

**FACULDADES INTEGRADAS DE VITÓRIA – FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

ALEXANDRE CAIADO RIBEIRO DALLA BERNARDINA

**ADPF: INSTRUMENTO DE DEFESA DOS PRECEITOS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2006

ALEXANDRE CAIADO RIBEIRO DALLA BERNARDINA

**ADPF: INSTRUMENTO DE DEFESA DOS PRECEITOS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais, sob orientação da Professora Doutora Cristiane Mendonça.

VITÓRIA
2006

ALEXANDRE CAIADO RIBEIRO DALLA BERNARDINA

**ADPF: INSTRUMENTO DE DEFESA DOS PRECEITOS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais, sob orientação da Professora Doutora Cristiane Mendonça.

Aprovada em _____ de _____ de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Cristiane Mendonça
Faculdades Integradas de Vitória – FDV
Orientadora

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Dedico este trabalho aos meus pais, Tadeu e Regina, que superam diariamente os obstáculos da vida, por me proporcionarem uma Família que é o meu maior alicerce em todos os momentos. Aos meus tios Walter e Rowena, pelo apoio e pelo incentivo nos momentos em que precisei.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que me ajudaram nesta trajetória:

Primeiramente a Deus, porque sem Ele nada é possível.

Ao BANDES (Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo), que acreditou e financiou a realização desta pesquisa.

À Professora Dra. Cristiane Mendonça, pela dedicada e atenciosa orientação durante todas as etapas desta Dissertação. É gratificante ser orientado por uma Professora tão competente, acessível e sincera.

Aos meus professores do Curso de Mestrado da FDV, em especial aos Professores Dr. Geovany Cardoso Jevaux, que leu atentamente o texto de pré-defesa e fez importantes observações para o aperfeiçoamento desta Dissertação, e ao Dr. Daury César Fabriz, por tudo que me ensinaram e pelo exemplo de dedicação e amor ao Direito Constitucional.

Ao escritório Thompson & Knight, nas pessoas de seus Sócios, Advogados e funcionários, que me concederam o suporte e o tempo imprescindíveis à elaboração deste trabalho.

À acadêmica Letícia Fraga, pelo apoio na elaboração de pesquisas jurisprudenciais e na organização dos materiais.

À Rafaela, pela compreensão, paciência e estímulo durante todo o Curso de Mestrado.

RESUMO

O estudo refere-se à Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental prevista no artigo 102, §1º da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei nº 9.822/99. O objetivo desta pesquisa é analisar o objeto da ADPF e os pressupostos de admissibilidade desta ação previstos na Lei nº 9.822/99. O método científico utilizado caracteriza-se por uma abordagem dialética e pela utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O referencial teórico é a doutrina kelseniana e seus postulados. Serão analisados conceitos de teoria geral do direito, conceitos próprios de direito constitucional e institutos estrangeiros que inspiraram o legislador brasileiro na regulamentação da ADPF. O desconhecimento da comunidade jurídica e a interpretação atualmente prevalecente, inclusive perante a Corte Suprema, em relação a conceitos basilares da ADPF e seus pressupostos amesquinham a relevância desta ação constitucional. Esta pesquisa demonstra a necessidade de uma revisão dos conceitos, atualmente preponderantes na comunidade jurídica nacional, acerca do âmbito de impugnação e dos pressupostos da ADPF para que seja assegurada a efetiva utilização desta ação como principal instrumento de defesa dos preceitos constitucionais fundamentais.

ABSTRACT

The present work addresses the Challenge based on default of Fundamental Precept (ADPF) pursuant to article 102, first paragraph of the 1988 Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil and regulated by Law 9,822/99. The main goal of this research is to analyze the object of the ADPF and the right of action pursuant to Law 9,822/99. The scientific method used is characterized by a dialectic approach and by the use of bibliographical and documental research techniques. The theoretical reference is the doctrine of Hans Kelsen and its postulates. Concepts of the Theory of Law, concepts of Constitutional Law and foreign statutes that have inspired the Brazilian Lawmaker in the regulation of the ADPF will be analyzed. The lack of knowledge in the legal community and the current case law, including in the Brazilian Supreme Court, as to the basic concepts of the ADPF and its conjecture belittle the relevance of such constitutional remedy. This research demonstrates the need for a review of the current prevailing concepts among the national legal community regarding the means of impugnation and the conjecture of the ADPF in order to safeguard the effective use of such action as the main instrument of defense of the fundamental constitutional precepts.

SUMÁRIO

<u>1 INTRODUÇÃO</u>	7
1.1 O MÉTODO CIENTÍFICO.....	10
<u>2 INCONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</u>	13
<u>2.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO</u>	13
<u>2.2 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE</u>	17
<u>2.2.1 Inconstitucionalidade formal e material</u>	21
<u>2.2.2 Inconstitucionalidade por ação e omissão</u>	25
<u>2.2.3 Inconstitucionalidade originária e superveniente</u>	32
<u>2.2.4 Inconstitucionalidade das normas pré-constitucionais</u>	35
2.3 CONCEITOS DE TEORIA GERAL DO DIREITO RELEVANTES PARA A ANÁLISE DO FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	44
2.3.1 Existência e validade dos atos inconstitucionais	45
2.3.2 Norma jurídica, enunciado normativo e preceito	47
<u>2.4 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO</u>	53
<u>2.4.1 A Constituição de 1988</u>	57
<u>2.4.2 A Lei nº 9.882/99</u>	72
<u>3 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL</u>	75
<u>3.1 INSTITUTOS AFINS NO DIREITO ESTRANGEIRO</u>	75
<u>3.1.1 A <i>Verfassungsbeschwerde</i> do direito alemão</u>	76
<u>3.1.2 O Recurso de Amparo do direito espanhol</u>	79
<u>3.1.3 A <i>Beschwerde</i> do direito austríaco</u>	81
3.2 MODALIDADES E PRESSUPOSTOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	73
<u>3.2.1 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental autônoma</u>	87
<u>3.2.2 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental incidental</u>	89
<u>3.2.3 Pressupostos Gerais</u>	83
<u>3.2.3.1 Descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição</u>	83
<u>3.2.3.2 Cláusula da Subsidiariedade</u>	89

