, não podem depender de lei. Já vem traçada pela própria Constituição²⁷”

Malgrado o acima exposto, cabe ressaltar uma visão mais temperada do próprio Barroso, no sentido de que se trata de uma questão de razoabilidade da interpretação da norma e não da invalidade da norma. É muito comum no direito brasileiro uma legislação ordinária estabelecendo normas no tocante à regra de cabimento, decadência do direito, direito de propositura, objeto, efeitos da decisão, dentre outros aspectos que não são estritamente processuais, como por exemplo, no caso do mandado de segurança, ação popular e ação civil pública.

Em sentido diverso com os entendimentos supracitados, guardada a respeitabilidade entre os doutrinadores, surge uma segunda posição, fundada na dicção expressa do dispositivo previsto no art. 4º, § 1º, da Lei que regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, sustentando a inadmissibilidade da ADPF sempre que cabível outro processo

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.1151.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 224.

objetivo, como ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade, ou mesmo ações individuais ou recursos.

No Supremo Tribunal Federal, as duas correntes doutrinárias já foram ventiladas, não tendo sido formulado entendimento definitivo acerca da questão. Cabe-se ressaltar que, embora encontram-se decisões mais flexíveis, que percorrem o mesmo raciocínio do Ministro Gilmar Mendes e de José Afonso da Silva, a jurisprudência na grande maioria dos casos segue a trilha da inadmissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, exigindo, nas palavras do Ministro Celso de Mello, o “prévio exaurimento de outros mecanismos processuais, previsto em nosso ordenamento positivo, capazes de fazer cessar a situação de lesividade ou de potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados”.

Sabedor de tal jurisprudência, Guilherme Peña de Moraes faz uma ressalva, destacando que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, por si só, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento da ação constitucional²⁸.

Refletindo sobre o tema, o Ministro Carlos Velloso assevera com a conhecida lucidez que:

“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 arguição 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 arguição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis, nem seria suportável pelo Supremo Tribunal Federal certamente, dado que temos mais de cinco mil municípios (...). 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

²⁸PEÑA, Guilherme, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p.263.

poderiam ser utilizados a fim de sanar a lesividade. Para que serviria, então, a arguição de descumprimento de preceito fundamental?²⁹”

Por oportuno, convém destacar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na ADPF nº 72, em questão de ordem, resolveu conhecer como ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se impugna dispositivo legal por ofensa a preceito constitucional, restando observados os demais requisitos necessários à propositura daquela³⁰.

Desse modo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como bem lembrado pelo professor Luis Roberto Barroso, teria um papel marginal e inglório no ordenamento jurídico brasileiro, na mesma linha do mal-aventurado mandado de injunção. É que, na prática, dificilmente deixará de haver no arsenal do controle concentrado ou do controle difuso a possibilidade, em tese, de utilizar-se alguma ação ou recurso contra o ato a ser questionado. E a demora inevitável no esgotamento de todas as outras vias compromete, naturalmente, os objetivos visados pela arguição.

Deste modo, resta à arguição de descumprimento de preceito fundamental tratar dos casos de controle pré-constitucional, ou seja, impugnar atos normativos anteriores à Constituição, e da desconformidade de norma municipal com a Carta Maior. Fora isso, é ínfima a possibilidade de vislumbrar-se uma eficaz utilização da ação constitucional em estudo.

4.2. Controle Direto ou Incidental

²⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*, in “O Magistrado”, 2001. Disponível em <<http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discursohomenagem.htm>> Acesso em 21 de outubro de 2008.

³⁰ STF, ADPF nº 72, Min. Rel. Ellen Gracie, 01.06.2005.

Peculiaridade interessante da argüição de descumprimento de preceito fundamental é a possibilidade de ser suscitada no bojo de um outro processo, viabilizando a suspensão deste, para que seja proferida decisão exclusivamente sobre a questão constitucional argüida.

Ressalta-se que a argüição indireta ou incidental enseja o controle de constitucionalidade misto, pelo motivo de deflagrar a instauração de processo objetivo lastreado em questão constitucional suscitada em processo subjetivo, por intermédio do trânsito do controle difuso para o controle de constitucionalidade concentrado, fugindo à regra de que este é exercido por via principal.

Naturalmente, como já era de se esperar, em se tratando de argüição de descumprimento de preceito fundamental, surgiram correntes doutrinárias antagônicas, como já suscitado acima, quanto à constitucionalidade da norma veiculada pelo art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/99, que instituiu a possibilidade de argüição por via incidental, nos seguintes termos:

“Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

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

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

Sobre o tema, Canotilho aprofunda de forma mais teórica com a seguinte lição:

“Trata-se de processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controle concreto de normas. Este processo conjuga duas dimensões: i) uma dimensão abstrata, dado que se trata de declaração de inconstitucionalidade; (ii) outra dimensão concreta, pois a declaração de inconstitucionalidade tem como base a fiscalização concreta da inconstitucionalidade de normas jurídicas, de sorte que permite-se o trânsito do controle difuso para o controle concentrado, mediante o processo de generalização dos efeitos jurídicos da

decisão de inconstitucionalidade, a partir de uma fiscalização abstrata sucessiva³¹”.

A primeira corrente, formalizada pelo professor Alexandre de Moraes, salienta a inconstitucionalidade, posto que teria havido a ampliação legal da competência do Supremo Tribunal Federal, enumerada taxativamente na Constituição da República.

Imperativo se faz destacarmos as palavras do professor:

“Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do artigo 1º, da Lei 9.882/99, distanciou-se o texto constitucional, uma vez que, o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluído os anteriores à Constituição.

O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante Supremo Tribunal Federal. Não há autorização constitucional para a aplicação das competências do STF.

Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo Poder Público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme doutrina e jurisprudência pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.³²”

Ou seja, a visão de Alexandre de Moraes é no sentido de impedir a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação autônoma e de competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir conflitos concretos já postos em juízo, só cabendo

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Saraiva, 1999, p.919.

