

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
VIRTUALIDADES INEXPLORADAS E PROPOSTAS *DE LEGE FERENDA*.

HERCÍLIO DE AZEVEDO AQUINO

BRASÍLIA-DF

2006

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
VIRTUALIDADES INEXPLORADAS E PROPOSTAS *DE LEGE FERENDA*.

MONOGRAFIA APRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL
PARA A CONCLUSÃO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO PÚBLICO NO INSTITUTO BRASILIENSE DE
DIREITO PÚBLICO.

ORIENTADOR: PROF. **GILMAR FERREIRA MENDES**

BRASÍLIA-DF

2006

Sumário

Introdução, 6

Metodologia, 8

CAPÍTULO I - Síntese do Hodierno Controle de Constitucionalidade no Brasil, 8

1.1. Controle incidental e perspectiva de alteração, 9

1.2. Previsão constitucional e Infraconstitucional, 12

1.3. Competência e legitimidade, 15

1.4. Campo material ou Objeto, 19

1.5. Tutela cautelar, 21

1.6. Decisão final e seus efeitos, 23

CAPÍTULO II – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 26

2.2. Origens da lei arguição de descumprimento de preceito fundamental, 26

2.3. A controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei 9.882/99, 27

2.4. Características Processuais, 28

2.5. A ADPF na jurisprudência do STF, 29

2.6. Legitimidade para argüir o descumprimento de preceito fundamental, 31

2.7. Controvérsia judicial ou jurídica nas ações de caráter incidental, 33

2.8. Inexistência de outro meio eficaz: princípio da subsidiariedade, 34

2.9. Objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, 37

2.9.1. Direito pré-constitucional, 37

3. O controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal, 40

3.1. Pedido de declaração de constitucionalidade (ação declaratória) do direito estadual e municipal e argüição de descumprimento, 41

3.2. A lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial, 41

3.3. A violação da Constituição como descumprimento para fins de cabimento da argüição constitucional, 42

3.4. O julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental, 43

3.5. Parâmetro de controle, 45

3.6. Preceito fundamental e princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar, 50

3.7. Procedimento, 51

3.8. Requisitos da petição inicial e admissibilidade das ações, 51

3.8.1. Informações e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, 53

3.8.2. Intervenção de terceiros e *amicus curiae*, 54

3.8.3. Apuração de questões fáticas e densificação de informações na ação de

descumprimento de preceito fundamental, 54

3.8.4. Medida cautelar, 55

3.8.5. Técnicas de decisão, efeitos da declaração de inconstitucionalidade, segurança e estabilidade das decisões, 56

4. Conclusão, 57

5. Referências Bibliográficas, 67

Introdução

O presente estudo visa demonstrar as virtualidades e apresentar propostas *de lege ferenda* a esse prodigioso instituto a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com vistas à racionalização do sistema brasileiro. A ADPF teve sua

origem na colaboração intensa de notáveis juristas, dentre eles: os Professores Celso Ribeiro Bastos, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes. Este instituto veio ampliar o controle de constitucionalidade, dando a necessária ênfase à defesa dos preceitos fundamentais, especialmente nos casos ainda não amparados pelos outros meios de controle concentrado de constitucionalidade. Além de permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, a ADPF poderá ser utilizada para solver controvérsia sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da Constituição Federal que, anteriormente, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Ademais, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

A argüição de descumprimento, tal como formulada na Lei n. 9.882, de 1999, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um recurso de amparo (sistema espanhol) ou de uma *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional – sistema alemão) autônoma no Direito brasileiro, como assinalou o Professor Gilmar Ferreira Mendes.¹

Como se pode ver, o novo instituto introduziu profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis ou atos concretos.

O instituto permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

Poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição, que, anterior a Lei n. 9.882/1999, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Aula ministrada no Instituto de Direito Público, curso de pós-graduação em direito público, 15.12.2006.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos processos objetivos, em face de a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, proporcionarão a direção escoreita para o juízo, mormente sobre atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades municipais.

O novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal.

Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a argüição de descumprimento de preceito fundamental revela-se, em verdade, o novo instituto que vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal. Nessa medida questões relevantes, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, serão objeto de exame no âmbito do novo instituto.

O tema é, pois, de grande atualidade e de relevância para o estudioso e para o profissional do Direito. Ante as perspectivas, serão focalizados, ao lado da legislação vigente, da teoria doutrinária e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os rumos indicados pelo singular instituto. Bem assim as propostas *de lege ferenda* sinalizadas pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes com vistas à racionalização do sistema.

Metodologia

Dessa forma, esclareça-se que à análise do processo objetivo, especialmente quanto a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, fixará no tripé sobre o qual se assentará o presente estudo e será com a análise da legislação (constitucional e infraconstitucional), da doutrina e da jurisprudência. Por essa razão, os métodos a serem adotados serão o descritivo da realidade normativa e o crítico-prescritivo para uma

adequada aplicação do texto constitucional no concernente a essa aludida ação judicial de defesa da Constituição.

CAPÍTULO I – Síntese do Hodierno Controle de Constitucionalidade no Brasil

Note-se que por meio do controle de constitucionalidade almeja-se uma forma de estabilidade do sistema implantado pela Constituição Federal, buscando-se a consagração da supremacia do estabelecido pela Carta Política em relação aos demais atos normativos exarados pelo Estado, por qualquer de seus entes federativos.

Nesse contexto a doutrina de José Afonso da Silva esclarece quanto ao “princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.”²

Logo, são duas as formas de inconstitucionalidades “A Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a *inconstitucionalidade por ação* (atuação) e a *inconstitucionalidade por omissão* (art. 102, I, *a, b e c*, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º).”³

Controlar a constitucionalidade de um ato normativo infraconstitucional implica em atribuir ou não a esse diploma validade jurídica diante da ordem constitucional vigente, quer em seu aspecto material quer no formal.

O controle da constitucionalidade, atualmente, no sistema jurídico brasileiro, além da característica política - controle preventivo -, relevada sobremaneira, com o veto

² SILVA, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 19ª edição, revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, 2000, p.46.

³ Idem, p.47.

presidencial⁴ e as Comissões Parlamentares⁵ específicas, ganha contorno pela via de ação judicial.

Esse controle jurisdicional da constitucionalidade pode ser realizado pela denominada via de exceção ou difusa, como também, pelo chamado controle concentrado ou de ação, de forma que se pode aludir que o Brasil adota um sistema misto de controle.

1.1. Controle incidental e perspectiva de alteração

No controle difuso há o reconhecimento da inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou seja, dentro de um processo comum, para um caso concreto, com efeito meramente *inter partes*, declarando-se a inconstitucionalidade num plano secundário.

Com efeito, verifica-se o problema da repetição das ações no controle incidental. O artigo 52, inciso X da Constituição Federal determina que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Esse dispositivo foi introduzido na Constituição Federal de 1934 e repetido nas demais Constituições Federais. Segundo o Professor Gilmar Mendes um instituto que já nasceu ultrapassado. Se se considerar que já em 1919 já se falava, na Constituição de Weimar, na chamada *Gesetzeskraft* (força de lei) e em 1920 a Constituição austríaca já falava na eficácia *erga omnes*, é evidente que em 1934 este instituto já estava obsoleto.⁶ Na Constituição Federal de 1988, no entanto, o dispositivo já criou uma outra conotação, posto que multiplicaram os processos de índole objetivo com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

O controle incidental de constitucionalidade continua a valer *inter partes*. Gilmar Mendes questiona se isso ainda faz sentido e paradoxalmente a este fato o Supremo Tribunal Federal admitir Ação Civil Pública em controle incidental. Esclareça-se que, a

⁴ V. § 1º do art. 66 da Constituição Federal.

⁵ V. art. 58 da Constituição Federal.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *A eficácia das decisões de inconstitucionalidade -15 anos de experiência*, – in SAMPAIO, José Adércio Leite, coordenador. *15 anos de Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 204.

princípio, o tribunal hesitou em tal juízo, mas hoje já firmou entendimento que é possível uma Ação Civil Pública para que seja declarada a inconstitucionalidade de uma lei. E essa decisão como cediço acaba por retirar daquela lei a possibilidade de sua aplicação e às vezes com eficácia *erga omnes*. Logo, se se aceita isso, *a fortiori* não faz sentido a norma do artigo 52, inciso X da Constituição Federal.

A proposta de Gilmar Ferreira Mendes é de que o Supremo Tribunal Federal reveja a interpretação desse dispositivo. Assim o tribunal simplesmente comunicaria o Senado Federal para que este publicasse o *decisum*, mas essa decisão do Supremo Tribunal Federal já teria eficácia *erga omnes*, independentemente de eventual alteração do texto constitucional. Isso porque na prática o tribunal já vem afirmando.

Dessa forma, preleciona Gilmar Ferreira Mendes, *verbis*:

“...Se a decisão proferida nesses processos tem eficácia *erga omnes* (Lei n. 7.347, de 24-7-1985, art. 16), afigura-se difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal. A propósito, convém recordar que, em alguns casos, há uma quase confusão entre o objeto da ação civil pública e o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, não há como cogitar de uma típica decisão com eficácia *inter partes*.⁷

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art.140,5 – *publicação a cargo do Chanceler Federal* – e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), *publicação a cargo do Ministro da*

⁷ RE 197.917, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ, 31-3-2004 (inconstitucionalidade de lei municipal que fixa número de vereadores) e Rcl MC 2.537, Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ, 29-12-2003, a propósito da legitimidade de lei estadual sobre loterias, atacadas, simultaneamente, mediante ação civil pública, nas instâncias ordinárias, e ADIN, perante o STF.

Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988...”⁸ (original sem grifos)

Evidente se isso ocorrer, fará todo sentido que no próprio mandado de segurança que se interpor contra lei em tese (outra proposta do Professor Gilmar Mendes, pelo cancelamento da Súmula 266 do STF)⁹ terá eficácia geral, como de resto se reconhece no sistema direto de controle concentrado que tem eficácia contra todos. Porquanto se se impetra uma *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) contra uma lei, essa decisão terá eficácia geral. Resolve-se desde logo a controvérsia; trata-se de uma grande vantagem, notadamente por ser efêmero o processo e, sobretudo a efetividade perseguida na decisão. É consabido que hoje o sistema brasileiro é extremamente complicado no sentido de se ter uma resposta definitiva e célere para os jurisdicionados, posto que inadmissivelmente leva-se em média mais de dez anos para definir um tema em recurso extraordinário. Contrariando inclusive o direito fundamental contido na norma do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal. E ainda a decisão tem eficácia *inter partes*. Logo, é um dado extremamente importante para se refletir e apresentar a interpretação consentânea com o evoluir da dinâmica dos fatos, porquanto trata-se, claramente, de uma *mutação constitucional*.