<u>3.2.3.3 Relevância da questão constitucional</u>	95
<u>3.3 OBJETO</u>	108
<u>3.3.1 Atos do Poder Público e atos privados</u>	109
<u>3.3.2 Atos Políticos</u>	111
<u>3.3.3 Atos Administrativos concretos</u>	114
<u>3.3.4 Atos Jurisdicionais</u>	115
<u>3.3.5 Leis e atos normativos municipais</u>	117
<u>3.3.6 Atos normativos anteriores à Constituição</u>	110
<u>3.3.7 Atos normativos secundários: regulamentos</u>	122
<u>3.3.8 Controle de atos omissivos</u>	123
<u>3.4 ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES</u>	125
<u>3.4.1 Competência</u>	125
<u>3.4.2 O processo objetivo da ADPF</u>	126
<u>3.4.3 Legitimidade ativa</u>	127
<u>3.4.4 Procedimento</u>	133
<u>3.5 AS DECISÕES CAUTELAR E FINAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SEUS RESPECTIVOS EFEITOS</u>	135
<u>3.5.1 Decisão Liminar</u>	136
<u>3.5.1.1 Quorum para a concessão da Medida Liminar</u>	138
<u>3.5.1.2 Efeitos da decisão liminar e o caráter avocatório da medida</u>	139
<u>3.5.2 Decisão Final</u>	142
<u>3.5.2.1 Quorum para a Decisão Final</u>	143
<u>3.5.2.2 Interpretação e aplicação de preceito fundamental</u>	143
<u>3.5.2.3 Eficácia <i>erga omnes</i> e efeito vinculante</u>	145
<u>3.5.2.4 Eficácia temporal das decisões</u>	140
<u>4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL</u>	155
<u>4.1 ADPF'S NÃO CONHECIDAS</u>	156
<u>4.1.1 Ilegitimidade ativa</u>	156
<u>4.1.2 Existência de outro meio judicial eficaz para alcançar o efeito pretendido – Pressuposto da Subsidiariedade</u>	161
<u>4.1.3 Ausência de interesse processual superveniente</u>	168
<u>4.1.4 Projeto de Lei ou Projeto de Emenda Constitucional</u>	169

4.1.5 Súmula do Supremo Tribunal Federal.....	160
4.1.6 Ausência de Capacidade Postulatória.....	161
<u>4.2 ADPF'S SUSPENSAS EM VIRTUDE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.231</u>	171
<u>4.3 ADPF'S CONHECIDAS</u>	173
<u>4.3.1 ADPF 04</u>	173
<u>4.3.2 ADPF 10</u>	174
<u>4.3.3 ADPF 33</u>	176
<u>4.3.4 ADPF 54</u>	180
4.3.5. ADPF 79.....	179
<u>4.4 OUTRAS QUESTÕES SUSCITADAS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF</u>	189
<u>4.4.1 Controle de Políticas Públicas – Veto como objeto da ADPF</u>	191
<u>4.4.2 Conversão de ADPF em Ação Direta de Inconstitucionalidade</u>	195
<u>5 CONCLUSÃO</u>	197
<u>6 REFERÊNCIAS</u>	203

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a Argüição de Descumprimento Preceito Fundamental (ADPF) prevista no artigo 102, §1º da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei 9.822/99.

Ao instituir um instrumento inédito de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 102, § 1º, a “argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição”.

Apesar da referida previsão constitucional, somente em 03 de Dezembro de 1999, ou seja, 11 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que a Lei nº 9.882/99 regulamentou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no ordenamento jurídico pátrio. Até o advento da Lei nº 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerava que o artigo 102, §1º não era “auto-executável”, dependendo assim de norma regulamentadora.

A regulamentação da Lei nº 9.882/99, sobretudo após os vetos que mutilaram o texto aprovado pelo Congresso Nacional, não foi suficiente para a devida compreensão e efetiva utilização do instituto, suscitando dúvidas e incertezas quanto às hipóteses de cabimento e aos pressupostos de admissibilidade desta nova ação constitucional.

A produção científica acerca do tema, que era praticamente nula, após o advento da Lei nº 9.882/99 recebeu poucas contribuições doutrinárias¹.

¹ As publicações doutrinárias que merecem destaque são: TAVARES, André Ramos. **Tratado de Argüição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001; MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000; TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil**: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Neste cenário de incertezas, agravado pela inicial rejeição da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal às inovações introduzidas pela regulamentação da ADPF, esta ação foi pouco utilizada pela comunidade jurídica nacional em seus primeiros anos de regulamentação. Entretanto, a evolução da Jurisprudência da Corte Suprema, manifestada principalmente na apreciação do juízo de admissibilidade das ADPF nº 33 e ADPF nº 54, despertou a atenção da comunidade jurídica nacional para a utilização e para as potencialidades desta nova ação constitucional.

Reinaugurou-se assim a tarefa de compreensão e utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como ação constitucional destinada à defesa dos preceitos constitucionais fundamentais.

Apesar da evolução jurisprudencial², questões atinentes aos pressupostos de admissibilidade e ao objeto da ADPF, tais como a possibilidade do controle concentrado de constitucionalidade de atos regulamentares, municipais ou anteriores à Constituição; a definição de expressões como “descumprimento” e “preceito constitucional decorrente da Constituição” e o caráter subsidiário da ADPF continuaram sendo empecilhos à efetiva utilização desta ação constitucional. São exatamente estes pontos que pretendemos investigar na presente pesquisa.