³² Alexandre de Moraes, *In*, Fausto de França Júnior, *A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF*, disponível em <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em 15 de outubro de 2008.

assim, para resolução de controvérsias abstratas, semelhante a uma ação direta de inconstitucionalidade.

A segunda corrente é defendida por doutrinadores do porte de André Ramos Tavares³³ e Nagib Slaibi Filho, que sublinha a constitucionalidade, visto a aplicação do princípio constitucional do acesso à Justiça, com o aperfeiçoamento dos métodos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, na lição de ilustre professor Nagib Slaibi Filho:

“Enfim, a despeito de tão respeitáveis entendimentos, não se consegue extrair do texto constitucional a idéia de que a argüição de descumprimento de preceito fundamental possa ser simplesmente nada mais que uma ADIn específica para violações de superlativa importância em face do desvalor constitucional do ato impugnado, pois, se assim fosse, estaria a norma constitucional condenada a uma irremediável inutilidade em face da existência de remédio jurídico processual suficiente para controlar a inconstitucionalidade dos atos federais e estaduais.

Nota-se, ainda, que a Constituição, instituindo a ADI no art. 102, I, *a*, para controle de constitucionalidade dos atos federais e estaduais, implicitamente instituiu uma reserva de atuação para tal remédio jurídico processual, reserva esta que não poderia ser estendida pela lei ordinária – no caso a Lei nº 9.882/99 – à cognição da constitucionalidade dos atos municipais pela Corte Constitucional através do controle concentrado.

O que diz a Constituição é que haverá a argüição de descumprimento de preceito fundamental a ser processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei³⁴.”

Como já assinalado, o papel da argüição incidental de preceito fundamental restou minimizado pela Lei 9.882/99. Não sendo suscetível pelas partes do processo ou por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, a legitimação para essa argüição recai sobre as mesmas pessoas e órgãos que podem propor a argüição autônoma. Como regra, dificilmente optarão elas pela via incidental, que é mais complexa e tem objeto mais limitado.

³³ TAVARES, André Ramos, *Tratado da argüição de preceito fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001, p.65.

³⁴ SLAIBI FILHO, Nagib, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 345.

4.3. Legitimação

Nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.882/99, detêm legitimidade para a arguição de descumprimento “os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. Isto é, os elencados no art. 103 da Constituição Federal, como sabido, quais sejam: (i) Presidente da República; (ii) Mesa do Senado Federal; (iii) Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) Governador de Estado ou do Distrito Federal; (vi) Procurador Geral da República; (vii) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) Partido político com representação no Congresso Nacional; e (ix) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Isso significa que inclusive as diretrizes hermenêuticas adotadas pelo Supremo Tribunal acerca do rol dos legitimados para a ação direta são igualmente aplicáveis a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Como bem assevera Barroso, a doutrina e a jurisprudência da Suprema Corte fazem uma interpretação restritiva da legitimação para agir, classificando os legitimados presentes no art. 103 da Constituição em legitimados universais e legitimados especiais, passando a exigir destes últimos demonstração do interesse de agir³⁵. Contudo, a idéia de legitimados ativo e passivo da ADPF deve ser vista com ressalvas, uma vez que, conforme a doutrina, argüente e argüido são partes em sentido formal, já que não atuam na defesa de interesses próprios.

Nesse sentido, para as confederações sindicais e entidades de classes de âmbito nacional põe-se o requisito da pertinência temática, ou seja, para que se configure a legitimidade ativa, deve haver relação direta entre a pretensão formulada na ação de controle e os objetivos institucionais da entidade autora³⁶. Semelhante limite é aplicável às Mesas de Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal e aos Governadores de Estado e do Distrito Federal. Eles detêm legitimidade para impugnar atos públicos do próprio

³⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 231.

³⁶ ADI 1.643-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, 30.10.1997 / ADI 3.472-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 28.04.2005.

Estado ou federais – estes últimos desde que atinjam a respectiva esfera de autonomia estadual.

Já para a impugnação de atos normativos de outros Estados seria necessária a demonstração de pertinência temática. Por exemplo, lei de outro Estado que cria um incentivo fiscal ilegítimo que prejudica o Estado proponente da medida.³⁷

Estão dispensados de qualquer demonstração de pertinência temática, os chamados legitimados universais, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido nacional com representação no Congresso Nacional.

Há de valer para a arguição inclusive a mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a respeito da legitimação das “entidades de classe de segundo grau” (ou associação de associações)³⁸. Inicialmente, o Supremo reputava que apenas estavam legitimadas para a ação direta as entidades de classe de âmbito nacional que tivessem por associados, diretamente, os membros da respectiva categoria social – e não aqueles cujos associados fossem outras associações, dedicadas a mesma finalidade em âmbito territorial mais restrito, as quais, estas sim, têm por filiados os membros da categoria social.

Ao julgar agravo regimental na ADI 3.153, o plenário da Corte abandonou o entendimento que exclui as “entidades de classe de segundo grau” do rol dos legitimados a ação direta. Reputou-se que “o conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito³⁹”.

E ainda, também como ocorre na ação direta, a perda de representação no Congresso Nacional pelo partido político autor da arguição, implica na sua ilegitimidade ativa superveniente, exceto na hipótese em que a perda de representação ocorrer depois de já iniciado o julgamento da ação em Plenário.

³⁷ ADI 2.396-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, 23.09.2001.

³⁸ TALAMINI, Eduardo, In *Processo e Constituição*, FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, ARRUDA ALVIM, Teresa (org.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.33.

³⁹ ADI 3.153-AgR/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.08.2004.

Questão certamente interessante é o veto do Presidente da República ao inciso II, do art. 2º, conjugado com seu § 2º, que atribuía legitimidade ativa a qualquer pessoa que se visse lesada ou ameaçada de lesão em virtude de ato do Poder Público.