Veja-se que “a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3ª edição, revista e ampliada, Ed. Saraiva, 2006, p. 280.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Aula ministrada no Instituto de Direito Público, curso de pós-graduação em direito público, 15.12.2006.

numa determinada situação¹⁰.” Logo, uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro de limites, v.g., o sentido da proposição jurídica e, assim, o limite de qualquer mutação normativa. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição, consectário inafastável, de sua estabilidade.

De outra margem, o controle de constitucionalidade pela via de ação, por qualquer de suas modalidades, quais sejam: a ação direta de inconstitucionalidade ADI, ação direta de inconstitucionalidade por omissão ADECOM, a ação direta de constitucionalidade ADC e a argüição de descumprimento de preceito fundamental ADPF, denota-se pela sua maior complexidade, abrangência e relevância dentro da manutenção da ordem constitucional e supremacia das regras e princípios constitucionais.

1.2. Previsão Constitucional e Infraconstitucional

A ação direta de inconstitucionalidade ADI possui tratamento constitucional no bojo do art. 102, I, *a*, da Constituição Federal e é decorrente de um legado do controle de constitucionalidade já existente no ordenamento pátrio, porém, com notória relevância na Carta de 1988.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por omissão é a negativa, isto é, resulta de um comportamento que, nada obstante exigido ou requerido pela Constituição, faz-se ausente. No âmbito do controle concentrado, a ação competente para atacar a omissão constitucional é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No âmbito do controle difuso, a ação própria é o mandado de injunção.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (art. 103, § 2º da CF)

¹⁰ HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991, p.22/23.

Segundo José Afonso da Silva a atual Constituição Federal abeberou-se do modelo português, entretanto, perdeu uma boa oportunidade de ir além. Ficou mesmo aquém, por não ter instituído o Tribunal Constitucional. E, sobretudo foi tímida nas conseqüências da decretação da inconstitucionalidade por omissão. Não avançou muito mais do que a Constituição portuguesa. Não obstante, entender ter sido um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais. Todavia, o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente.¹¹

A ação declaratória de constitucionalidade ADC não é criação do constituinte originário, advinda ao sistema por meio da Emenda Constitucional nº 03/93, a qual ampliou, ainda mais, a atuação do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional efetivamente voltada para o controle da constitucionalidade.

Sobre a questão constitucional da ADC assevera José Afonso da Silva que tal como Celso Bastos, não sustentou que a ação declaratória de constitucionalidade seja de per si e para sempre inconstitucional. Também não a descartou por completo como o fez Gilmar Ferreira Mendes. Entende José Afonso da Silva que a ADC trata-se de uma ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo. Terá como pressuposto fático a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, contrárias à posição governamental. Tem verdadeira natureza de impugnação antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, e sem as contra-razões das partes contrárias. Então, a rigor não se trata de processo sem partes e só aparentemente é *processo objetivo*, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressupostos de fato da ação. Assim, tendo isso em consideração é que se afirma

¹¹ SILVA, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 19ª edição, revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, 2000, p.48/56.

que o exercício da ação pode gerar ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Contudo, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a referida emenda constitucional, nos termos do voto do Min. Moreira Alves.¹²

No que concerne à argüição de descumprimento de preceito fundamental ADPF mencione-se que esta continha previsão originária desde o momento da promulgação da Carta vigente, em seu art. 102, parágrafo único, a qual passou a ser § 1º após a aprovação da EC nº 03/93. Esclareça-se que a ADPF não pôde, por longo período, ser utilizada em face da inexistência de regramento processual, quando então foi editada a Lei nº 9.882, de 1999.

Portanto a ADI e a ADPF possuem previsão constitucional originária, sendo a primeira de plano aplicada, com amparo no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF e, posteriormente, na Lei 9.868/99, já a segunda quedou-se inerte até a edição da Lei nº 9.882/99. Ainda, quanto à ADC, esta adveio da EC nº 03/93 e valeu-se das regras processuais utilizadas pela ADI, o que permitiu sua aplicabilidade imediata.

1.3. Competência e legitimidade

A competência em sede de controle de constitucionalidade pela via concentrada no ordenamento constitucional pátrio é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a teor do que estabelece a regra do artigo 102, inciso I, alínea "a", e artigo 102, §§ 1º e 2º do Texto Máximo.

Por se tratar de processo objetivo, a Constituição Federal encarregou-se de delimitar aqueles que poderiam ajuizar uma ADI, trazendo rol exaustivo dos legitimados em seu artigo 103, *verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹² Idem, p.56/57.

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Limitando o exercício da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que nem todos os legitimados ativos previstos no art. 103 da Carta Política poderiam, ao bel prazer, ingressar com a ADI. A Excelsa Corte, em diversos julgados, deixou de apreciar o mérito da questão sob a alegação de que o legitimado não guardava pertinência temática com o ato normativo impugnado.

Com isso, criou-se uma classificação dentre os que possuem legitimidade ativa para a propositura da ADI, dividindo-os em:

Legitimados neutros ou universais - não necessitam demonstrar interesse na declaração de inconstitucionalidade, por assim se presumir. São eles: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e partido político com representação no Congresso Nacional;

Legitimados interessados ou especiais – há necessidade de demonstração da pertinência temática entre o ato normativo a ser impugnado e a função que cada qual exerce. São eles: Mesa de Assembléia Legislativa dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado e do Distrito Federal, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O rol constante do artigo 103 da Constituição da República fora reiterado pela Lei nº 9.868/99, a teor do estabelecido em seu artigo 2º.

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, asseverou que pertinência temática é requisito implícito da legitimação, dentre outros, das confederações e entidades de classe de âmbito nacional e, que esse requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional. (ADI 1792, ADI 2482, ADI 1282).

Em relação às entidades de classe, tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal não admitia a legitimidade das entidades de classe constituídas por associações de associações, mas somente aquelas que tivessem como associados as pessoas físicas. O Tribunal superou esse entendimento para reconhecer às associações de associações legitimidade para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade em face de seu objetivo ser o de defender uma mesma categoria social assim como as entidades de classe formadas por associações formadas por pessoas físicas. (ADI 3153 AgR/DF – Informativo 361)

Exige-se também dos Governadores de Estado e Distrito Federal, das Assembléias Legislativas e Câmara Legislativa esse interesse de agir qualificado chamado de pertinência temática. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou-se no sentido de não exigir a pertinência temática da do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao entendimento de que a sua previsão no rol dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade deve ser interpretada não como as demais entidades de classe de âmbito nacional mas de forma a lhe permitir a propositura de ADI contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal (ADI 03).

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI 1.096, assentou ser prescindível a demonstração da pertinência temática para o exercício do controle abstrato para os partidos políticos ao entendimento de que os partidos políticos possuem legitimação ativa universal gozando da prerrogativa de impugnam qualquer ato normativo do Poder Público qualquer que seja o seu conteúdo material. Segundo o Supremo Tribunal Federal os partidos políticos têm o dever de zelar pela preservação da supremacia normativa da Constituição e pela defesa da integridade do

ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental. Essa compreensão deve ser considerada à luz dos fins institucionais dos partidos políticos de instrumentos de ação democrática.

Considera-se que a pertinência temática dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional ocorre por antecipação.

Ainda relativamente aos partidos políticos, o Supremo Tribunal Federal superou entendimento pacífico no sentido de que a aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação e, portanto, a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação direta de inconstitucionalidade (Agravo Regimental na ADI 2159 AgR/DF – Informativo 356).

A decisão tem assento, basicamente, na concepção de um controle de constitucionalidade abstrato no qual se pretende a proteção da incolumidade do ordenamento e não a satisfação de interesses individuais.

Se o processo objetivo tem por finalidade a retirada de normas do ordenamento jurídico que estejam em conflito com a Constituição Federal e, no caso específico da ADPF, a salvaguarda de preceito fundamental, a perda superveniente de representação no Congresso Nacional não torna incólume o ordenamento já maculado por ato ou lei inconstitucional.

No que se refere à legitimidade ativa para o oferecimento da ADC, a Constituição de 1988, trouxe em seu artigo 103, § 4º, copiado pelo art. 13, da Lei nº 9.868/99, o rol dos legitimados, quais sejam: o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República, é dizer, nem todos os legitimados para ADC poderiam propor ADI, mas o contrário era verdadeiro. Hoje com a revogação do § 4º do art. 103, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o rol do art. 103 pode propor a ação de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Os legitimados ativos para o ajuizamento da ADPF são os mesmos da ADI, segundo estabelece o art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99.

Nesse tópico o relevante é mencionar que os instrumentos de exercício da jurisdição constitucional, são ações em que inexiste pólo passivo ou réu, não há lide propriamente dita, é o denominado processo objetivo.

O Advogado-Geral da União funcionará como curador do ato impugnado, segundo parâmetro adotado pelo art. 103, § 3º, da Constituição Federal, embora lá estabeleça a necessidade quando se tratar de ‘norma legal ou ato normativo’.

Isso porque o escopo dos institutos é, simplesmente, a proteção das regras e princípios constitucionais, não objetivando a tutela de qualquer direito subjetivo particular em face de atos normativos que configurem transgressão ao Texto Maior, motivo pelo qual, sequer, uma vez proposta a ação, não será cabível a sua desistência.

1.4. Campo material ou Objeto

A ADI a teor do que dispõe o art 102, inciso I, aliena *a*, tem por objeto a lei ou o ato normativo federal ou estadual em face da Constituição da República.

Neste diapasão, via ADI, resta inadmissível o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais em face da Carta Constitucional.

Contudo, em razão do princípio federativo, deve salientar-se que essa espécie de controle é possível de realização perante o Tribunal de Justiça de cada estado-membro, desde que a violação do ato municipal se dê em relação à Constituição do Estado, ainda que essa reproduza dispositivo da Constituição Federal, é a chamada *representação de inconstitucionalidade* prevista no art. 125, § 2º, da Carta Política.

Ainda merece ser estudado o que se deve entender por ato normativo. Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal para a apreciação ou não da ADI não se fundamenta no *nome juris* do diploma impugnado, contudo, se faz necessário que este possua, assim como a lei, generalidade e abstração, motivo pelo qual inexiste controle por essa ação das chamadas leis de efeitos concretos, como, por exemplo, a lei orçamentária.

¹³Reiteradamente o Supremo Tribunal Federal entende que: “Objeto do controle abstrato, perante a Suprema Corte, são em nosso sistema de direito positivo, exclusivamente, os atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. Os atos estatais de efeitos concretos – porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata – não são passíveis de fiscalização jurisdicional ‘em tese’, quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição.”¹⁴ Não obstante o entendimento supra, merecerá por certo uma revisão, a partir da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1.999. Mas, sobretudo esse entendimento do Supremo Tribunal Federal não vai ao ponto de alcançar a necessária coerência que dele se espera. Isso porque tem a Corte Constitucional admitido o controle de leis estaduais que criam novos Municípios¹⁵, conquanto o nítido caráter concreto da lei, falecendo-lhe, à evidência, o cunho da generalidade.