O presente estudo objetiva analisar as hipóteses de cabimento, ou seja, o objeto da ADPF e os pressupostos de admissibilidade³ previstos na Lei nº 9.822/99, apresentando assim uma contribuição para compreensão e, conseqüentemente, para a efetiva utilização do instituto. Pretende-se delinear o âmbito de abrangência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o espaço desta nova ação constitucional no complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

No intuito de alcançar tal desiderato, apresentaremos inicialmente os fundamentos e a relevância da Supremacia Constitucional para o ordenamento jurídico a fim de que

² Cf. nota 1.

³ No intuito de alcançar o desiderato proposto, adotamos um enfoque eminentemente constitucional e, rejeitando a doutrina processual acerca do tema, consideramos pressupostos de admissibilidade tanto os pressupostos processuais como as condições da ação, como a legitimidade das partes.

seja compreendida a importância do alargamento da Jurisdição Constitucional pela ADPF.

Após, destacaremos o fenômeno da inconstitucionalidade propriamente dita, identificando seus pressupostos específicos para, no momento oportuno, diferenciá-lo do ‘descumprimento’ que enseja a utilização da APDF. Neste tópico, analisaremos também algumas modalidades de manifestação da inconstitucionalidade, dentre as quais a inconstitucionalidade superveniente.

Ainda no capítulo segundo apresentaremos conceitos fundamentais para o alcance da finalidade proposta, tais como a existência e invalidade dos atos inconstitucionais e as definições de norma, enunciado e preceito.

Teceremos após algumas considerações sobre a evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, pontuando a tendência de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade que culminou com a edição da Lei nº 9.882/99.

Em virtude do ineditismo da ADPF, a referência ao Direito Comparado será necessária e salutar, afastando assim preconceitos que dificultam a aceitação das inovações introduzidas no sistema constitucional brasileiro pela Lei nº 9.882/99. Neste ponto, recorreremos a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, ao Recurso de Amparo do direito espanhol e a *Beschwerde* do direito austríaco.

Assentado o alicerce sobre o qual se desenvolverá o presente estudo, passaremos à análise do cerne desta pesquisa. Apresentaremos as distintas modalidades de argüição e, logo após, adentraremos no estudo dos pressupostos gerais de admissibilidade da ADPF previstos na Lei 9.882/99. Nesta oportunidade, enfrentaremos temas como a definição de “preceito constitucional fundamental decorrente da constituição”, o estudo do “pressuposto da subsidiariedade” e a compreensão da “relevância da questão constitucional”.

Delineados os pressupostos de admissibilidade previstos na Lei nº 9.882/99, analisaremos o objeto da ADPF, enumerando os atos passíveis de impugnação por esta ação constitucional.

Em seguida, destacaremos aspectos processuais relevantes da ADPF, dentre os quais se destaca a legitimidade ativa para propositura desta ação constitucional

As Decisões Cautelar e Final proferidas em ADPF merecerão análise em tópico específico devido à complexidade do tema e aos vícios de inconstitucionalidade suscitados, sobretudo quanto aos seus respectivos efeitos.

Por fim, o capítulo final é dedicado exclusivamente à análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, destacaremos as principais questões que inviabilizam o conhecimento de uma ADPF pelo Supremo Tribunal Federal, além de pontuar os avanços e retrocessos da Corte Constitucional na compreensão do instituto e apontar as tendências jurisprudenciais que delinearão o âmbito de impugnação deste novo instrumento de defesa dos preceitos constitucionais fundamentais.

1.1 O MÉTODO CIENTÍFICO

A pesquisa científica deve orientar-se sempre pela objetividade e pela seriedade a fim de alcançar seu principal desiderato: a transmissão de conhecimento.

Neste propósito, o estudo científico deve pautar-se por uma série de diretrizes, técnicas e práticas, que integram o chamado método científico. O método científico orientará a atividade do cientista na prévia delimitação do objeto, na identificação do problema, na verificação das hipóteses e, finalmente, na utilização dos procedimentos necessários à confirmação das proposições lançadas.

É a utilização do método científico que conferirá credibilidade ao conhecimento científico, permitindo aos demais estudiosos a análise e o julgamento das proposições apresentadas na pesquisa.⁴

Este estudo será pautado por uma abordagem eminentemente constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Apesar da apreciação de alguns aspectos processuais indispensáveis à compreensão do tema, a ADPF será estudada sob um enfoque eminentemente constitucional, sendo as questões enfrentadas sempre no âmbito do ordenamento jurídico positivo consagrado pela Constituição Federal de 1988. Isto não afasta, contudo, a pertinência e a importância dos métodos de abordagem histórico e comparativo utilizados neste estudo.

Utilizaremos ainda uma forma de abordagem dialética, na qual, a partir da contraposição de tese e antítese, buscaremos conclusões que atendam os objetivos propostos.

Quanto às técnicas de pesquisas, realizar-se-á pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será efetuada mediante o levantamento de publicações avulsas, artigos, revistas, livros, monografias e dissertações de mestrado existentes em relação ao tema. Já a pesquisa documental será realizada por consulta, perante a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, das decisões monocráticas e colegiadas proferidas nos processos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O referencial teórico basilar será a doutrina de Hans Kelsen. Os conceitos da doutrina kelseniana encontram-se presentes na idéia de Supremacia Constitucional, na concepção de existência e invalidade dos atos inconstitucionais, nos conceitos de norma e de enunciado, bem como nos postulados do controle de constitucionalidade que orientam a elaboração deste estudo.

Há de se ressaltar, por fim, que a adoção do método e do referencial teórico acima apresentados não significa a sobreposição qualitativa de tais diretrizes sobre outras

⁴ LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber**. Tradução de Heloisa Monteiro e Francisco Settineri. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p. 47.

igualmente merecedores de respeito. Pelo contrário, a exposição da metodologia utilizada neste trabalho visa apenas a expor as diretrizes sobre as quais será erigida a presente pesquisa, evitando assim incompreensões hermenêuticas e conferindo espaço para contraposição de questionamentos que enalteçam este trabalho científico.