A primeira vista, não se vislumbra inconstitucionalidade na limitação da legitimidade ativa para a arguição de descumprimento aos legitimados para a ação direta. Pois, pode-se se entender que a Constituição estabeleceu apenas os aspectos fundamentais da arguição (instrumento de controle concentrado da compatibilidade entre os atos infraconstitucionais e preceitos fundamentais da Constituição), atribuindo toda a disciplina à legislação infraconstitucional. O elenco restrito de legitimados não é incompatível com os traços essenciais ditados pela Constituição. A regra poderia ter sido mais ampla – e também nisso não haveria inconstitucionalidade. Mas, nos termos em que posta, é constitucional.

Porém, o referido veto presidencial grande impacto na doutrina e interpretações antagônicas quanto aos seus efeitos. Podem-se identificar duas correntes. A primeira, liderada por Walter Rothenburg, salienta que:

“o veto legislativo que excluiu a legitimação ativa popular amputou, na prática, uma das virtudes e talvez o maior sentido da arguição, que era a possibilidade de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público suscitar incidentalmente o descumprimento de preceito fundamental e levar a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal. A modalidade indireta de arguição só poderá ser utilizada por quem pode propor arguição direta desde logo⁴⁰”.

A contrariu sensu, o doutrinador André Ramos Tavares possui uma visão diferente, argumentado que o veto não teria produzido efeitos práticos:

‘o veto criado pelo Executivo, quanto à possibilidade de propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada, não surtiu efeitos práticos, posto que a natureza da arguição indireta exige um sistema de legitimados que seja diverso daquele engendrado para a ação autônoma de arguição. Assim, a arguição incidental só será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal se originária for de um processo judicial já instaurado no qual se

⁴⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental in arguição de descumprimento de preceito fundamental – Análises à luz da Lei 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, p.222.

converta sobre questão constitucional que envolva preceito fundamental, desde que seja apresentada a arguição por alguma das partes interessadas⁴¹.”

Segundo Barroso⁴², parece indiscutível a constatação de que a interpretação que prevaleceu, e sendo orientação pacífica no Supremo Tribunal Federal, que reiteradamente mega conhecimento a arguições formuladas por sujeitos não incluídos no rol de legitimados para a ação direta, conduz a um esvaziamento da arguição incidental. Contudo, o meritório esforço de argumentação desenvolvido não é capaz de derrotar a conseqüência inexorável do veto presidencial, sem embargo da preferência que a doutrina, de maneira geral, nutria pela fórmula constante do projeto aprovado⁴³.

Desse modo, restando ao interessado não revestido de legitimidade, requerer ao Procurador Geral da República a propositura da arguição. Caberá então ao Procurador Geral se promove ou não, na forma do § 1º, do art. 2º da Lei 9.882/99, sendo sua decisão soberana, pois vetou-se também o § 2º, do art. 2º da mesma lei, que atribuía ao interessado o direito de formular uma representação, perante o Supremo Tribunal, contra a decisão do Procurador Geral de não promover a arguição.

No tocante a legitimação passiva, como destacado, que se tratando de processo objetivo não há que se falar em partes, inobstante a incumbência do órgão ou agente ao qual se imputa a violação do preceito fundamental de prestar informações, a exemplo do que ocorre com os demais processos objetivos. Até mesmo na arguição indireta não se têm partes materialmente compostas. Neste caso, argüente e argüido não atuam na defesa de interesses próprios. Transferida do controle difuso para o concentrado, a ADPF incidental interessa a todo o ordenamento jurídico, transcendendo o alcance do pedido originário, já que a decisão em sede de ADPF tem efeito obrigatório para todos, o que não ocorre em sede de controle difuso.

Isso não quer dizer que o princípio da ampla defesa restara prejudicado, pelo contrario. A lei prevê para o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade que a

⁴¹ TAVARES, André Ramos, *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 72.

⁴² BARROSO, Luís Roberto, *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 233.

⁴³ Inúmeros precedentes do STF rejeitaram legitimidade de pessoa que não conste do elenco do art. 103 da CRFB: ADPF 11 (Rel. Min. Sydney Sanches – 06.02.2001), ADPF 20 (Rel. Min. Maurício Corrêa – 15.10.2001), ADPF 29 (Rel. Min. Carlos Velloso – 11.03.2002).

norma impugnada tenha a sua defesa técnica elaborada de forma indeclinável pelo Advogado-Geral da União, conforme se demonstrará mais à frente, no momento oportuno.

4.4. Objeto

No que tange ao objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/99, cabe a arguição para evitar ou repara lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

No entanto, como nos diz o professor Luís Roberto Barroso, determinados atos privados devem ser equiparados aos praticados por autoridades públicas, como os executados por entidades privadas que agem mediante delegação do Poder Público.

Para melhor entendermos a questão, nas palavras do Mestre:

“Com base em doutrina e em jurisprudência desenvolvidas, sobretudo em relação ao mandado de segurança, determinados atos privados devem ser equiparados aos praticados por autoridades públicas. Incluem-se nessa categoria aqueles executados por entidades privadas que agem mediante delegação do Poder Público, sejam as controladas pelo Estado ou as titularizadas exclusivamente por particulares. É o que se passa, por exemplo, com os concessionários de serviços públicos, não por seus atos de gestão, mas por aqueles que envolvem desempenho de parcela de competência pública. Também os dirigentes de entidades privadas de ensino praticam, em determinadas circunstâncias, atos de natureza pública⁴⁴”.

Como não poderia deixar de ser, este entendimento de que os atos privados são suscetíveis de controle de constitucionalidade pelo instrumento de arguição de descumprimento de preceito fundamental não é pacífico. A doutrina diverge quanto a tal possibilidade.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p.234.

Pela inviabilidade, Guilherme Pena de Moraes, frisa que é afastada, a princípio, a possibilidade de se alegar o descumprimento de preceito fundamental face as entidades privadas. A atitude lesiva deve ocorrer, portanto, de ato do Poder Público, o que por si só constitui uma limitação às virtualidades do instituto⁴⁵.