De qualquer modo, ficam superados os empecilhos levantados até agora pelo Supremo Tribunal Federal com a introdução da ADPF.

Mencione-se, outrossim, o caso dos decretos regulamentadores, os quais tratam-se de atos normativos, contudo, secundários, logo, subordinados à lei, razão pela qual o seu vício o leva à ilegalidade e não inconstitucionalidade, sendo, pois, afastado do controle por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, em sendo o caso de decreto autônomo, *ex vi*, art. 84, VI da Constituição Federal, a Corte Constitucional irá apreciar a sua inconstitucionalidade, notadamente, porque a modalidade existe por si só, não pressupondo uma lei pré-existente.

Acerca do cabimento do controle de constitucionalidade concentrado via ADI, cumpre-se aclarar sobre o chamado controle no tempo. Essa espécie de controle leva em conta o período de vigência das leis e atos normativos. Assim, caso o diploma impugnado seja anterior à promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, estar-se-á diante de uma situação de recepção ou não da norma, e não sua

¹³ Tavares, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)* – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 194/195.

¹⁴ ADI 643-SP, Medida Cautelar, rel. Celso de Mello, j. 19.12.1991.

¹⁵ ADI 458-DF, mc, REL. Min. Octávio Gallotti, j. 22.03.1991; ADI 1262-TO, rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.09.1997.

inconstitucionalidade propriamente dita, de forma que o Supremo Tribunal Federal não conhece de tal controle.

Outrossim, caso o diploma seja posterior à promulgação da Constituição Federal, teremos duas situações. A primeira está fundada na idéia de que proposta a ADI essa lei seja revogada por outra posterior, caso em que o Supremo reconhecerá a carência superveniente da ação direta. E, a segunda situação, ocorre em havendo a revogação do ato antes do ajuizamento da ADI, hipótese em que o Supremo Tribunal Federal irá reconhecer a carência da ação, desde que não tenha gerado efeitos gravosos.

Em todas as circunstâncias em que pode ser cabível o ajuizamento da ação direta, é indubitável que o legitimado ativo demonstre, cabalmente, a incompatibilidade da lei ou ato normativo federal ou estadual em relação à Constituição Federal.

Lado outro, o objeto que será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em ADC será a lei ou ato normativo federal, exclusivamente, desde que sobre ele recaia um relevante conflito jurisprudencial, a teor do art. 102, inciso I, alínea "a", parte final, da Constituição da República. Nota-se que existe uma delimitação na ADC se comparada com a ADI, por força de que àquela estão sujeitos, tão somente, as leis ou atos normativos federais.

Para o ajuizamento da ADC se faz presente o requisito indispensável de demonstração, na peça inaugural, do chamado relevante conflito jurisprudencial (art. 14, III, Lei nº 9.882/99).

Os principais objetivos da ADC encontram-se encravados na idéia de reforço da presunção de constitucionalidade pertinente a toda lei ou ato normativo; assim como impugnar eventual avalanche processual acerca de discussões de matérias em que expressamente se reconheceu a constitucionalidade por essa via, evitando-se aumento exagerado de pleitos e decisões contraditórias, fortalecendo-se a segurança jurídica inerente ao Estado Democrático de Direito.

A ADPF tem por finalidade principal evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, quando assume caráter preventivo; a reparação de lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, é a denominada argüição repressiva (art. 1º, *caput* e parágrafo único, inciso I, Lei nº 9.882/99, respectivamente).

Saliente-se para que exista a possibilidade de ajuizamento da ADPF se faz indispensável demonstrar relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição. Neste diapasão, a ADPF assume aspecto notoriamente residual ou subsidiário (art. 1º, *caput* e parágrafo único, inciso I, Lei nº 9.882/99).

Portanto, será admissível a ADPF quando não houver outro meio eficaz de saneamento da lesividade ou prevenção de eventual e futuro dano. Por isso mesmo é que se admite a ADPF quando, existindo outro meio este se apresente ineficaz pela sua demora.

1.5. Tutela Cautelar

A proteção cautelar decorre do amplo poder de cautela oferecido ao Órgão Judiciário, no exercício de sua competência, visando dar garantia de eficácia à decisão final, atingindo o escopo jurisdicional de pacificação do grupo social com a efetiva realização e aplicação da justiça.

A tutela cautelar em sede de controle de constitucionalidade concentrado teve início de sua previsão no ordenamento constitucional apenas, com a EC 07/77.

A tutela cautelar prestada nos instrumentos constitucionais em tela, via de regra, terá efeito *ex nunc* podendo ser conferida à mesma eficácia retroativa, caso assim entender o Supremo Tribunal Federal.

Em se tratando de concessão de liminar em via de ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental tem-se a regra expressa do art. 5º, da Lei nº 9.882/99, a qual possibilitou a tutela cautelar nessa modalidade de controle constitucional.

Somente será admissível a concessão da medida cautelar pela via da ADPF, se assim entender pertinente a maioria absoluta dos membros da Suprema Corte, salvo no caso de recesso, extrema urgência ou perigo de grave lesão (art.5º, § 1º, L. 9.882/99), onde o Ministro relator poderá concedê-la *ad referendum* do Tribunal Pleno. O efeito vinculará todos os juízes e tribunais, *erga omnes* (art. 5º, § 3º). Significa dizer, poderá consistir na

determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Por sua vez, o aspecto da medida cautelar em sede de ADI e ADC, necessário se faz mencionar que encontra alicerce, respectivamente, nos artigos 10 a 12 da Lei nº 9.868/99, além da previsão constitucional consagrada pelo art. 102, inciso I, alínea "p" e, por outro lado, no artigo 21, do Diploma Legal retro aludido.

Assim como ocorre na concessão de cautelar em sede de ADPF, versando a respeito da ADI, a concessão somente será permitida se aceita pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, ressalvada as hipóteses antes mencionadas.

No que concerne à ADC grande semelhança guarda com o processamento da ADI, possuindo o mesmo efeito e *quorum* para concessão.

A única ressalva a ser mencionada é que a tutela cautelar concedida em sede de ADC terá efeito apenas por cento e oitenta dias quando, então, cessará sua eficácia (art. 21, § único, da Lei nº 9.868, de 1999).

1.6. Decisão final e seus efeitos

A decisão final em sede das ações constitucionais instrumentos do controle de constitucionalidade deverá atentar a um *quorum* mínimo para sua prolação, segundo o que estabelece os artigos 22 e 23 da Lei nº 9.868/99 e artigo 8º da Lei nº 9.882/99.

Portanto em se tratando de ADI e ADC esse *quorum* a ser respeitado é de presentes na sessão, no mínimo, oito Ministros. É o chamado *quorum* de instalação.

Presente esse número mínimo de membros do Supremo Tribunal Federal, se proferirá a decisão pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade de número não inferior a de seis dos Ministros da Corte. Necessita-se de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, em atenção ao art. 97, da Constituição Federal, é o chamado princípio da reserva de plenário.

Aduzindo acerca do *quorum* para a decisão em processo de ADPF, somente será prolatada se presentes, no mínimo, dois terços dos membros do Supremo Tribunal.

Importante salientar que por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, logo, processos objetivos, todos apreciados pela Corte Maior, as decisões finais são irrecorríveis, salvo a hipótese de embargos declaratórios (RISTF, art. 337).

Portanto, é incabível o ajuizamento de ação rescisória em relação a decisão nessas espécies de jurisdição constitucional, a teor do que estabelece o art. 26, da Lei nº 9.868/99 e art. 12, da Lei nº 9.882/99.

Os efeitos da decisão em ADI, a qual pode acolher total ou parcialmente o pedido, quando possuirá natureza jurídica de decisão declaratória da inconstitucionalidade. Pode tanto expelir, por completo, uma norma do sistema jurídico, como pode não proceder qualquer modificação no texto originário da lei. A doutrina denomina por declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, onde a Corte Constitucional focaliza a inconstitucionalidade, o vício constitucional em outro ponto, que não na própria redação da lei ou ato normativo, há uma nulidade sem redução de texto. Logo, o controle da constitucionalidade pode ser feito através das técnicas da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto” (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99), seja na forma direta, seja na forma incidental.¹⁶

A técnica moderna chamada “interpretação conforme a Constituição” foi inspirada principalmente no direito constitucional alemão, onde o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro controle de constitucionalidade, agindo como legislador negativo e ditando os liames de aplicabilidade da norma, inúmeros precedentes, v. g., ADI nº 3685-DF, ADC-MC 12/DF, RE-AgR 440458/RS, ADI 3324/DF, RE 420816/PR, ADI-MC 2325/DF.

Exemplo típico e muito utilizado para o caso supra é a inobservância do princípio da anterioridade em matéria tributária, onde a exação fora criada de forma acertada, contudo passou a ser exigida sem a observância daquele princípio constitucional,

¹⁶ Marinoni, Luiz Guilherme, Curso de processo civil, volume I: teoria geral do processo, São Paulo, Editora RT, 2006, p. 55.

o que acabou por viciá-la, mas não a seu conteúdo ou texto, propriamente dito. A lei será válida para o exercício seguinte, contudo, sua aplicação no primeiro período é inconstitucional.

Outro ponto importante é que, ao contrário do veto presidencial¹⁷, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal pode determinar a retirada do texto normativo, apenas, de palavra ou expressão, é o chamado princípio da parcelaridade.

Percebe-se que a regra do efeito *ex tunc* da decisão em sede de ADI e também em ADECOM pode ser relativizada pela regra do estabelecido pelo art. 27, da Lei nº 9.868/99.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (§ 2º, art. 102 da CF – EC 45/2004).

Quanto a ADPF tem-se que os efeitos da decisão nesse processo são tratados pelo art. 10 e ss. da Lei nº 9.882/99, de maneira que pelos §§ do art. 10, percebe-se que a decisão pode ser exigível antes mesmo da lavratura do acórdão e da publicação na imprensa oficial, observada a necessidade dessa medida pelo Supremo Tribunal Federal.

Determina o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, a decisão em ADPF possui "eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Público".

O descumprimento ou não acatamento, por quem quer que seja das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em qualquer das ações formadoras do controle de constitucionalidade concentrado pátrio ensejam a propositura de reclamação perante a Corte Maior.

CAPÍTULO II – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

¹⁷ Cf. §§ 1º e 2º do art. 66, da Constituição Federal.

2.1. Origens da lei sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental

A lacuna deixada com as alterações ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir da atual Constituição Federal modificou de forma radical a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A dilatação dos legitimados para propositura da ação direta e bem assim a criação da ação declaratória de constitucionalidade deram maior ênfase o controle concentrado em prejuízo do difuso. Muito embora permaneceu um largo campo residual para o controle difuso.