2 INCONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição pode ser analisada a partir de diferentes perspectivas⁵, sendo seu conceito “sempre dependente do tipo de olhar científico que o estudioso faz incidir sobre o seu objeto de estudo”.⁶

Importa, para o presente estudo, a perspectiva jurídica da Constituição, isto é, a compreensão da Constituição como norma superior que serve de fundamento de validade das demais normas existentes no ordenamento jurídico.

Ao fundamentar a Supremacia da Constituição na relação hierárquica existente entre as normas jurídicas, Hans Kelsen se utiliza de uma figura geométrica, mais precisamente uma pirâmide, para demonstrar o escalonamento das normas.

Conforme Kelsen, a ordem jurídica não é um sistema de normas dispostas no mesmo plano, uma ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas e níveis. Deste modo, prossegue o mestre da Escola de Viena, “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja

⁵ Os conceitos clássicos de Constituição a apresentam sob três perspectivas distintas. A primeira é a perspectiva sociológica que compreende a Constituição como a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação, sem a concorrência dos quais a Constituição não passaria de uma “folha de papel”. (LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.) A segunda perspectiva é a política, que define a Constituição como a síntese da “decisão política fundamental”. Nesta concepção, as normas derivam de uma decisão política do titular do Poder Constituinte. Destarte, a constituição é válida quando deriva de um Poder Constituinte e se estabelece por vontade dele. A essência da Constituição reside, portanto, na decisão política a ela subjacente (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. 2. reimpr. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.) Por fim, conforme a perspectiva jurídica, a Constituição é conceituada como a norma posta que, encontrando-se no ápice do ordenamento jurídico positivo, serve de fundamento último de validade de todas as demais normas integrantes de determinada ordem jurídica estatal. (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b. p. 182 ss.)

⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. A fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995. p. 18.

validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”.⁷

Sustentando que a validade da norma depende da concordância com os ditames da norma superior, Kelsen situa a Constituição no ápice da pirâmide normativa, sendo esta o fator determinante da unidade e, por conseguinte, o fundamento de validade de determinado ordenamento jurídico.⁸

Entretanto, conforme assevera Jorge Miranda, “não é preciso entronizar as teses da Teoria Pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos”. Aliás, prossegue o constitucionalista português, “apesar de só no século XX disso se ter tomado perfeita consciência, a supremacia da Constituição decorre de sua função no ordenamento”.⁹

J. J. Gomes Canotilho considera que a Supremacia Constitucional decorre do caráter fundamental da própria Constituição, e não das normas individualmente consideradas. O constitucionalista português assevera que o Estado de Direito é um Estado constitucional porque possui uma Constituição normativa estruturante da ordem jurídica fundamental. Exatamente por conferir medida e forma à ordem estatal e aos atos do poder público é que a Constituição é dotada de supremacia.¹⁰

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a. p. 215-217.

⁸ Considerando o escalonamento das normas e admitindo que o fundamento de validade da norma se encontra na norma de grau superior, mister encontrar o fundamento de validade da norma que se encontra no ápice da pirâmide kelseniana. Nesta linha de raciocínio, ou seja, admitindo que uma norma inferior encontra sua validade em uma norma imediatamente superior, e assim por diante, chegaremos sempre à existência de uma norma superior, a qual não poderia, sob pena de conduzir este raciocínio ao infinito, buscar sua validade em outra norma superior. Atento a tal problema e evitando a busca infundável pela norma que primeiro autorizou a edição das demais, Kelsen pressupõe uma norma fundamental. A norma fundamental pressuposta é uma ficção instituída para sistematizar o ordenamento a partir de bases que não o levem a fatores estranhos à ciência jurídica. Após vislumbrar o caráter hipotético da norma fundamental, o próprio Kelsen revisou sua teoria para considerar a norma fundamental não mais uma hipótese, mas sim ‘pura’ ou ‘verdadeira’ ficção. (KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 328). A norma fundamental é, portanto, uma constituição em sentido lógico-jurídico, como “fato fundamental” de criação do direito, diferentemente da Constituição em sentido jurídico-positivo (Cf. nota 2 deste capítulo).

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição e Inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 334.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 245.

Outro fundamento suscitado para a justificação da Supremacia Constitucional é a soberania da vontade popular expressada na Constituição. Neste sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha sustenta que a “supremacia da Constituição sobre todas as outras normas resulta da superioridade do querer do povo nela expresso”.¹¹

Por sua vez, apontando a soberania popular como o fundamento da Supremacia Constitucional, Carlos Ayres Brito assevera que, sendo a Constituição o modo pelo qual um povo expressa que atingiu o ápice de seu amadurecimento jurídico e plenitude política, as normas constitucionais devem ser erigidas à condição de “Leis das Leis”.¹²

Ao lecionar sobre o tema, Luís Roberto Barroso alicerça a Supremacia da Constituição em dois postulados básicos: a distinção entre Poder Constituinte e poder constituído e entre constituições rígidas e flexíveis. Segundo Barroso, a superioridade do Poder Constituinte faz com que o produto do seu exercício seja elevado ao topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as outras normas. Entretanto, esta supremacia derivada só é possível verificar onde exista Constituição rígida, devido à maior permanência e à estabilidade que caracteriza a Lei Fundamental em tais ordenamentos.¹³

Neste diapasão, a identificação do fundamento da Supremacia Constitucional pressupõe o retorno à teoria clássica do Poder Constituinte preconizada pelo Abade Emmanuel Josph Sieyès.

Conforme sustenta Sieyès, as leis constitucionais são fundamentais em virtude da superioridade do Poder Constituinte sobre os órgãos constituídos:

¹¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 52.