Em sentido contrário, na mesma linha de Barroso, sustentando que os atos privados são suscetíveis de controle através de arguição de descumprimento de preceito fundamental, Daniel Sarmiento expõe que:

“a expressão ato do Poder Público, empregada pelo legislador, deve ser compreendida no seu sentido mais lato, e alcança também, em nosso entendimento, atos de particulares que agem investidos de autoridade pública. Parece-nos, neste particular, perfeitamente cabível a analogia com o mandado de segurança, que pode também ser impetrado contra atos de pessoas jurídicas de Direito Privado, no exercício de atribuições de Poder Público⁴⁶”.

Importante destacar que após o advento da Lei 9.882/99 foi possível impugnar atos municipais, pois a Constituição de 1988 autorizou o constituinte estadual a instituir o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição estadual. Subsistia, porém, ampla insegurança, em razão da falta de um mecanismo expedito de controle de constitucionalidade do direito municipal frente à Constituição Federal.

Como bem salienta o Ministro Gilmar Mendes “a Lei 9.882/99, veio em boa hora, contribuir para a superação dessa lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial⁴⁷”.

Quanto a isso a ADPF é inovadora, pois fez nascer o direito de controle abstrato e concreto nestas hipóteses específicas, o que já afasta a aplicação do princípio da subsidiariedade, conforme supracitado.

Neste mesmo diapasão, Barroso chega a seguinte conclusão:

⁴⁵ PEÑA, Guilherme, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2006, p. 67.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel, *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental* in Revista de Direito Administrativo, n 224, 2001, p. 101.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1159.

“Também por aplicação da regra da subsidiariedade, será cabível, em tese, a argüição de descumprimento de preceito fundamental tendo por objeto o reconhecimento da constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal. É que, como assinalado, a ação declaratória de constitucionalidade somente poderá ter por objeto lei ou ato normativo federal, havendo espaço, portanto, para a argüição, sem que haja superposição⁴⁸”.

Sendo assim, uma lei orgânica de um município poderá ser objeto de argüição, quando seu conteúdo afrontar preceito fundamental, o que não era possível com as outras ações constitucionais. A ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto o controle de validade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Já a ação declaratória de constitucionalidade tem como objeto tão somente lei ou ato normativo federal. Daí porque se falar em inovação.

Ainda quanto às peculiaridades da argüição de descumprimento de preceito fundamental, e na espera do já citado princípio da subsidiariedade, é sabido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o direito pré-constitucional, isto é, toda norma infraconstitucional preexistente à Constituição, e incompatível com ela, fica automaticamente revogada, retirando a possibilidade de se atacar uma norma não vigente. O raciocínio é simples. Não haveria sentido em admitir uma ação direta destinada a retirar do ordenamento jurídico uma norma que já não o integra⁴⁹.

Todavia, na prática surgem inúmeras situações em que a dúvida acerca da compatibilidade ou não da norma anterior com a Constituição conduz à incerteza, fazendo com que sejam proferidas decisões controvertidas pelos tribunais afora do nosso país, resultando, é claro, no acúmulo de recursos interpostos à Suprema Corte.

Em virtude disso, o Ministro Sepúlveda Pertence liderou esforço pela possibilidade de se ter como objeto da ação direta de inconstitucionalidade normas infraconstitucionais anteriores à Constituição. É o que podemos extrair de um voto seu em sede de ação direta de inconstitucionalidade:

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 236.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 238.

“Não nego a paridade de efeitos substanciais entre a concepção da inconstitucionalidade superveniente e a da ab-rogação pela Constituição nova do direito pré-constitucional ordinário com ela incompatível. (...) Prefiro-a (a tese da inconstitucionalidade) àquela da simples revogação, porque entendo que a consequência básica da sua adoção – o cabimento da ação direta – é a que serve melhor às inspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Reduzir o problema às dimensões da simples revogação de norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior – se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade – , redundaria em fechar-lhe a via de ação direta. E deixar, em consequência, que deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juizes e tribunais de todo o país, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada, pelas vias freqüentemente tortuosas do sistema de recursos⁵⁰”

Daí a razão da argüição de descumprimento de preceito fundamental preencher um vazio relativamente à sindicabilidade dos atos normativos anteriores à Constituição, como explicitado na parte final do art. 1º, parágrafo único, II, mas válido para a argüição autônoma ou incidental.

Insta salientar a jurisprudência antiga e constante do Supremo Tribunal Federal no sentido de rejeitar o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos secundários, como são os regulamentos, portarias, resoluções, instruções, etc. O raciocínio da Corte é de que se o conteúdo do ato regulamentar exorbita dos limites que se pode extrair da lei, a questão é de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade.

Embora a jurisprudência acima mencionada nunca tenha perdido a força na Corte Máxima, a doutrina já há algum tempo vem criticando este entendimento. Segundo o jurista Clémerson Clève, “o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação de poderes⁵¹”.

Frise-se que o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional contemplava o cabimento da ADPF em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das Casas Legislativas ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de

⁵⁰ STF, DJU, 21.11.1997, p. 60585, ADIN 2, Rel. Min. Paulo Brossard.

⁵¹ CLÈVE, Clémerson, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p.212.

elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição (art. 1º, parágrafo único, II, da lei 9.882/99). Contudo tal dispositivo foi vetado, fundamentando-se na criticada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que considera insuscetível de controle jurisdicional as questões referentes à alegação de violação das normas regimentais relativas ao processo legislativo, por tratar-se a questão de matéria interna *corporis* do Congresso Nacional.

Atente-se para o fato de que o Supremo, em vários dos seus julgados dá grande valor ao princípio da separação dos poderes. Parece que o intérprete Maximo da Constituição tem certo receio de ser acusado de usurpador de poderes.