Conforme relata Gilmar Ferreira Mendes¹⁸ “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”. E em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade”. Também foi nesse contexto que, Gilmar Mendes juntamente com o Professor Celso Bastos, passaram a indagar se a chamada “argüição 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. A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da CF. Estabeleceram-se o rito perante o STF, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.”

Portanto, a elaboração do anteprojeto de lei da ADPF foi fruto de discussões travadas entre Celso Bastos e Gilmar Ferreira Mendes¹⁹, em maio de 1997, para superar um dos problemas mais cruciais da época, a denominada “guerra das liminares”.²⁰

O Professor Gilmar Mendes esclarece que o anteprojeto de lei foi aprovado

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 421/423.

¹⁹ Tavares, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)* – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23.

²⁰ Especialmente relevante no caso da privatização da Companhia Vale do Rio Doce (Sílvio Bressan, “Projeto Inibe Ações Contra Executivo”, O Estado de S. Paulo, 26 dez. 1997, p. A5).

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,²¹ 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. 9º.”²²

Destarte, a argüição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, posto que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, poderão ser objeto de exame no âmbito do novo instituto.

2.3. A controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei 9.882/99

A OAB propôs a ADI nº 2.231 contra a íntegra da Lei 9.882/99, distribuída ao Ministro Néri da Silveira, na qual se alegava, em síntese, a inconstitucionalidade do parágrafo único, inciso I, do art. 1º, o § 3º do art. 5º, o art. 10, caput e § 3º e o art. 11, todos da mesma Lei.

O Ministro Néri da Silveira, na sessão do dia 05.12.2001, acolheu em parte a argüição, para suspender, com eficácia *ex nunc* e até o julgamento final da ação a vigência do § 3º do art. 5º da referida lei, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto, e conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso I do § único do art. 1º, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso. O julgamento foi interrompido em razão de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence.

Embora ainda penda de decisão a ADI nº 2.231, o julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a admissibilidade da ADPF 54²³ parece ter superado o debate sobre

²¹ Lei n. 9.882, de 03.12.99.

²² MENDES, Gilmar Ferreira, *A ADPF e a lei pré-constitucional: o caso da Lei 3.649/66 do Pará*, in *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*/ coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, André Ramos Tavares. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 407/415.

²³ ADPF nº 54, Rel. Min. 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.

a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99. Também no julgamento do mérito da ADPF nº 33 (sessão de 07.12.2005)²⁴, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou pedido formulado por *amicus curiae*, com o objetivo de suspender o julgamento da ação até o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade do instituto.

2.4. Características Processuais

O artigo 1º da Lei nº 9.882/99, enuncia que "a argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato Poder Público".

No inciso primeiro do parágrafo único desse aludido artigo está previsto que "caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". Aqui se cogita, segundo Luís Roberto Barroso²⁵, de argüição incidental. A argüição mencionada no caput do artigo 1º cuida-se de argüição autônoma.

Assim, como típico instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo. No primeiro caso, tem-se um tipo de controle de normas em caráter principal, opera-se de forma direta e imediata em relação à lei ou ao ato normativo. No segundo, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (controle incidental). Aqui a instauração do controle de legitimidade da norma na

²⁴ ADPF nº 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 07.12.2005.

²⁵ "A doutrina, de maneira praticamente unânime, tem extraído da Lei nº 9.882/99 a existência de dois tipos de argüição de descumprimento de preceito fundamental: a) a argüição autônoma e b) a argüição incidental. A autônoma tem sua previsão no artigo 1º, *caput*: "A argüição prevista no § 1º do artigo 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". E a incidental decorreria do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: "Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição", combinado com o artigo 6º, § 1º, da mesma lei: "Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria." (BARROSO, Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Saraiva, São Paulo: 2004, p. 219-220).

ADPF repercutirá diretamente sobre os casos submetidos à jurisdição ordinária, uma vez que a questão prejudicial a ser dirimida nesses processos será elevada à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

No que concerne à prática, esse controle assemelha-se ao controle concreto do direito europeu (suspensão dos processos em que a controvérsia constitucional foi suscitada e remessa da questão prejudicial à corte Constitucional) ou à cisão funcional que se realiza, no Brasil, no controle de constitucionalidade incidental (art. 97), com o destaque da questão prejudicial surgida perante o órgão fracionário para ser apreciada pelo Plenário do Tribunal. Diferentemente do que se verifica no controle incidental, no qual se realiza uma cisão funcional no plano horizontal (do órgão fracionário para o Plenário ou para o órgão especial) tem-se, na ADPF, uma cisão funcional no plano vertical (de órgãos das instâncias ordinárias para o Supremo Tribunal Federal). Daí porque haverá de se cogitar, normalmente, nesses casos, de suspensão cautelar dos processos ou de julgamento dos feitos até a deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 9882/99, art. 5º § 3º).

2.5. A ADPF na jurisprudência do STF

Desde a aprovação da Lei nº 9.882/99 até dezembro de 2006 foram propostas, perante o STF, 106 ADPF's. Conforme anota Gilmar Mendes²⁶ a primeira ADPF admitida pelo Tribunal foi a de nº 4, na qual se procurava evitar lesão a preceito fundamental e dirimir controvérsia sobre ato normativo efetivado pelo Presidente da República quando da fixação do salário mínimo por meio da MP nº 2019, de 20 de abril de 2000²⁷.

Em 25.11.2002²⁸, por decisão monocrática, foi concedida liminar na ADPF nº 33, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesse caso, sobre a vinculação do quadro de salários das autarquias ao salário mínimo - o Governador do Estado do Pará, com fundamento no art. 2º, inciso I da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, e arts. 102, § 1º e 103, inciso V da Constituição, apresentou argüição de descumprimento de preceito fundamental que tinha por objeto impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 478/9.

²⁷ D.O.U., Seção 1, de 22.04.2000.

²⁸ DJ de 02.12.2002.

Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), com o fim de fazer cessar lesão ao princípio federativo e ao direito social ao salário mínimo. A liminar foi concedida para determinar a suspensão dos julgamentos com base no ato normativo impugnado, bem como os efeitos das decisões judiciais proferidas sobre a matéria. Por unanimidade, o plenário do Tribunal referendou a decisão referida.²⁹

Na ADPF nº 54 – caso do aborto de feto anencéfalo - foi concedida, em 02.08.2004, liminar requerida para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Na sessão de 20.10.2004 o Tribunal negou referendo à liminar concedida.³⁰

Na ADPF nº 47, da relatoria do Ministro Eros Grau, o Tribunal, por unanimidade, na sessão plenária de 07.12.2005, deferiu medida cautelar, determinando a suspensão do trâmite de todos os feitos em curso e dos efeitos de decisões judiciais ainda não transitadas em julgado, que versem sobre a aplicação do artigo 2º, do Decreto nº 4.726/87, do Estado do Pará. A questão segundo o Professor Gilmar Mendes é bastante semelhante àquela posta na ADPF nº 33, pois o referido decreto estadual vinculava os vencimentos dos servidores da autarquia estadual ao salário mínimo³¹.

Registre-se, ainda, a liminar deferida pelo Presidente da Corte na ADPF nº 79, em 29.07.2005, *ad referendum* do plenário, para, nos termos do § 3º, do art. 5º da Lei nº 9.882/99, determinar a suspensão de todos os processos em curso, inclusive as eventuais execuções, e dos efeitos de decisões judiciais que tratem da elevação dos vencimentos de professores do Estado de Pernambuco, com base no princípio da isonomia³².

2.6. Legitimidade para argüir o descumprimento de preceito fundamental

²⁹ ADPF nº 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 07.12.2005.

³⁰ ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, cit. 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.

³¹ ADPF nº 47, Rel. Min. Eros Grau, liminar deferida pelo Pleno em 07.12.2005, DJ de 16.12.2005.

³² ADPF nº 79, Rel. Min. Cezar Peluso, liminar deferida pelo Presidente, *ad referendum* do Pleno, em 29.07.2005. DJ de 04.08.2005.

Nos termos da Lei n. 9.882, de 3.12.99, podem propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103).

A versão aprovada pelo Congresso Nacional admitia expressamente a legitimidade processual de qualquer cidadão. A falta de qualquer disciplina ou limitação ao exercício do direito de propositura levou o Chefe do Poder Executivo a vetar o aludido dispositivo.³³

Não se há de negar, porém, que o reconhecimento do direito de propositura aos cidadãos em geral afigura-se recomendável e até mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais. Nessa hipótese a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a um só tempo, permita ao cidadão a possibilidade de levar o seu pleito ao Supremo Tribunal Federal sem afetar o funcionamento da Corte, pelo excesso de demandas.

É facultado ao interessado, mediante representação, solicitar a interposição da ADPF ao Procurador-Geral da República, destarte, não há dúvida de que, na ausência de mecanismo específico, pragmaticamente poderá o cidadão representar ao Procurador-Geral da República, o qual decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo (art.2º, parágrafo 1º da Lei 9.882/99).

³³ Veto presidencial ao art. 2º, II, Mensagem n. 1.807, de 3.12.99, nos seguintes termos: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais Poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”.

De lege ferenda assevera Gilmar Mendes que poder-se-ia conceber fórmula que associasse o uso da argüição de descumprimento ao manejo do recurso extraordinário. Assim, qualquer um dos legitimados para propor a argüição poderia, *v.g.*, solicitar que o Supremo Tribunal Federal convertesse o julgamento de um recurso extraordinário em julgamento de eventual argüição de descumprimento. Ou, ainda, seria legítimo cogitar-se da possibilidade de se interpor o recurso extraordinário juntamente com a argüição de descumprimento, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal a discricionariedade necessária para apreciar a controvérsia constitucional posta no recurso individual ou na ação de caráter objetivo.³⁴

Ademais, poder-se-ia também considerar, nos casos de controle de constitucionalidade em ação civil pública, a suspensão do processo e posterior remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tal mudança poderia ser concretizada por simples alteração nas leis nº 9.882/99 (ADPF) e nº 7.347/85 (ACP), o que evitaria que decisões conflitantes fossem exaradas no âmbito dos tribunais *a quo* e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, preservando, assim, o princípio da segurança jurídica e a coerência do sistema de controle de constitucionalidade.³⁵

O instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental parece dotado de grande flexibilidade, o que pode permitir desenvolvimento de soluções criativas para a adequação do sistema jurídico, sobretudo aos litígios do porvir.

2.7. Controvérsia judicial ou jurídica nas ações de caráter incidental

O Professor Gilmar Mendes asseverou que tal como a Lei n. 9.868, de 1999, na parte que disciplinou os pressupostos da ação declaratória de constitucionalidade (arts. 13 a 20), a Lei n. 9.882, de 1999, pressupõe, basicamente, a existência de controvérsia judicial ou jurídica relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato para a instauração da argüição de inconstitucionalidade. Portanto, também na argüição de

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 437.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Aula ministrada no IDP, curso de pós-graduação em direito público, 15.12.2006.

descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no Direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. É necessário que se configure, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado.³⁶

São múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

Logo, se a jurisdição ordinária, pela voz de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal Federal para que ponha termo à controvérsia instaurada.