¹² Repetindo o discurso, a Constituição, único documento jurídico a atestar a soberania de um povo, é como a soberania mesma: projeção do poder, fora e dentro do território que o povo conquista com *animus domini*. Logo, internamente, assume-se como a Lei das Leis, notadamente à face (*sic*) das suas emendas (a Constituição a cumprir o papel de não deixar que suas emendas cumpram o papel de atestar a soberania do povo); externamente, não reconhece outro Poder ou outro Organismo de que venha a fazer parte senão nos termos por ela previstos. (BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.135.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004b. p. 162-164.

[...] são chamadas fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do Poder Constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais.¹⁴

Na esteira do raciocínio de Sieyès e de Barroso, consideramos que a Supremacia Constitucional está diretamente associada à idéia de Poder Constituinte. Deveras, é a superioridade do Poder Constituinte sobre os órgãos constituídos que faz com que o resultado direto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no ápice do ordenamento jurídico, servindo como fundamento de validade das demais normas integrantes do sistema.¹⁵

Como resultado direto da manifestação do Poder Constituinte, as normas constitucionais serão sempre dotadas de Supremacia, independentemente do seu conteúdo. Até mesmo as normas apenas formalmente constitucionais são dotadas de Supremacia Constitucional e, por conseguinte, são dotadas de observância obrigatória pelos órgãos constituídos, preservando-se assim a constituição de investidas desautorizadas do legislador ordinário.¹⁶

Entretanto, somente em ordenamentos jurídicos que assegurem a rigidez constitucional, estabelecendo um processo de elaboração diverso e mais complexo para a elaboração de normas constitucionais, será possível a preservação da Supremacia Constitucional. Aliás, é a rigidez constitucional que impede a alteração das normas constitucionais por leis aprovadas pelo legislador ordinário.

Alicerçando-se nos pressupostos da Supremacia da Constituição e da rigidez constitucional foi que, apesar da inexistência de competência constitucional explícita, em 1803, no célebre caso *Marbury x Madison*, a Suprema Corte norte-americana

¹⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le tiers État?**. Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.48 -49.

¹⁵ BARROSO, 2004b, p. 163.

¹⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.12.

inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, afirmando assim o seu poder de negar aplicação à lei contrária à Constituição¹⁷.

Deste modo, em um ordenamento jurídico caracterizado pela rigidez constitucional, havendo incompatibilidade entre o ato de um órgão constituído e o texto constitucional, deve-se assegurar a Supremacia das Normas Constitucionais. É oportuno, por conseguinte, o estudo do fenômeno da inconstitucionalidade.

2.2 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição é o parâmetro de validade das demais normas jurídicas, que serão excluídas do ordenamento jurídico quando contrárias ao texto constitucional:

¹⁷ Nesta decisão, a Suprema Corte Americana assentou que os atos do Executivo ou do Legislativo podem ser controlados em face da Constituição e invalidados se com ela incompatíveis. Entretanto, o precedente *Marbury x Madison* é um pouco menos edificante do que se pode supor. John Adams, havendo perdido as eleições para Thomas Jefferson, conseguiu que o Congresso, no apagar das luzes de seu governo, aprovasse um conjunto de leis criando inúmeros cargos no Poder Judiciário – que nos EUA dependem de nomeação do Presidente da República. Cabia ao Secretário de Governo, John Marshall, praticar os atos de investidura dos juizes nos cargos. Marshall, no entanto, fora ele próprio nomeado para o cargo de presidente da Suprema Corte, e não conseguiu efetuar a entrega de todos os atos de investidura dos novos juizes federais e de paz nomeados por John Adams. Thomas Jefferson, ao tomar posse na Presidência dos EUA, determinou ao seu Secretário de Governo, James Madison, que aqueles que não tivessem recebido o ato de investidura durante o governo anterior não o recebessem mais. *Marbury* e outros, então, impetraram um *writ of mandamus*, em face de Madison, para compeli-lo a entregar os atos de investidura nos cargos de juiz de paz. Proposta a ação, Jefferson conseguiu que o Congresso, onde contava com maioria, suspendesse o funcionamento da Suprema Corte durante o ano de 1802. Em 1803, quando da retomada dos trabalhos, Jefferson mandou avisar aos Ministros da Suprema Corte que aqueles que votassem contra ele sofreriam procedimento de *impeachment* para a conseqüente destituição do cargo. Foi nesse contexto de tensões e ameaças que começou a ser apreciado o caso *Marbury x Madison*. John Marshall avocou para si a decisão da matéria, já que nos EUA o presidente da Suprema Corte não é obrigado a distribuir os processos. Não se considerou suspeito ou impedido, ainda que tivesse sido o responsável pela não concretização das entregas dos atos de investidura. Ao expor as suas razões decisórias, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a Suprema da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação.” Em segundo lugar, e como conseqüência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o *intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”. BARROSO, 2004, p. 3-10.

Sendo o sistema constitucional o padrão mensurador da validade jurídica de uma lei, ato normativo ou comportamento tem-se que este desvale em relação àquele pela ausência de sintonia entre eles e a maior superioridade e força obrigatória da norma constitucional.¹⁸

Apesar do caráter lógico e intelectual da conclusão acima apresentada, a inconstitucionalidade não decorre de simples verificação da incompatibilidade do ato com o texto constitucional. Mais do que isto, a inconstitucionalidade “é essencialmente uma relação de caráter normativo e valorativo”.¹⁹ Aliás, conforme destaca Jorge Miranda, “não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um quid a outro, ou a desarmonia entre estes e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica”.²⁰

A compreensão da inconstitucionalidade, portanto, ultrapassa a simples verificação de compatibilidade lógica dos atos infraconstitucionais com o texto supremo.