5. PROCESSO E JULGAMENTO

5.1. Procedimento para a propositura da ação

O procedimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental é regido pela Lei 9.882/99, com aplicação subsidiária da Lei 9.868/99, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Endereçada ao Supremo Tribunal Federal, a petição inicial deverá ser apresentada em 2 vias e preencher alguns requisitos sob pena de ser indeferida liminarmente por tal inobservância ou por flagrante inépcia. Tais requisitos são: (i) indicação do preceito fundamental que se considera violado; (ii) indicação do ato questionado; (iii) a prova da violação do preceito fundamental; (iv) formular o pedido com suas especificações; e (v) a demonstração da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que funciona como parâmetro de controle de constitucionalidade, quando suscitada direta ou incidentalmente (art. 3º, da Lei 9.882/99). E, ainda, a petição inicial deverá ser acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, cópia do ato questionado e dos demais documentos necessários para fundamentar a argüição.

Como assegura Eduardo Talamini, no processo da ação direta, o Supremo Tribunal Federal não fica vinculado aos fundamentos apresentados pelo autor da ação para sustentar a inconstitucionalidade. Está livre para apreciar ainda outros fundamentos que traga ao processo de ofício, seja para acolhê-los, seja para rejeitá-los,⁵² contudo também não poderá examinar a constitucionalidade de outras normas que não as extraíveis das disposições especificamente impugnadas pelo autor da ação direta. Em suma, a vinculação põe-se relativamente às disposições normativas indicadas na inicial da ação direta, mas não em relação aos possíveis

⁵² Nesse sentido, v. ADI 2396-MC, Min. Ellen Gracie, DJU 14.12.2001.

fundamentos da inconstitucionalidade de tais disposições. Essas duas diretrizes são igualmente aplicáveis à arguição de descumprimento de preceito fundamental⁵³.

Importante ressaltar que da decisão do relator que indeferir liminarmente a inicial, caberá agravo no prazo de 5 dias ao Plenário (art. 4º, § 2º da Lei 9.882/99). Os motivos de um eventual indeferimento podem ser muitos. De acordo com tudo o que já foi dito, percebe-se que o ministro relator do processo pode entender que existe outro meio que não a arguição de descumprimento de preceito fundamental idôneo a cessar a lesão aduzida na inicial. Neste caso, o argüente não teria ultrapassado a exigência extraída do princípio da subsidiariedade. E em razão do que foi exposto anteriormente, decisões nessa linha não são incomuns.

Ainda, como bem lembrado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, especialista em direito constitucional, ao contrário da Lei 9.868/99 (ADI e ADC), não se prevê na disciplina da ação de descumprimento de preceito fundamental proibição expressa de desistência. Tendo em vista, porém, o caráter igualmente objetivo desse processo e seu manejo na defesa de interesse público geral, é provável que o Supremo venha a adotar entendimento semelhante em relação a essa ação especial⁵⁴.

O que se extrai das referidas leis é que, se não houver pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado, no prazo de 10 dias. Se entender necessário, o relator poderá ouvir as partes dos processos que ensejaram a arguição, que, como visto, não são partes no processo objetivo da ADPF.

O art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99 faculta ainda ao relator a possibilidade de nova requisição de informações, de designação de perito, para que emita parecer sobre a questão e de fixação da data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Nada tem de estranhável a previsão de produção de provas em processo de controle direto de constitucionalidade. A idéia de que as causas de controle direito são “meramente de direito” não é de todo acertada, tendo em vista que há previsão idêntica na disciplina da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868/99, arts. 9º, §§ 1º a 3º, e 20, §§ 1º a 3º).

⁵³ TALAMINI, Eduardo, In *Processo e Constituição*, FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, ARRUDA ALVIM, Teresa (org.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.35.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.1172.

É de extrema importância destacar as participações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República no processo e julgamento da ADPF, uma vez que suas atribuições, além de previstas em lei, dão aos processos a garantia de equilíbrio para a relação jurídica e de fiscalização da lei.

Como é sabido, as leis vigentes em nosso ordenamento jurídico gozam de presunção de constitucionalidade. Também já foi observado que em se tratando de processo objetivo não há que se falar em partes. Desta forma, argüida a inconstitucionalidade de uma lei, haveria manifesto desequilíbrio na relação jurídica se não existisse um protetor da norma. Daí porque, o Advogado-Geral da União fazer a defesa da norma em todos os processos objetivos que puderem resultar em declaração de inconstitucionalidade. Tal função atípica deverá ser exercida de forma indeclinável, em virtude do exposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República:

“(…) § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Assim, o Advogado Geral da União, pugnado pela presunção de constitucionalidade, atuará na ADPF quando o objeto da ação for ato normativo e seu julgamento puder resultar em declaração de inconstitucionalidade. Agora, se o ato questionado do Poder Público não for normativo, ou seja, não for dotado de generalidade, abstração e obrigatoriedade, como por exemplo, os atos administrativos, a presença do Advogado-Geral da União fica dispensada, visto que, neste caso, a autoridade responsável por aquele ato ficará incumbida de exercer a defesa da constitucionalidade.

Seguindo por esta mesma linha de raciocínio, o Advogado-Geral da União também não funciona nas ações declaratórias de constitucionalidade, bem como nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, por motivos lógicos e diferentes. Na primeira, porque não há necessidade de que a norma sob controle seja defendida, o próprio autor da ação fará a argumentação no sentido de sua manutenção na ordem jurídica. Na segunda, por que não há

ato normativo a se defender, já que a pretensão é a declaração da omissão, constituindo em mora o legislador.

Na qualidade de órgão interveniente, o Procurador-Geral da República tem a conhecida função de fiscal da lei. Somando-se a isso, o art. 103, § 1º, da Carta Magna dispõe que o mencionado órgão interveniente “deverá previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Procurador-Geral da República tem dupla função. É legitimado ativo, conforme se depreende do rol exposto no art. 103 da Constituição, e o principal destinatário da representação popular, em razão do veto presidencial supracitado a propositura da ADPF por qualquer cidadão.