De igual modo, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.

Embora as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

A controvérsia diz respeito à aplicação do princípio da separação dos Poderes. A generalização de medidas judiciais contra uma dada lei nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado e coloca em xeque a eficácia da decisão legislativa. A argüição de descumprimento seria o instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que os órgãos legitimados provoquem o Supremo Tribunal Federal com base em dados concretos, e não em simples disputa teórica.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 438/439.

Destarte, tal como na ação declaratória, também na argüição de descumprimento de preceito fundamental a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa, conclui Gilmar Mendes³⁷.

2.8. Inexistência de outro meio eficaz: princípio da subsidiariedade

O desenvolvimento desse instituto, como esclarece o Professor Gilmar Ferreira Mendes³⁸ dependerá da interpretação que o Supremo Tribunal Federal venha a dar à lei. A esse respeito, destaque-se que a Lei n. 9.882, de 1999, impõe que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

Ab initio, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir no nosso sistema o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

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

³⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, TAVARES, André Ramos. *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva 2005, p. 430/435.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 439/446.

art. 4º da Lei n. 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

No caso brasileiro, continua o professor Gilmar Mendes, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside talvez na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletera de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, no sistema, feição marcadamente objetiva.

Destarte, finaliza o Professor Gilmar Ferreira Mendes: essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999, parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

2.9. Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Nos termos da Lei n. 9.882, de 1999, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também a arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

Vê-se, assim, que a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do

direito estadual e também do direito municipal.

Tal como já observado, a argüição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

2.9.1. Direito pré-constitucional

As Constituições brasileiras de 1891 (art. 83), de 1934 (art. 187) e de 1937 (art. 183) estabeleceram *cláusulas de recepção*, que, (respectivamente, art. 178, II, e art. 123, I), continham duas disposições: a) *assegurava-se, de um lado, a vigência plena do direito pré-constitucional*; b) *estabelecia-se, de outro, que o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem perdia a vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição*.³⁹

O Supremo Tribunal Federal admitiu inicialmente a possibilidade de examinar, no processo do controle abstrato de normas, a questão da derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre a Constituição superveniente e o direito pré-constitucional. Nesse caso, julgava-se improcedente a *representação*, mas reconhecia-se expressamente a existência da colisão e, portanto, a incompatibilidade entre o direito ordinário pré-constitucional e a nova Constituição.⁴⁰ O Tribunal tratava esse tema como uma questão preliminar, que haveria de ser decidida no processo de controle abstrato de normas.

Essa posição foi abandonada, todavia, em favor do entendimento de que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais.⁴¹ Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal.⁴²

³⁹ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira, Comentários*, p. 356.

⁴⁰ Repr. n. 946, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *RTJ* 82/44; Repr. n. 969, Rel. Min. Antônio Neder, *RTJ* 99/544.

⁴¹ Repr. n. 946, cit., *RTJ* 99/544.

⁴² Repr. n.1.012, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 95/990.

Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao Supremo Tribunal Federal, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia de simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, e não de um exame de constitucionalidade.

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/1969 tratava dessa colisão, tal como já mencionado, com base no princípio *lex posterior derogat priori*.

Sob o império da nova Constituição teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de discutir amplamente a questão na ADI nº 2, da relatoria do eminente Min. Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação do Min. Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal, prevaleceu a tese tradicional, esposada pelo Min. Paulo Brossard, “... que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.”⁴³

O Min. Sepúlveda Pertence sustentou, por seu turno, a aplicação do princípio da supremacia da Constituição também à lei pré-constitucional.

Não se deve olvidar, outrossim, tal como enfatizado pelo Min. Sepúlveda Pertence,⁴⁴ que o debate sobre a *inconstitucionalidade* ou *revogação* do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção político-constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas

⁴³ “A Constituição e as leis anteriores”, *Arquivos do Ministério da Justiça* 180/125 (126-127), 1992.

⁴⁴ “Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* 180/148 (170).

de compromisso, com vistas à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado.

A lei que disciplina a argüição de descumprimento de preceito fundamental estabeleceu, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal.

Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade formular a argüição de descumprimento.

Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo.

3. O controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal

Consoante dispõe a norma inserta no § 2º, do art. 125 da Constituição Federal, cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. E segundo a doutrina do Professor Gilmar Ferreira Mendes, “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. Deve-se observar, outrossim, que, dada a estrutura diferenciada da Federação brasileira, algumas entidades comunais tem importância idêntica, pelo menos do prisma econômico e social, à de muitas unidades federadas, o que conferia gravidade à

ausência de controle normativo eficaz.”⁴⁵

A Lei n. 9.882, de 1999, veio, contribuir para a superação desse vazio jurídico, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial.

Como assinala Gilmar Ferreira Mendes, ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o Supremo Tribunal Federal aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante. E, assim, exemplifica “se entendermos que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, pode-se dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município “A”, mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas. Em outras palavras, se o Supremo Tribunal Federal afirmar, em um processo de argüição de descumprimento, que a Lei n. “X”, do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais.”

Ainda que possam surgir dúvidas sobre a adequação dogmática dessa solução, será sempre admissível a propositura de reclamação sob a alegação de não-observância da decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso originário, com pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental da norma de teor idêntico que foi objeto da declaração de inconstitucionalidade em ADPF⁴⁶.

3.1. Pedido de declaração de constitucionalidade (ação declaratória) do direito estadual e municipal e argüição de descumprimento

A Lei n. 9.882, de 1999, previu, expressamente, a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal no processo de argüição de

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 458/459.

⁴⁶ Cf. Rcl. nº 595, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 23.05.2003.

descumprimento de preceito fundamental. Daí prevê o Professor Gilmar Mendes que “poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição. E, concluindo que “de certa forma, a instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental completa o quadro das “ações declaratórias”, ao permitir que não apenas o direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade.”⁴⁷

3.2. A lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial

Para o professor Gilmar Mendes “pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, “a”).”

“Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei n. 9.882, de 1999, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.

“Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.882, de 1999.

Neste passo vislumbra-se, segundo Gilmar Mendes, *de lege ferenda*, a possibilidade de conjugação dos institutos da arguição de descumprimento e do recurso

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 459/460.

extraordinário.”⁴⁸

Assim, o legislador poderia atribuir ao recorrente no recurso extraordinário o direito de propor simultaneamente a argüição, devolvendo ao Supremo Tribunal Federal (ato discricionário) a possibilidade de apreciar a controvérsia posta exclusivamente no recurso ou também na ação especial.

3.3. A violação da Constituição como descumprimento para fins de cabimento da argüição constitucional

Na ordem vigente, segundo a doutrina de André Ramos Tavares, da violação à Constituição pode originar-se ou uma inconstitucionalidade, em sentido técnico, ou um descumprimento, no caso, de preceito fundamental. E afirma o ilustre doutrinador que a noção de “descumprimento” é mais longa que a de inconstitucionalidade, podendo açambarcar até mesmo fatos do mundo concreto contrários à “realidade” constitucional (realidade normativa, mundo do dever ser).

De fato, constata-se, conforme enfatiza André Ramos Tavares, que o descumprimento, na Carta de 1.988, assemelha-se à noção lata apresentada em nível teórico. Realmente, se com relação à inconstitucionalidade a Constituição refere-se de forma expressa a leis e atos normativos como únicos atos capazes de nela incidir (quando se trata de controle concentrado), o mesmo não ocorreu com o descumprimento, já que quanto a este a Constituição unicamente restringe o parâmetro (há de ser preceito constitucional fundamental), mas não o objeto de controle (com o que a medida restou ampla, a admitir toda forma de descumprimento, dê-se por lei, ato normativo, administrativo ou mesmo material, incluindo-se o de caráter privado).⁴⁹

Contudo, a legislação acabou expurgando dessa noção alguns elementos que nela se inseriam em tese, embora remanesça a possibilidade, ao legislador, de restaurar um conceito amplo.

⁴⁸ Obra cit. p. 460; MENDES, Gilmar Ferreira. Aula ministrada no IDP, curso de pós-graduação em direito público, 15.12.2006.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.157.

3.4. O julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental

O procedimento do julgamento da ADPF está previsto nos artigos 6º a 12º da Lei 9.882/99.

Após a apreciação de eventual pedido de liminar, o relator da ação deverá solicitar informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado. O prazo para a apresentação das informações é de dez dias (art. 6º, *caput*).

O parágrafo 1º do artigo 6º permite ao relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, bem como requisitar informações adicionais, designar perito ou comissões de peritos para que emitam parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Em harmonia com essa previsão, o parágrafo 2º prevê a sustentação oral e juntada de memoriais, por interessados no processo. Entretanto, o relator da ADPF poderá ou não, segundo juízo discricionário, permitir a participação desses interessados no julgamento da ação.

Essas previsões prestigiam a idéia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Peter Häberle defende a interpretação plural da Constituição. Assevera que todos que de alguma forma puderem auxiliar na interpretação constitucional devem ter a oportunidade de participar desse processo, pois todo aquele que vive a Constituição deve ser o seu intérprete. Trata-se de uma verdadeira democratização do processo de interpretação constitucional.⁵⁰

A participação do Ministério Público é obrigatória quando não for o autor da argüição de descumprimento de preceito fundamental. O *parquet* deverá manifestar-se após o decurso do prazo para informações no prazo de cinco dias (parágrafo único, artigo 7º).

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 14.

Esgotado o prazo das informações e, se o caso, apresentado o parecer pelo Ministério Público, o relator da argüição elaborará o relatório, encaminhará a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento (artigo 7º, *caput*).

O quorum da sessão de julgamento da ADPF é qualificado. Exige-se a presença de pelo menos dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para que a decisão seja prolatada.

Entretanto, não há exigência de que a decisão seja tomada por votos de dois terços dos Ministros. Nada obstante, merece destaque a previsão do artigo 97 da Constituição Federal de que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Sendo assim, se a decisão da argüição de preceito for no sentido da constitucionalidade do ato, poderá ser tomada pela maioria simples dos julgadores. Se a decisão for no sentido da inconstitucionalidade, esta deverá respeitar a reserva da maioria absoluta do Plenário (*full bench – eight bencher*).

Dispõe o artigo 10 da Lei 9.882/99 que julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A decisão do Supremo Tribunal Federal deverá ser cumprida de imediato, independentemente da lavratura de acórdão que será feita posteriormente (§ 1º, artigo 10).

Após o trânsito em julgado da decisão, o dispositivo deverá ser publicado no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União no prazo de dez dias (§ 2º do artigo 10).

3.5. Parâmetro de controle

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes o voto direto universal e secreto.