Cumprido salientar inicialmente que a transgressão ou a incompatibilidade que enseja a inconstitucionalidade será sempre em relação a uma norma, e não contra todo o texto constitucional. Ainda que violado todo um capítulo ou toda uma seção da Constituição, “pela inconstitucionalidade transgride-se uma norma constitucional uma a uma, não se transgridem todas ao mesmo tempo e de igual modo”.²¹

Há de se destacar, contudo, que as normas constitucionais bipartem-se em princípios e regras (ver item 2.3.2). Assim como as regras, os princípios constitucionais também são passíveis de transgressão e, por conseguinte, motivadores de inconstitucionalidade.

A percepção das diferentes espécies de normas constitucionais é importante porque, além das regras definidoras de competência, da organização do Estado e do modo de produção de outras normas, as Constituições modernas prevêm princípios que sintetizam a opção fundamental de determinada comunidade, apresentando os

¹⁸ ROCHA, 1991, p. 98.

¹⁹ MIRANDA, 1996, p. 311.

²⁰ Ibid., p. 311.

²¹ Ibid., p.313.

valores básicos a serem acatados e desenvolvidos pelo próprio Estado.²² Destarte, assim como ocorre com as normas de organização do Estado, a contrariedade aos valores albergados no texto constitucional, normalmente sintetizados em normas programáticas ou princípios constitucionais, enseja a inconstitucionalidade da lei, do ato normativo ou do comportamento transgressor.

A correta compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade exige ainda uma análise da natureza pública ou privada dos atos reputados inconstitucionais.

Alicerçando-se no pressuposto de que a Constituição disciplina essencialmente o comportamento dos órgãos do poder público, parte da doutrina considera que, somente os atos das entidades públicas ensejam a inconstitucionalidade. Neste particular, Jorge Miranda sustenta que:

Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado.²³

Por sua vez, manifestando posição diametralmente oposta, Carmem Lúcia Antunes Rocha propugna que, assim como ocorre em relação aos atos dos agentes do Poder Público, a conduta de um ente privado também pode ser contrária à Constituição, ensejando assim a inconstitucionalidade.²⁴

A distinção conceitual entre atos públicos e privados não descaracteriza o fenômeno da inconstitucionalidade. Aliás, assim como ocorre em relação aos atos públicos, o ato particular também pode afrontar diretamente a Constituição, ensejando a

²² TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001a. p. 69.

²³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 10. (No mesmo sentido: BARROSO, 2004, p. 11).

²⁴ ROCHA, 1991, p. 100.

inconstitucionalidade. Deste modo, apesar das distintas formas de impugnação e das diversas conseqüências jurídicas, a inconstitucionalidade se manifesta tanto em relação aos atos públicos quanto aos atos privados, sobretudo quando estes são praticados por particulares no desempenho de atividades públicas.

Por fim, a inconstitucionalidade pressupõe uma relação direta e imediata entre a lei, o ato normativo ou o comportamento transgressor e a Constituição.

A Constituição se encontra no vértice do ordenamento jurídico, sendo o parâmetro de validade das demais normas. Isto não significa, contudo, que a Constituição seja o fundamento único, imediato e direto de todas as outras normas.

Diversos são os atos que se fundamentam em normas infraconstitucionais, dentre os quais se encontram os contratos e os atos administrativos. Nestes casos, constatada a incompatibilidade do ato com a norma que lhe serve de fundamento direto de validade e sendo esta uma norma infraconstitucional, não há que se falar em inconstitucionalidade propriamente dita, mas tão-somente em ilegalidade.

Apenas os atos que derivam imediatamente do texto constitucional podem provocar uma violação direta e imediata da Constituição e, por conseguinte, ensejar a inconstitucionalidade propriamente dita. Os atos que encontram seu fundamento de validade direto em normas infraconstitucionais podem ocasionar a ilegalidade, quando contrários às normas que os institui, mas não serão aptos à configuração da inconstitucionalidade. A admissão da inconstitucionalidade por transgressão indireta ou mediata do texto constitucional ampliaria demasiadamente o fenômeno da inconstitucionalidade, pois “todas as violações normativas seriam reduzíveis a uma questão de inconstitucionalidade”.²⁵

Apresentadas as diretrizes indispensáveis à compreensão da inconstitucionalidade, é oportuna a apreciação de algumas modalidades de manifestação deste fenômeno.

²⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 176.

2.2.1 Inconstitucionalidade formal e material

Todo ato jurídico possui um conteúdo e uma forma, podendo ser contrário à Constituição tanto em virtude da divergência do seu conteúdo quanto em decorrência de deficiência no seu processo de formação e exteriorização.²⁶

A inconstitucionalidade formal ocorrerá quando a lei, o ato normativo ou o comportamento estatal tenha sido realizado em desconformidade com o processo de formação ou elaboração das normas ou dos atos jurídicos previstos na Constituição.

A inconstitucionalidade material se manifestará quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em dissonância com alguma norma prevista na Constituição.²⁷ A inconstitucionalidade material revela, portanto, uma incompatibilidade de conteúdo entre o ato normativo, a lei ou o comportamento e a Constituição, sendo revestido, portanto, de alto teor de subjetividade.

Ao analisar a inconstitucionalidade material dos atos legislativos, Gilmar Ferreira Mendes afirma que a mesma advém não apenas de eventual contradição entre a lei e a norma constitucional, mas também do desvio ou excesso de poder legislativo, assim considerado a incompatibilidade entre a lei e os fins consagrados na Constituição:

Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder a censura sobre a adequação e a exigibilidade do ato legislativo. (...) Há, pois, de se precisar a coincidência entre a norma e o fim consagrado constitucionalmente.²⁸

²⁶ Ibid., p. 339.

²⁷ Neste sentido, Luís Roberto Barroso exemplifica que a inconstitucionalidade material “pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, *caput*, e 3, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.” (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004a, p. 28).

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 37-40.

Não se trata de apreciar a conveniência e a oportunidade da elaboração da lei, pois isto envolveria o próprio mérito do ato, mas sim de averiguar a compatibilidade entre os fins constitucionais e o ato legislativo destinado à consecução destas finalidades.²⁹ Neste contexto, a existência de ato restritivo de direitos dos cidadãos e desnecessário para a incolumidade da situação jurídica que se pretende tutelar configuraria típica incompatibilidade entre meios e fins e, conseqüentemente, de inconstitucionalidade por excesso do poder de legislar.