Tratando da participação destes dois órgãos nos processos de julgamento da ADPF, Zeno Veloso leciona com clareza:

“Afirmar-se que, malgrado os arts. 5º, § 2º, e 7º, parágrafo único, da Lei 9.882/99 permitam a atuação do Advogado-Geral da União nas hipóteses de medida liminar, assim como possibilitem a intervenção do Procurador-Geral da República nas hipóteses em que o Ministério Público não figure como requerente, o primeiro deve atuar na defesa de todos os atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais, bem como o segundo deve intervir em todos os processos instaurados em razão do exercício da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ainda, que o *Parquet* funcione como agente (parte), como prescreve o art. 103, § 1º e § 3º da CRFB⁵⁵”.

Outrossim, é preciso destacar que, malgrado a arguição de descumprimento de preceito fundamental não admita intervenção de terceiros, como previsto no art. 7º da Lei 9.882/99, o legislador previu a participação no processo (art. 7º da Lei 9.882/99), através da apresentação de petição ou memorial, de quem não seja parte, mas, segundo as palavras de Barroso, “tenha legítimo interesse no resultado da ação”. Trata-se da figura do *amicus curiae*, originária do direito norte-americano, possuindo inegável valor nas ações de controle concentrado, qual seja, a de levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal informações que a sociedade possui sobre a norma ou ato que está sofrendo e suas repercussões práticas. Não deixa de ser

⁵⁵ VELOSO, Zeno, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 322.

uma forma de democratização da jurisdição constitucional, uma vez que o cidadão comum não goza de legitimidade para a propositura das ações do sistema concentrado.

Poderá atuar como *amicus curiae* órgão ou entidade representativa de segmentos da sociedade que tenha interesse na boa decisão. Por isso são chamados de “amigos da justiça”.

Assim, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Percebe-se, então, que a participação do *amicus curiae* não constitui direito subjetivo, ficando, na verdade, à discricionariedade do relator. E, em princípio, o pedido para habilitação há de se fazer no prazo das informações. Entretanto, ressalta-se que na ADPF 33, admitiram-se como *amicus curiae* as partes dos processos originários, a despeito de o pedido de participação ter-se verificado após o parecer da Procuradoria-Geral da República⁵⁶.

Tal como na ação declaratória de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o *amicus curiae* tanto podem apresentar manifestação escrita como fazer sustentação oral (art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei 9.882/99).

5.2. Medida de urgência

O art. 5º da Lei 9.882/99 prevê a possibilidade de o argüente requerer na petição inicial medida liminar. O deferimento dessa medida na argüição de descumprimento de preceito fundamental submete-se aos dois requisitos normalmente postos para a tutela de liminares: relevância dos fundamentos da argüição e perigo de danos de difícil reparação.

⁵⁶ ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 07.12.2005.

Seu deferimento depende do voto da maioria absoluta de seus membros, vale dizer, seis ministros, como previsto no *caput* do art. 5º. Mas diferentemente do estabelecido para a ação direta de inconstitucionalidade, não há imposição de quorum para deliberação⁵⁷.

A disciplina da argüição de descumprimento diferencia-se ainda mais da aplicável à ação direta no ponto em que autoriza a concessão de medida urgente pelo relator, *ad referendum* do plenário, não apenas nos períodos de recesso, mas também em casos de urgência ou perigo de lesão grave (§ 1º, do art. 5º da Lei 9.882/99).

Como exemplo, temos o caso da famosa ADPF 54, sob relatoria do Min. Marco Aurélio, que, sob alegação de extrema urgência e com fulcro nos art. 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e do citado art. 5º, § 1º, concedeu medida liminar que provocou larga repercussão em nosso país. A questão da antecipação do parto em caso de fetos anencéfalos provocou amplo debate na opinião pública. Nela se determinava tanto o sobrestamento dos processos ainda não transitados em julgado, como o reconhecimento do direito constitucional e de as gestantes submeterem-se ao parto terapêutico. Ante a relevância da decisão e a oportunidade de exemplificar o alcance da medida liminar, insta transcrever parte do texto decisório⁵⁸:

“Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processo em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considera a recorribilidade. O poder de cautela é insito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Dão o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-ser com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico

⁵⁷ Na ação direta, o órgão pleno apenas pode deliberar sobre o tema quando presentes pelo menos oito Ministros – Lei 9.868/99, art. 10 c.c. o art. 22.

⁵⁸ ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, 01.07.2004.

atestando a deformidade e anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie⁵⁹”.

Nesse sentido, antes de examinar o pedido de medida liminar ou de remeter a questão à apreciação do plenário, o relator poderá ouvir as autoridades responsáveis pelo ato, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República em cinco dias (art. 5º, § 2º da Lei 9.882/99).

Ainda, como bem explicitado na decisão do Min. Marco Aurélio, além da possibilidade de decretar a suspensão direta do ato impugnado, admiti-se na liminar da arguição de descumprimento de preceito fundamental de que os juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na ação (art. 5º, § 3º). Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar. Dessa forma, a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial⁶⁰.

5.3. A decisão e seus efeitos

5.3.1. Decisão final

A decisão final da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme estabelece o art. 8º, da Lei 9.882/99, somente será tomada se estiverem presentes pelo menos dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o que corresponde a oito

⁵⁹ Em que pese o esforço do Min. Marco Aurélio, o Plenário do Supremo Tribunal Federal revogou a última parte da decisão, no tocante ao reconhecimento de gestantes submeterem-se ao parto terapêutico, restando válido o sobrestamento dos processos.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1174.

ministros. A lei não estabelece quorum qualificado para a votação, porém se houver necessidade de declaração de inconstitucionalidade de ato do Poder Público que tenha descumprido preceito fundamental, nos termos do art. 97 da Constituição, haverá necessidade de maioria absoluta, isto é, 6 membros.