Paulo Bonavides ao relatar sobre direitos fundamentais⁵¹ cita Konrad Hesse e Carl Schmitt, senão vejamos: “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, a outra mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* (unabänderliche) ou pelo menos de mudança *dificultada* (erschwert), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda a Constituição.

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, ed. Malheiros, 17ª edição, 2006, p. 560/561.

específicos.⁵²

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção de Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização independente da modalidade de Estado e ideologia, em ordem a torná-los compatíveis com o sentido de uma universidade, Carl Schmitt, nas considerações sobre o assunto, retrata com inteira exatidão o caráter de tais direitos enquanto direitos da primeira geração.”⁵³

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

Gilmar Mendes entende que não vai ser muito difícil ao Supremo Tribunal Federal definir com alguma precisão o que vem a ser preceito fundamental, porque a Excelsa Corte já tem a jurisprudência que vem daquela construção feita por Castro Nunes e outros, em relação ao modelo da aplicação dos “princípios sensíveis”. Como exemplo, o Professor coloca a questão se o Supremo Tribunal Federal tiver que discutir o princípio federativo, pode-se imaginar que se discutirá apenas e exclusivamente esta cláusula, a dos princípios federativos. Mas será necessário discutir a conexão desse princípio federativo com os elementos que lhe dão ossatura e densidade na Constituição, matérias relativas a competências, etc. Trata-se do mesmo exercício que o Supremo tribunal Federal já praticava com a interpretação que fazia dos princípios sensíveis em face do direito estadual⁵⁴.

Alguns doutrinadores, ao tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tentam forjar um conceito de preceito fundamental.

⁵² Apud, BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, ed. Malheiros, 17ª edição, 2006, p. 560/561.

⁵³ Idem.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil* in SAMPAIO, José Adércio Leite, coordenador. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 265/268.

Zeno Veloso aponta os princípios fundamentais, que tratam da forma federativa do Estado, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, independência e harmonia entre os poderes, os direitos e garantias fundamentais, além dos princípios regentes da administração pública e os princípios constitucionais sensíveis⁵⁵.

José Afonso da Silva, por sua vez, diferencia os preceitos fundamentais de princípios fundamentais e assinala " 'Preceitos fundamentais' não é expressão sinônima de 'princípios fundamentais' é mais ampla, abrange a estes e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais"⁵⁶.

André Ramos Tavares, ao discorrer sobre o tema, aduz que os preceitos fundamentais são constituídos tanto por regras quanto por princípios. Esclarece, ainda, que as regras serão fundamentais quando estatuírem categorias particulares de direitos humanos, ou quando revelarem a estrutura do poder e os órgãos constitucionais.

Afirma, também, que todos os preceitos fundamentais gozam de certo grau de indeterminação, apesar de alguns deles se revelarem como verdadeiras regras e não princípios propriamente ditos.

O aludido autor entende que preceitos decorrentes da Constituição são todos aqueles preceitos expressos da Constituição e todos aqueles ligados à idéia central desta, embora não expressamente consignados⁵⁷.

Em verdade, a construção do conceito de preceito fundamental é gradativa e deve ser perspectivada à luz do princípio da razoabilidade tendo em vista que se trata de uma expressão que contém certo grau de indeterminabilidade.

⁵⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.296.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.559.

⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.152.

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental, segundo doutrina o Professor Gilmar Mendes, consiste nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio⁵⁸.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional⁵⁹.

Assim, o Professor Gilmar Mendes não vê grandes dificuldades, no entanto, deve-se proceder a algumas definições e, mais que isso uma racionalização do modelo, com

⁵⁸ “Parâmetro de controle — É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. (...) O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.” (ADPF 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04)

⁵⁹ Cf., sobre o assunto, a discussão desenvolvida no julgamento da ADPF nº 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 07.12.2005.

o escopo de evitar a quantidade de processos que hoje assoberba o Supremo Tribunal Federal e que compromete o seu julgamento⁶⁰.

3.6. Preceito fundamental e princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar

A Constituição Federal de 1988 estabelece ser admissível recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face do texto constitucional.

Assim, ao contrário do que se verifica em outras ordens constitucionais, que limitam, muitas vezes, o *recurso constitucional* aos casos de afronta aos direitos fundamentais, optou o constituinte brasileiro por admitir o cabimento do recurso extraordinário contra qualquer decisão que, em única ou última instância, contrariar a Constituição.

Portanto, a admissibilidade do recurso constitucional não está limitada, em tese, a determinados parâmetros constitucionais, como é o caso da *Verfassungsbeschwerde* na Alemanha, destinada, basicamente, à defesa dos direitos fundamentais, como assinala Gilmar Mendes⁶¹.

Frise-se, porém, que mesmo nos sistemas que admitem o recurso constitucional apenas com base na alegação de ofensa aos direitos fundamentais surgem mecanismos ou técnicas que acabam por estabelecer uma ponte entre os direitos fundamentais e todo o sistema constitucional, reconhecendo-se que a lei ou ato normativo que afronta determinada disposição do direito constitucional objetivo ofende, *ipso jure*, os direitos individuais, seja no que se refere à liberdade de ação, seja no que diz respeito ao princípio da reserva legal.

Embora essa orientação pudesse suscitar alguma dúvida, especialmente no

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Legitimidade e perspectiva do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil*, in SAMPAIO, José Adércio Leite, coordenador. *Crise e desafio da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 265.

⁶¹ Obra cit. p. 266.

que se refere à conversão da relação lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a *flexibilização* do princípio da legalidade, tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal.

Do contrário restaria praticamente esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo. De fato, a Corte Constitucional estaria impedida de conhecer de eventual alegação de afronta, sob o argumento da falta de uma ofensa direta à Constituição. Especialmente no que diz respeito aos direitos individuais, não há como deixar de reconhecer que *a legalidade da restrição aos direitos de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade*.

Não há dúvida, igualmente, de que esse entendimento aplica-se ao nosso modelo constitucional, que consagra não apenas a legalidade como princípio fundamental (art. 5º, II), mas exige também que os regulamentos observem os limites estabelecidos pela lei (CF, art. 84, IV).

3.7. Procedimento

Em suas linhas gerais, a Lei n. 9.882, de 1999, adotou procedimento similar ao consagrado pela Lei n. 9.868, de 1999.

3.8. Requisitos da petição inicial e admissibilidade das ações

Tal como a Lei n. 9.868, de 1999, a Lei n. 9.882, de 1999, estabelece que a petição inicial deverá conter (i) a indicação do preceito fundamental que se considera violado, (ii) a indicação do ato questionado, (iii) a prova da violação do preceito fundamental, (iv) o pedido com suas especificações e, se for o caso (art. 1º, parágrafo único, inciso I, Lei nº 9.882/99), (v) a demonstração da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental questionado.

Mais ainda do que nas ações diretas de inconstitucionalidade, a indicação do preceito fundamental violado assume peculiar significado na argüição de descumprimento. Não será suficiente a simples indicação de uma possível afronta à Constituição, devendo

caracterizar-se, fundamentadamente, a violação de um princípio ou elemento básico. Também aqui se faz indispensável fundamentar o pedido em relação a cada uma das impugnações.

De qualquer sorte, a despeito da exigência quanto à fundamentação do pedido, não está o Supremo Tribunal Federal vinculado aos fundamentos porventura expendidos pelo requerente, devendo a ADPF em razão de seu caráter objetivo submeter-se ao postulado da *causa petendi aberta* pelo menos no que concerne aos demais preceitos fundamentais.

Tal como nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, deverá o legitimado formular precisamente o pedido, fazendo as devidas especificações.

Nas ações propostas em razão de processos que tramitam nas diversas instâncias – estes deverão ser os mais relevantes – o requerente deverá demonstrar a existência de controvérsia judicial ou controvérsia jurídica relevante. Sobre o assunto aplicam-se as considerações desenvolvidas a propósito de semelhante exigência quanto ao procedimento da ação declaratória.

O parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.882, de 1999, estabelece que ao autor da arguição de descumprimento de preceito fundamental cabe apresentar, juntamente com a petição inicial em duas vias, cópias do ato questionado e documentos necessários à comprovação do alegado. Aludida disposição prevê, também, a necessidade de serem as petições acompanhadas, quando subscritas por advogado, de instrumento de procuração. Tal como ocorre em relação à ação direta de inconstitucionalidade, afigura-se recomendável que a procuração contemple poderes específicos para impugnar as normas atacadas na inicial.⁶²

Nos termos da Lei n. 9.882, de 1999, a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, em caso de manifesta inadequação da ação, na hipótese de não atendimento de qualquer dos requisitos legais ou, ainda, em caso de inépcia da inicial (art. 4º, *caput*). Da decisão de indeferimento caberá agravo no prazo de cinco dias (art. 4º, §

⁶² Cf., sobre o assunto, a ADIn n. 2.187, Rel. Min. Gallotti, *Informativo STF* 190.

2º).

Ao contrário da Lei n. 9.868, de 1999 (arts. 5º e 16), 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 Tribunal Federal venha a adotar entendimento semelhante em relação a essa ação especial.

3.8.1. Informações e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República

O desenvolvimento do processo de ação de descumprimento de preceito fundamental também está vinculado à existência ou não de pedido de liminar. Se não houver pedido de liminar, deverá o relator solicitar informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado, que disporão do prazo de 10 dias para oferecê-las (art. 6º, *caput*). Todavia, existindo pedido de liminar, poderá o relator ouvir as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (art. 5º, § 2º). Após a decisão formular-se-á pedido de informações, desta feita relativas à própria controvérsia material (art. 6º).

A Lei n. 9.882, de 1999, não exige a audiência do Advogado-Geral da União acerca do ato impugnado, prevendo apenas, caso o relator entenda oportuno, a possibilidade de sua audiência em sede de liminar.

A audiência do Ministério Público (Procurador-Geral da República) somente será obrigatória, após as informações, nas arguições que não forem por ele formuladas (art. 7º, parágrafo único).

3.8.2. Intervenção de terceiros e *amicus curiae*

A Lei n. 9.882, de 1999, faculta ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (art. 6º, § 1º). Outorga-se, assim, às partes nos processos subjetivos um *limitado* direito de participação no processo objetivo submetido à

apreciação do Supremo Tribunal Federal. É que, talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo.

O Professor Gilmar Mendes entende que “em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação possam exercer direito de manifestação. Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*.”⁶³

Tal como na ADI e na ADC, os *amicus curiae* tanto podem apresentar manifestação escrita como fazer sustentação oral (art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.882/99).

3.8.3. Apuração de questões fáticas e densificação de informações na ação de descumprimento de preceito fundamental

Na linha do estabelecido nos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei n. 9.868, de 1999, que autorizam ao relator, após as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria, a Lei n. 9.882, de 1999, prevê, igualmente, a possibilidade de o relator autorizar a audiência das partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 473/474.

peritos e determinar a realização de audiências públicas com *experts* (art. 6º, § 1º).