A inconstitucionalidade material por violação ao “princípio da proibição do excesso” encontra-se expressamente prevista na Constituição portuguesa, a qual dispõe que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. (art. 182)

Ao exemplificar situações de inconstitucionalidade decorrentes do supracitado preceito constitucional, J. J. Gomes Canotilho assevera que uma lei destinada a defender a segurança do trânsito, por exemplo, pode proibir a afixação de propaganda política em determinados locais (restrição do direito de liberdade de expressão), mas seria inconstitucional – por violação ao princípio do excesso – se proibisse propagandas eleitorais nas estradas portuguesas.³⁰ Do mesmo modo, uma lei pode justificar a restrição da propaganda política sonora a fim de proteger os cidadãos contra ruídos excessivos, mas seria claramente inconstitucional, pois desproporcional, se estabelecesse uma proibição integral de propaganda sonora durante o dia.³¹

A aferição da inconstitucionalidade material por excesso de poder legislativo envolve questão inerente aos próprios limites funcionais da jurisdição constitucional, o que extrapola os limites deste estudo. Cumpre-nos, por ora, ressaltar apenas que a apreciação da inconstitucionalidade material envolve a averiguação da adequação e da necessidade da norma em face das diretrizes delineadas no texto constitucional.

²⁹ Ibid., p. 42.

³⁰ CANOTILHO, 2002, p. 489.

³¹ Cf. nota 36 deste capítulo.

No ordenamento jurídico pátrio, apesar de não se encontrar expressamente previsto como norma no texto constitucional, o “princípio da proibição do excesso” é um princípio implícito que deriva da própria essência da Constituição Federal de 1988, que consagra o Estado Democrático de Direito como um de seus alicerces fundamentais.³²

O princípio da proibição do excesso é, portanto, um princípio implícito da Constituição Federal de 1988 e, como tal, atua como parâmetro de constitucionalidade dos atos jurídicos.

Deste modo, a inconstitucionalidade material da lei, do ato normativo ou do comportamento impugnado poderá resultar não apenas da eventual dissonância literal do ato com o texto constitucional, mas também da ausência de adequação e de necessidade do mesmo em face das diretrizes estabelecidas no texto constitucional.

Por outro lado, a inconstitucionalidade formal resulta de um defeito na elaboração do ato, seja pela inobservância de regras procedimentais previstas na Constituição, seja em virtude da violação das regras de competência constitucional.³³

Destarte, para aferir a constitucionalidade formal do ato é necessário averiguar se ele foi elaborado em conformidade com a Constituição, se houve estrita observância das normas estatuídas ou a violação de competência constitucional.

A primeira possibilidade a ser considerada em relação aos vícios formais é a inconstitucionalidade orgânica, revelada pela inobservância das regras de competência para a edição do ato.³⁴

³² MENDES, 1990, p. 38-54.

³³ Contrapondo-se à classificação majoritária das normas formalmente ou materialmente inconstitucionais, Geovany Jeveaux propugna uma classificação fundamentada na natureza da norma constitucional ofendida, e não do conteúdo do preceito constitucional transgredido. Neste sentido, partindo da premissa de que “a norma constitucional que serve de referência para a análise pode ter natureza material ou formal”, Jeveaux sustenta que “quando se trata de norma materialmente constitucional, fala-se que a inconstitucionalidade é material; quando se trata de norma formalmente constitucional, fala-se que a inconstitucionalidade é formal.” (2003, p. 90).

³⁴ BARROSO, 2004, p. 25.

Inconstitucional será, por exemplo, uma lei versando sobre contrato de locação de imóveis, que tenha sido promulgada pela Assembléia Legislativa de determinado Estado da Federação, quando a Constituição Federal prever a competência privativa da União Federal para legislar sobre a matéria.

Haverá ainda inconstitucionalidade formal quando determinada espécie normativa for elaborada sem a estrita observância do processo legislativo previsto na Constituição Federal, sendo que a infração a qualquer etapa do rito procedimental, que em regra inclui iniciativa³⁵, deliberação, votação, sanção, promulgação e publicação, ensejará a inconstitucionalidade formal do ato normativo.

A inconstitucionalidade formal pode derivar também da inobservância, pelo ato, da forma constitucionalmente estabelecida. Deste modo, se somente mediante lei complementar puder ser regulamentada determinada matéria, inconstitucional será a lei ordinária que o fizer.

Vale ressaltar ainda a existência de situações excepcionais que limitam e restringem a edição de determinados atos, padecendo de inconstitucionalidade formal, por exemplo, a lei promulgada durante estado de sítio, quando a Constituição vedar a edição de atos normativos em tais períodos.

Apresentadas as considerações necessárias à compreensão das inconstitucionalidades material e formal, é oportuna a análise da diferença entre inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.

³⁵ Quanto ao vício de iniciativa, durante algum tempo vigorou na Jurisprudência brasileira a compreensão de que poderia ser convalidado pelo Presidente da República no momento da sanção. A Súmula 5 do Supremo Tribunal Federal dispunha que “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.” Esta orientação já não é mais a predominante na Corte Suprema, que atualmente considera que “A sanção a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão à cláusula inscrita no art. 63, I, da Carta Federal, não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade do Chefe do Poder Executivo – ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada – revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. . Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.070-MS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU, 15 set. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2005).

2.2.2 Inconstitucionalidade por ação e omissão

Assim como as demais normas jurídicas, as normas constitucionais contêm um mandamento imperativo, impondo ou vedando a prática de determinados atos aos jurisdicionados e ao Poder Público. Deste modo, a violação da Constituição é possível tanto pela prática de atos que ela proíbe quanto pela inércia diante de comportamentos que ela impõe.