Cabe salientar que houve veto presidencial aos §§ 1º e 2º do art. 8º do projeto aprovado no Congresso Nacional, que previam que a decisão pela procedência ou improcedência do pedido deveria ser tomada por quorum mínimo de dois terços. A restrição desproporcional à celeridade, a capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal, tudo no tocante à idéia de que tal exigência superaria o quorum de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, serviram de fundamento para o veto.

A doutrina foi segura em concordar com tal veto. Como destaca Eduardo Talamini, é de se concordar com o fundamento do veto, pois, exigir oito votos em um sentido ou em outro, para que se tivesse um resultado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, seria mesmo despropositado. Na ação direta e na ação declaratória exigem-se seis votos para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade (art. 23 da Lei 9.868/99). Trata-se de número mais razoável. Basta considerar que, na normalidade dos casos em que nenhum Ministro está impedido de votar, já haverá necessariamente os seis votos em um sentido ou outro. Já a exigência de oito votos tenderia a estabelecer com frequência situações de impasse a complicações operacionais, como convocação de Ministros do Superior Tribunal de Justiça⁶¹.

Conforme insculpido nos arts. 10 e 11, da Lei 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal poderá julgar a ADPF de três formas: (i) definindo qual é a correta interpretação do preceito fundamental supostamente violado; (ii) determinando a correta aplicação do preceito fundamental; e (iii) declarando inválido o ato violador do preceito fundamental.

Julgada a ação, deverá ser feita comunicação às autoridades responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se, se for o caso, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental e cumprimento imediato da decisão.

⁶¹ TALAMINI, Eduardo, In *Processo e Constituição*, FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, ARRUDA ALVIM, Teresa (org.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.38.

A decisão final que julgar procedente ou improcedente o pedido é irrecurável, e não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 12, da Lei 9.882/99), tendo, ainda, eficácia *erga omnes* e força vinculante (art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99). Vale dizer: aplica-se a todos os jurisdicionados, e não apenas aos que figuraram como partes. Além disso, deve ser obrigatoriamente seguida pelos demais órgãos do Poder Público. Todos os demais juízes e tribunais estão vinculados ao quanto decidido na arguição. Todos os órgãos e agentes da Administração Pública devem lhe dar pronta e integral aplicação. Cabendo, inclusive, reclamação perante o Supremo Tribunal Federal contra o descumprimento da decisão (art. 13 da Lei 9.882/99).

Importante observar que até 2002, prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a reclamação somente poderia ser proposta pelos legitimados do art. 103da Constituição. A partir de 2002 houve um movimento contrário admitindo que qualquer pessoa que esteja sofrendo prejuízo pela não observância do efeito vinculante possa provocar a Suprema Corte por meio de reclamação.

5.3.2 Efeitos da decisão

Quanto aos efeitos temporais da decisão em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, deve-se frisar a discussão doutrinária acerca da possibilidade do Supremo Tribunal Federal manipulá-los de acordo com o interesse social e a segurança jurídica, conforme reza o art. 11, da Lei 9.882/99:

“Art. 11 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista as 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”.

A questão que surge é que, como todo processo objetivo, a decisão do pedido principal da arguição tem efeito *ex tunc*, isto é, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o efeito desta declaração retroage para atingir a norma quando ela entrou em vigor, já que a inconstitucionalidade ataca o plano de validade da norma. Todavia, com o advento da Lei 9.868/99 e a ratificação da Lei 9.882/99, tornou-se possível que o Supremo Tribunal Federal venha a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dando eficácia apenas a partir de seu trânsito em julgado, o chamado efeito *ex nunc*, ou de outro momento que venha a ser fixado, efeito prospectivo.

Não há dúvida que tal discricionariedade possui relevância no julgamento das ações de inconstitucionalidade, eis que, em certos casos, insistir na retroação dos efeitos da decisão ocasionaria em absurdos jurídicos.

A título de exemplo, novamente recorreremos a ADPF 54, que trata dos fetos anencefálicos, visto que, em decisão monocrática amparada pelo § 1º, do art. 5º, da Lei 9.882/99, o Ministro Marco Aurélio deferiu medida liminar garantindo o direito constitucional das gestantes de fetos anencefálicos de submeterem-se ao parto terapêutico. Mais tarde, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por não referendar a decisão do Ministro Marco Aurélio. Assim, se não houvesse a possibilidade de manipulação dos efeitos temporais da arguição de descumprimento, tal decisão teria efeito *ex tunc*, de modo que aqueles partos a que se submeterem as gestantes tornar-se-iam fatos típicos e antijurídicos, independente da autorização judicial. Com a previsão legal, não obstante a reificação da decisão monocrática, o Supremo Tribunal Federal manipulou os efeitos temporais de sua própria decisão, dando, a estes, efeito *ex nunc*, liberando de eventuais penalidades aquelas gestantes que se apoiaram na autorização do Ministro Marco Aurélio.

Refletindo sobre o tema, Ricardo Lobo Torres, citado por Guilherme Pena, percorre a idéia da ponderação no controle de constitucionalidade:

“havia um impasse no direito brasileiro concernente à eficácia, no tempo, da declaração de inconstitucionalidade da lei. Adotava-se o sistema da eficácia *ex tunc* por influencia da tradição americana, embora conhecesse o País o sistema de controle de origem européia, que se abriu também para a eficácia *ex nunc*, com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. A Lei nº 9.868/99 – e a Lei nº 9.882/99 – veio a superar tal dificuldade, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal determine em cada caso a eficácia, no tempo, da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade – e na arguição de descumprimento de preceito fundamental –, com sopesar os argumentos relativos à segurança jurídica, às necessidades do Estado e ao interesse social⁶²”.

Mister se faz ressaltar que a doutrina ainda discute a manipulação dos efeitos temporais das ações de inconstitucionalidade. De um lado, André Ramos Tavares leciona pela constitucionalidade de tal previsão com o seguinte entendimento:

“A graduação (dimensionamento) temporal das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental e, de resto, em sede de qualquer processo objetivo, é poder que se insere, naturalmente, nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária previsão constitucional expressa. Se a constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há de se considerar que relegou a questão à prudente discricionariedade do Tribunal⁶³”.