Trata-se de um processo estruturalmente aberto, que permitirá não só a participação dos interessados nas causas que, eventualmente, tenham dado ensejo à propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também a manifestação de peritos e especialistas no tema. Aplica-se, fundamentalmente, a orientação adotada no processo de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Não obstante alertar o Professor Gilmar Mendes⁶⁴ que nas atuais circunstâncias a Excelsa Corte se vê impossibilitada de proceder audiências públicas, perícias, etc, inclusive temor de que tal previsão se torne algo inviável, e os próprios institutos se tornem processos extremamente complicados. Portanto, entende necessário ser repensado e encontrar algum mecanismo de equilíbrio e racionalização.

3.8.4. Medida cautelar

Note-se que a Lei nº 9.882/99, possibilita o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. (art. 5º e § 1º).

O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (art. 5º, § 2º).

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. (art. 5º, § 3º).

Gilmar Mendes entende que talvez fosse recomendável, tendo em vista a semelhança de situações, que o relator adotasse condutas idênticas nas duas espécies de

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Aula ministrada no IDP, curso de pós-graduação em direito público, 15.12.2006.

procedimento, determinando-se a audiência dos responsáveis pela edição do ato impugnado antes da decisão sobre a liminar requerida.⁶⁵

3.8.5. Técnicas de decisão, efeitos da declaração de inconstitucionalidade, segurança e estabilidade das decisões

O Professor Gilmar Mendes anota que em face de o amplo objeto de impugnação no âmbito da argüição de descumprimento, o Tribunal, reconhecendo sua procedência ou improcedência, poderá declarar a legitimidade ou ilegitimidade do ato questionado. Se incidir sobre ato normativo adotar-se-ão as técnicas de decisão do controle de constitucionalidade abstrato. Nesse caso aplicam-se a propósito das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.⁶⁶

Tendo por objeto o direito pré-constitucional, deverá o Tribunal limitar-se a reconhecer a legitimidade (recepção) ou não da lei, em face da norma constitucional superveniente⁶⁷.

Incidindo, porém, sobre ato de efeito concreto (ato administrativo singular, sentença), o tribunal afirmará sua ilegitimidade. Pode ser que o ato singular questionado (*v.g.*, uma decisão judicial) afirme a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma dada aplicação ou interpretação do próprio texto constitucional. Nessa hipótese, reconhecida a procedência da ação de descumprimento de preceito fundamental, ter-se-á a declaração de ilegitimidade do ato questionado, com a afirmação da constitucionalidade da lei ou da aplicação constitucional discutida.⁶⁸

⁶⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, TAVARES, André Ramos. *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva 2005, p. 433/436.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, *in* Mandado de Segurança. Meirelles, Hely Lopes, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 479.

⁶⁷ Cf., sobre o tema, a discussão desenvolvida no julgamento da ADPF nº 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 07.12.2005.

⁶⁸ Exemplificativa da submissão de controvérsia constitucional oriunda de ato judicial é a questão posta na ADPF n. 6-8/800 (Rel. Min. Celso de Mello), oferecida pelo Presidente da República. Cuida-se de controvérsia fundada na orientação jurisprudencial do TRF da 2ª Região (RJ) que fixou em súmula (n. 17) interpretação do art. 58 do ADCT incompatível com a firme e reiterada jurisprudência do STF sobre o tema – critério de reajuste de benefício previdenciário. Na ação solicitou-se ao STF a suspensão liminar de todos os processos, sobre a matéria, em curso no TRF da 2ª Região, bem como dos efeitos de decisões ainda não transitadas em julgado, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei n. 9.882, de 1999, e, ainda, no

A Lei n. 9.882, de 1999, reconhece igualmente a possibilidade de que por maioria de dois terços se declare a inconstitucionalidade da lei com eficácia *ex nunc* ou com efeito a partir do momento que venha a ser estabelecido pelo Tribunal (art. 11).

Assinale-se, ainda, que, nos termos da Lei n. 9.882, de 1999, a decisão (de mérito) proferida na ação de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º).⁶⁹ Quanto à eficácia *erga omnes* da decisão, não parece haver dúvida de que se cuida de um consectário da natureza objetiva do processo. Trata-se de um processo “sem partes”, no qual se discute amplamente a tutela do interesse público de forma geral.

4. Conclusão

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental amplia o controle de constitucionalidade, dando a necessária ênfase à defesa dos preceitos fundamentais, especialmente nos casos ainda não amparados pelos outros meios de controle concentrado de constitucionalidade. Além de permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, a ADPF poderá ser utilizada para solver controvérsia sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da Constituição que, anteriormente, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

A arguição de descumprimento, tal como formulada na Lei n. 9.882, de 1999, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um recurso de amparo ou de uma *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) autônoma no Direito brasileiro, como bem assinalou Gilmar Mendes.

Como se pode ver, o novo instituto introduziu profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis ou atos concretos. Nada obstante ainda ser incipiente o seu manejo.

Dessa forma, a ADPF permite a antecipação de decisões sobre controvérsias

mérito, a procedência do pedido, impondo-se ao TRF as condições e o modo de interpretação e aplicação do art. 58 do ADCT, com a decorrente eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Em abril de 2001 o processo ainda pendia do exame da liminar requerida.

⁶⁹ Na ADI n. 2.231, o Min. Relator, Néri da Silveira, reconheceu a constitucionalidade do efeito vinculante, previsto na Lei n. 9.882/99, em voto no sentido de indeferir a liminar. A ação, entretanto, pende de julgamento.

constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arripio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal; poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição, que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário; as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão o balisamento para a escorreita aplicação do Direito em atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades municipais. Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal.

Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a argüição de descumprimento de preceito fundamental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade. Em verdade, o novo instituto vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que questões relevantes, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, serão objeto de exame no âmbito do novo instituto.

De outra margem, enfatize-se não obstante a Lei nº 9.868, de 1999, ter introduzidos elementos extremamente modernos na realização da jurisdição constitucional, a qual autoriza, *v.g.*, que se façam audiências públicas, perícias para se conhecer o exato sentido ou a conseqüência da aplicação de uma lei. Bem assim o instituto ADPF – argüição de descumprimento de preceito fundamental, inserido no ordenamento jurídico mediante a Lei nº 9.882, de 1999, prevê, igualmente, a possibilidade de o relator autorizar a audiência das partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos e determinar a realização de audiências públicas com *experts* (art. 6º, § 1º). Contudo, o Professor Gilmar Mendes assevera que nas atuais circunstâncias a Excelsa Corte se vê impossibilitada de proceder audiências públicas, perícias, etc, inclusive temor de que tal previsão se torne algo inviável, e os próprios institutos se tornem processos extremamente complicados. Portanto, entende necessário ser

repensado e encontrar algum mecanismo de equilíbrio e racionalização. Conseqüência inafastável desse equilíbrio e racionalização poderá o tribunal investigar, com maior intensidade, os próprios graus de lesão que se perpetuam no âmbito dos direitos fundamentais.

Logo, tantos os elementos da ADI como os da ADPF poderão ser intensamente aplicados desde que haja o processo de racionalização. De outra margem, entendendo Gilmar Mendes que hoje é impossível com o sistema difuso de constitucionalidade, tal como praticado no Brasil. O sistema brasileiro é um modelo extremamente formalista e burocratizado. O modelo é inadequado para solver questões de massa, porque enfoca questões de constitucionalidade, de interesse geral, como se fossem de caráter individual. Diferentemente do modelo americano que decide uma tese para todos e isso é que é fundamental, faz exatamente a vitalidade daquele sistema. Entende que o sistema brasileiro é incompatível com os tempos em que vivemos; que é necessário revê-lo, pois ele não faz justiça, ao contrário gera um sentimento de injustiça. Aponta que a causa, a origem do problema são os interesses corporativos que impedem a discussão e, assim, em nome desses interesses, o interesse social e a funcionalidade dos tribunais são comprometidos.

Veja-se, que de um lado têm-se os institutos de índole objetiva, com ampla eficácia, efeito vinculante e, inclusive com cautelar. Do outro, um sistema de controle de constitucionalidade cuja eficácia geral ainda depende da decisão do Senado Federal (art. 52, inciso X, da CF).

Assim, a princípio, *de lege ferenda* propõe Gilmar Mendes pela possibilidade de conceber fórmula que associasse o uso da argüição de descumprimento ao manejo do recurso extraordinário. Destarte, qualquer um dos legitimados para propor a argüição poderia, *v.g.*, solicitar que o Supremo Tribunal Federal convertesse o julgamento de um recurso extraordinário em julgamento de eventual argüição de descumprimento. Ou, ainda, seria legítimo cogitar-se da possibilidade de se interpor o recurso extraordinário juntamente com a argüição de descumprimento, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal a discricionariedade necessária para apreciar a controvérsia constitucional posta no recurso individual ou na ação de caráter objetivo.

Ademais, poder-se-ia também considerar, nos casos de controle de constitucionalidade em ação civil pública, a suspensão do processo e posterior remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tal mudança poderia ser concretizada por simples alteração nas leis nº 9.882/99 (ADPF) e nº 7.347/85 (ACP), o que evitaria que decisões conflitantes fossem exaradas no âmbito dos tribunais *a quo* e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, preservando, assim, o princípio da segurança jurídica e a coerência do sistema de controle de constitucionalidade. Esta a doutrina do Professor Gilmar Mendes.

Definir a interpretação conforme a Constituição Federal, em face do art. 52, X da Constituição Federal e, dessa forma, não é mais a decisão do Senado Federal que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo, mas a própria decisão da Excelsa Corte contém essa *força normativa*. Assim, o Senado Federal não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Interposição de mandado de segurança contra lei em tese (outra proposta de Gilmar Mendes, pelo cancelamento da Súmula 266 do STF)⁷⁰ terá eficácia geral, como de resto se reconhece no sistema direto de controle concentrado que tem eficácia contra todos.

Ainda como proposta *de lege ferenda* para a racionalização do sistema jurídico pátrio, entendemos como outro ponto nodal de estrangulamento a limitação dos juros legais ao patamar de 1% (um por cento) ao mês⁷¹. Significa dizer, é absolutamente vantajoso recorrer de todas as decisões até as últimas instâncias e, nessa medida, requerer diligências inúteis com fins meramente protelatórias. Procrastina-se a tutela jurisdicional, mesmo que não tenha qualquer plausibilidade jurídica na pretensão, para ao final, pagar-se

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Aula ministrada no Instituto de Direito Público, curso de pós-graduação em direito público, 15.12.2006.

⁷¹ Considerando que após a vigência do Código Civil de 2002, os juros legais são de 1% ao mês: REsp n. 647186, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 01.09.2005; Correta a aplicação do art. 406 do Código Civil para determinar que a partir de janeiro de 2003 os juros moratórios incidam no percentual de 1% ao mês, (...) (REsp n. 782.437, rel. Min. Castro Meira, j. 11.10.2005)

juros irrisórios, baixíssimos em comparação ao que se tenha aplicado e/ou investido ao longo do tempo em que se teve em trâmite o processo. A exemplo do que ocorre, sobretudo com as grandes empresas e, infelizmente tal práxis tornou-se também no âmbito da Fazenda Pública.

Lado outro, como restou explanado supra a ADPF é um outro instituto que entra nessa função ambígua, de um lado assumiu um perfil de ação de caráter objetivo da defesa da ordem jurídica em geral, da ordem jurídica constitucional e de outro um instrumento também de defesa de posições individuais.

O legislador a partir da Lei. 9.882, de 1999 acabou por interpretar o instituto e construí-lo nesse modelo direto. Permitiu expressamente impugnar o direito pré-constitucional; impugnação do direito municipal; questões, portanto, de causas de subsidiariedade. Deixando claro que o instituto seria adequado para aquelas outras situações que não poderiam chegar ao Supremo Tribunal Federal pela via dos processos objetivos normais que existiam.

Tem-se a curiosidade de saber o que é preceito fundamental. Segundo o Professor Gilmar Mendes é um desafio! Tenta-se esgrimir para dar significado a preceito fundamental. Usando o bom senso, especialmente se se pega o art. 60 § 4º da Constituição Federal, notadamente os direitos e garantias individuais já é algo significativo. O recurso constitucional do sistema alemão tem como parâmetro de controle os direitos e garantias individuais; o recurso de amparo idem, no modelo espanhol, só isso já é suficiente para justificar a existência do instituto supra.

O que causa estranheza é que os direitos e garantias fundamentais a despeito de sua dimensão objetiva tem haver com os sujeitos titulares do direito e eles não podem fazer a impugnação direta. Esse é um dilema. Percebeu-se quando da elaboração do projeto que havia esse descompasso, entretanto não se poderia dar legitimação ampla, haja vista congestionamento conseqüente do Supremo Tribunal Federal. Assim, adotou-se o critério da legitimação conforme o art. 103 da Constituição Federal. Aqueles que são legitimados para ADI seriam legitimados para ADPF. Operar na ilusão de que o eventual interessado, o atingido possa bater as portas de um desses órgãos ou do Ministério Público (Procurador-Geral da República). É uma solução pragmática, porém evidente a sua incompletude, a

solução esbarra em monumentais obstáculos, sobretudo os *fatores reais de poder* que impedem tal desiderato.

Veja que o Código de Processo Civil encontra-se com sucessivas e acentuadas alterações e, sensivelmente tais alterações podem modificar o sistema, inclusive submetendo à ADPF. Com a Emenda Constitucional 45, criou-se o novel instituto da repercussão geral, a teor do art. 102, § 3º da Constituição Federal, o qual foi regulamentado pela Lei nº. 11.418, de 2006. Portanto, o RE – recurso extraordinário passará pela repercussão geral, mais esse filtro.

O instituto da repercussão geral tem o claro propósito de diminuir a avalanche de recursos extraordinários que diariamente aportam no Supremo Tribunal Federal, com isso, tornar mais racional a atividade judicante perante a Suprema Corte brasileira.

Com a regulamentação ora efetivada, busca-se acentuar a tarefa do Supremo Tribunal Federal de decidir questões de impacto para os interesses da nação, retirando da pauta de apreciação dessa Corte a análise de controvérsias que, conquanto importantes e relevantes para as partes litigantes, não apresentem relevância *extra muros*.

Se o novo requisito de admissibilidade cumprirá seu desiderato, apenas a atividade cotidiana da Corte Suprema haverá de demonstrar, bem como incumbirá ao Pretório Excelso efetivamente construir – de forma o mais objetiva possível, – o conceito de *repercussão geral*.

O RE com essa repercussão geral vai ganhando ainda mais esse viés objetivo. Imagina-se que esse é o modelo que coincide de alguma maneira com tudo que se faz hoje em matéria de recurso constitucional. No sistema brasileiro é mister exaurir as instâncias ordinárias. A exaustão das instâncias ordinárias, como sabido e consabido, se dá quando se agita o RE. Daí Gilmar Mendes questionar se não chegou o momento de se

combinar o RE e a ADPF⁷². Ademais a ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal⁷³.

Agora parece que surge essa possibilidade, se essa hipótese se concretizar passa a ser mais um instrumento também de defesa de posições individuais. E aí a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental vai ter essa função múltipla, defesa da ordem jurídica e também defesa de posições individuais.

Por oportuno, enfatize-se o que aduziu Joaquim Falcão “o primeiro mito é o de que a reforma do Poder Judiciário é um grande problema. E – acredita-se – um grande problema deve ser resolvido com uma grande solução. Não é verdade. Um grande problema é, na maioria das vezes, um problema complexo. Ou seja, resulta do acúmulo e da perversa interação de muitos pequenos problemas. Donde dificilmente terá solução única, mágica e onipotente. Ao contrário, a solução virá do acúmulo sistemático de várias pequenas soluções convergentes”⁷⁴.

Importante, também, trazer a baila os ensinamentos do Professor da Faculdade de Direito de Coimbra J. J. Gomes Canotilho, *verbis*: “A iluminação de muitos problemas jurídicos – constitucionais carece de um *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio direito constitucional. (..) A necessidade da “dogmática” e da “teoria” não implica qualquer distanciação perante as necessidades da prática e da vida. (..) Sem as teorias de Newton não se teria chegado à Lua – assim o diz e demonstra Sagan; sem o húmus teórico, o direito constitucional dificilmente passará de vegetação rasteira, ao sabor dos “ventos”, dos “muros” e da eficácia. Mas o inverso também tem seus perigos: a hipertrofia teórica e (filosófica) pode insinuar a transformação de modelos teóricos–constitucionais e filosóficos em verdadeiras normas jurídicas, esvaziando ou minando a efectividade e validade do direito constitucional. Por outras palavras: a fuga para o céu dos conceitos e teorias pode acarretar a diminuição da capacidade de reflexão do direito relativamente aos problemas concretos

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. Aula ministrada no Instituto de Direito Público, curso de pós-graduação em direito público, 15.12.2006.

⁷³ ADPF nº 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 07.12.2005.

⁷⁴ Diretor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e membro do Conselho Nacional de Justiça. Artigo *Divórcios e Inventários*, publicado em 25.01.2007, Correio Braziliense, p. 21.

das mulheres, dos homens e de todos os seres vivos da nossa comunidade. Um “direito ex cathedra”, um direito reduzido a teorias abstractas, esquece que os problemas dos homens e da *polis* se situam no terreno da experiência humana e não nas alturas abstractas de um “saber sábio” do direito. Em síntese: procura-se um direito “bem pensado” não dissolvido nem nas pressões utilitaristas de um direito descartável nem nas nebulosas abstractas das teorias que esquecem o lugar das coisas e o mundo dos homens.”⁷⁵

Ainda com vista à conformação e racionalização do sistema brasileiro, igualmente importante às lições de Konrad Hesse⁷⁶, *verbis*: “A Constituição Jurídica não configura apenas uma expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).”

“A Constituição Jurídica logra em conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.” (...)

“Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis a Constituição logra preservar a sua força normativa então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.” (...)

“A Constituição Jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellineck e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada com a realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade.”

⁷⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Editora Almedina, 7ª edição, 2ª reimpressão, p.18.

⁷⁶ HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991, p.24/27.

“(...) o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.”

Nessa medida, frise-se como assinalou o Professor Gilmar Mendes, “o sistema brasileiro é um modelo extremamente formalista e burocratizado, assim, inadequado para solver questões de massa, sobretudo porque enfoca questões de constitucionalidade, de interesse geral, como se fossem de caráter individual. Incompatível, portanto, com os tempos atuais. Logo, é necessário revê-lo, pois, não raro gera sentimentos de injustiça.”

Como salientado uma das principais causas desse complexo problema é o interesse corporativo de categorias das mais variadas que impede a discussão e, assim, em nome desse interesse, o interesse coletivo, o social e a funcionalidade dos tribunais são comprometidos. Contudo, em linhas gerais, obtiveram-se avanços significativos, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, mas o modelo carece de aperfeiçoamentos. Assim, acredita-se que a solução virá do acúmulo sistemático de várias pequenas soluções convergentes. É dizer, permanentes estudos sistemáticos e significativos para um processo de equilíbrio e racionalização do sistema, de forma que nas lições de Hesse a Constituição Jurídica não configure apenas uma expressão de uma dada realidade à medida que graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social, logrando conferir forma e modificação à realidade; logrando despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Destarte, a Constituição converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.

Com efeito, o instituto da ADPF foi criado pelo poder constituinte originário (Carta Política de 1.988), entretanto ficou longo período sem que fosse regulamentado pelo legislador ordinário (Lei nº 9.882/99), até despontar como o instituto constitucional para preencher o vácuo que se encontrava no Direito pátrio. Como bem assinalou Gilmar Ferreira Mendes "essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-

constitucional sejam solvidas pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia geral e efeito vinculante." (TAVARES e ROTHENBURG (Organizadores) - MENDES, Gilmar Ferreira: 2001, p. 142).

A ADPF apresenta-se como medida protetora dos preceitos constitucionais fundamentais. O instituto da ADPF como esclarecido possui parâmetro temporal mais amplo que a ADC e a ADI, pois tanto normas anteriores como posteriores à Constituição podem ser confrontadas na referida ação. A proteção desses preceitos constitucionais fundamentais, os quais são considerados basilares é extremamente oportuna e, sobretudo não prescindível em face do sistema jurídico constitucional pátrio.

Finalmente impende enfatizar que as sugestões e enfoques apresentados, especialmente os assinalados pelo ilustre Professor Gilmar Mendes, são, no mais das vezes, fruto de uma interpretação constitucional ajustada aos modernos postulados hermenêuticos, com vista aos princípios constitucionais, especialmente o da proporcionalidade, razoabilidade, os quais impõem soluções não dissociadas da realidade e plausibilidade do sistema jurídico brasileiro.

5. Referências Bibliográficas

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. São Paulo: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 17ª edição, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2ª reimpressão, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 25ª edição.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand, *O que é uma Constituição?* Tradução de Hilomar Martins Oliveira, Belo Horizonte, Editora Líder, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução e comentários de Ada Pellegrini Grinover. 5ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984.

MRINONI, Luiz Guilherme, Curso de processo civil, volume I: teoria geral do processo, São Paulo, Editora RT, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, TAVARES, André Ramos. *Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de Segurança, 27ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3ª edição, revista e ampliada, Saraiva, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 13ª edição 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito – por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite, coordenador. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite, coordenador. *15 anos de Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 19ª edição, revista e atualizada nos termos da reforma constitucional, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STAMFORD, Artur. *Decisão judicial. dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIERA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.