Apenas pela singularidade do antagonismo das posições, temos, de outro lado, juristas com perfil mais conservador, como Ives Gandra da Silva Martins, citado por Barroso que discorre pela inconstitucionalidade no seguinte sentido:

“Se a norma tiver sido afastada do cenário jurídico nacional pelo vício maior da inconstitucionalidade, não há como considerar seus efeitos válidos, como se constitucional fosse no passado ou – o que é pior – mantê-los com validade ainda por certo período de tempo, como ocorre no Direito Germânico, de conformação diversa do Direito Brasileiro (...). Parece-me, pois, inconstitucional o art. 11, que pretende, contra a jurisprudência da Suprema Corte e de toda a tradição do Direito Brasileiro, dar eficácia de norma constitucional à lei declarada definitivamente inconstitucional,

⁶² PEÑA, Guilherme, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2006, p. 273.

⁶³ TAVARES, André Ramos, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001, p.389.

atribuindo efeito ex nunc à decisão que declara a inconstitucionalidade ou ainda postergando tal efeito para o futuro⁶⁴”.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 200, p.248.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o desígnio de efetuar uma abordagem sobre a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sem esgotar o tema e sem se aprofundar demasiadamente em "especulações" que a medeiam.

Ante tudo o que foi dito, percebe-se que houve grande prejuízo para o sistema jurídico constitucional brasileiro durante o período em que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no texto original da Constituição de 1988, permaneceu eficaz, até o advento da Lei 9.882/99.

A Constituição foi inexplicavelmente lacônica quando dispôs da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois sequer ofereceu parâmetros para a definição do que seriam preceitos fundamentais.

Parece, ainda, que não satisfeito com a omissão durante tantos anos, o legislador não tratou este instrumento de controle de constitucionalidade com a devida atenção que merecia, instituindo uma deficiente regulamentação. Perdeu-se a oportunidade de introduzir-se no Brasil uma verdadeira e efetiva via destinada à tutela de princípios e direitos fundamentais.

Com a latente deficiência da Lei 9.882/99, nota-se que o legislador, de forma negligente, transferiu para a jurisprudência a incumbência de delinear os contornos do instituto em questão, de forma que o futuro da arguição de descumprimento de preceito fundamental está somente nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

Malgrado a limitação prática imposta ao instituto da arguição de descumprimento, não há como negar que houve um avanço no sistema constitucional de controle. Inovações no sentido de possibilitarem a impugnação de atos normativos municipais e de atos infralegais deram novo alcance ao controle de constitucionalidade brasileiro. Não se pode olvidar que o direito pré-constitucional também figura como possível objeto da ADPF, preenchendo, assim, um grande vazio no ordenamento jurídico nacional, já que a teoria da não recepção ocasiona considerável incerteza jurídica.

O instituto da ADPF está em formação na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ele ainda causa perplexidades, mas na leitura das decisões da nossa mais alta corte, alguns pontos já estão assentados, tais como: (i) trata-se de um processo de controle objetivo; (ii) o Supremo Tribunal Federal definiu o que compreende por preceitos fundamentais de forma ampliativa, de tal modo que possa colocar como parâmetro de controle grande parte da Constituição; (iii) caberá a arguição de descumprimento de preceito fundamental sempre que nos couber outro processo de controle abstrato.

Dessa forma, percebemos que a ADPF foi transformada em uma ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. Isso aumenta a concentração de poder, com as desvantagens desse fato e especialmente porque grande parte do direito anterior à Constituição pode ser questionado sem limite temporal.

Convém ainda lembrar o caráter residual da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que traduz a idéia que esta não será cabível quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Ora, se é necessário que se esgotem todas as vias normais de controle jurisdicional de constitucionalidade, fica difícil vislumbrar a pertinente aplicação do instituto, acarretando, mais uma vez na incerteza jurídica.

Finalmente, pode-se concluir que não há como afastar um receio quanto ao sucesso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, inobstante suas promissoras inovações. A inegável apreensão surge da bifurcação que se apresenta à frente da ADPF. De um lado, o vale dos instrumentos jurídicos eficazes, daqueles que traçaram novos rumos e enriqueceram o sistema jurídico do país. De outro, o deserto dos institutos jurídicos esquecidos, daqueles que não cumpriram seus anseios e foram preteridos, lembrados apenas pela teoria. Na direção propulsora deste veículo composto de conteúdo altamente axiológico, com o encargo de traçar o rumo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a nossa mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto, **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 2006.
- BINEMBOJM, Gustavo, **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Saraiva, 1999.
- CLÉVE, Clemerson Merlin, **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- FRANÇA JÚNIOR, Fausto de, **A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF**, disponível em www.boletimjuridico.com.br. Acesso em 15 de outubro de 2008.
- FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, ARRUDA ALVIM, Teresa (org.), **Processo e Constituição**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- JURISPRUDÊNCIA, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25 de outubro 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança**, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito de Constitucional**, São Paulo, Saraiva, 2008.
- MORAES, Guilherme Peña, **Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.
- MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, São Paulo, Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de, **Comentários à Lei 9.882/99 ADPF in ADPF – análise à luz da Lei 9.882/99**, São Paulo, Atlas, 2001.
- ROTHENBURG, Walter Claudius, **Arguição de descumprimento de preceito fundamental in arguição de descumprimento de preceito fundamental – Análises à luz da Lei 9.882/99**, São Paulo, Atlas, 2001.
- SARMENTO, Daniel de Moraes, **Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental in Revista de Direito Administrativo**, nº 224, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib, **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos, **Tratado da arguição de preceito fundamental**, São Paulo, Saraiva, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, **A arguição de descumprimento de preceito fundamental** in “O Magistrado”, Jan./Mar. 2001. Disponível em <http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discursohomenagem.htm>. Acesso em 28 de outubro de 2008.

VELOSO, Zeno, **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.