A inconstitucionalidade por ação se verifica quando uma lei, um ato normativo ou um comportamento comissivo viola uma norma constitucional.

Entretanto, a Constituição pode ser violada não apenas por comportamentos comissivos, mas também pela inércia dos poderes públicos, revelando-se imprescindível a análise e o estudo da inconstitucionalidade por omissão para que a Carta Magna não se transforme “num patético catálogo de intenções deixando de ter aplicabilidade por causa da inércia ou da resistência do legislador e das autoridades incumbidas de editar leis ou atos reguladores de normas constitucionais”.³⁶

Qualquer dos poderes constituídos pode cometer inconstitucionalidade por omissão. Sucede isto com a função legislativa, com a função política ou de governo, com a função administrativa e até mesmo com a função jurisdicional.

Interessante exemplo de inconstitucionalidade por omissão do Poder Executivo remonta ao período de 1891 a 1893, quando, por omissão do Presidente da República no preenchimento dos cargos do Supremo Tribunal Federal, esta Corte ficou paralisada durante meses por falta de preenchimento dos cargos vagos.³⁷

As hipóteses mais comuns de inconstitucionalidade por omissão do Executivo, entretanto, derivam da inércia deste na propositura de projetos de leis de iniciativa privativa do Chefe do Executivo ou na inação quanto à expedição de regulamentos

³⁶ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3.ed. 2. tir., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003. p.247.

³⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I. 1891 a 1898, Defesa das liberdades civis.

ou de atos normativos secundários indispensáveis à execução das leis, sem os quais a Constituição muitas vezes deixa de ser efetivamente aplicada.

Neste ponto, cumpre destacar que, diante de uma imposição constitucional concreta, surge para o Poder Executivo o poder-dever de expedir o respectivo regulamento, sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

Quanto ao Poder Judiciário, a mais grave omissão inconstitucional reside na negativa de prestação jurisdicional, que pode derivar da omissão do magistrado na análise e decisão de um caso concreto ou da paralisação injustificada de sua atividade jurisdicional.

A omissão inconstitucional que enseja maiores divergências é a omissão legislativa, pois a mesma se situa no ténue liame entre a liberdade do Legislador e a necessidade de elaboração das leis para a concretização dos mandamentos constitucionais.

Apesar da crise de legitimidade que recai sobre o parlamento nos últimos anos, este ainda é o órgão institucional representativo da vontade popular, não podendo lhe ser subtraída a escolha e a decisão do momento oportuno para integrar as normas constitucionais. Indubitável, portanto, é a legitimidade do Parlamento para a análise do momento, da conveniência, da oportunidade e da necessidade de elaboração das leis, sendo que ordinariamente a inércia do Legislativo não se revela suficiente para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão. Entretanto, nos casos em que a eficácia das normas constitucionais depender de uma atuação positiva do legislador ordinário, sua inércia configurará inconstitucionalidade por omissão.

Situando-se a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo “nas fronteiras da liberdade de decretação que é apanágio do poder legislativo e do dever de legislar a que ele está sujeito”³⁸, imperiosa é a análise de seus pressupostos.

³⁸ MIRANDA, 1996, p. 511.

Em clássica lição sobre o tema, Jorge Miranda pontifica que a inconstitucionalidade por omissão pressupõe:

a) que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; c) que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma.³⁹

Omissão legislativa inconstitucional, portanto, não significa apenas deixar de fazer aquilo que a Constituição determina, mas violar, mediante o comportamento omissivo, uma disposição constitucional que impõe uma atitude comissiva do legislador. Deste modo, podemos dizer que, além da renúncia tácita de uma competência outorgada pela Constituição Federal, a omissão normativa representa também uma violação ao mandamento impositivo da norma constitucional.

Neste sentido, vislumbrando na inconstitucionalidade por omissão legislativa uma violação a uma exigência constitucional de ação, J. J. Gomes Canotinho assevera que:

A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional.

As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da constituição.⁴⁰

A inércia que enseja a inconstitucionalidade por omissão, portanto, deve ser juridicamente qualificada, pois não basta o legislador não fazer o que a lei determina. É indispensável que esta inércia configure violação a um mandamento constitucional que impõe uma atitude positiva do legislador ordinário.

³⁹ MIRANDA, 1996, p. 511.

⁴⁰ CANOTILHO, 2002, p. 1024.

Dependendo a inconstitucionalidade por omissão da verificação de um comportamento negativo do legislador diante de um mandamento constitucional positivo, necessário o retorno às classificações e distinções das normas propostas pela doutrina para, a partir daí, identificando as normas constitucionais que estabelecem deveres ao legislador, verificarmos onde há possibilidade da violação dos respectivos preceitos.

Ao apresentar a clássica distinção das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, José Afonso da Silva as subdivide em três categorias distintas: (i) as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, assim consideradas aquelas normas que, desde sua entrada em vigor, têm a possibilidade de produzir os efeitos que lhe são próprios, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que constitui seu objeto, prescindindo de outras providências legislativas para sua incidência e aplicabilidade; (ii) as normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata são aquelas normas nas quais o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, resguardando um âmbito de atuação discricionária do Poder Público; (iii) as normas de eficácia limitada destituídas de normatividade suficiente para sua aplicação, que necessitam de legislação ordinária para viabilizar sua aplicação, mas têm eficácia impositiva do dever de legislar.⁴¹

Conforme leciona José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada podem ser de princípio institutivo, pelas quais o legislador estabelece a estruturação e competência dos órgãos estatais, ou de princípio programático, nas quais o legislador constituinte traça as finalidades a serem alcançadas pelos órgãos do Poder Público, compondo assim os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as Cartas constitucionais contemporâneas.⁴²

Por sua vez, alicerçando-se no pressuposto de que uma Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais dos indivíduos e traça os fins públicos a serem alcançados pelo Estado, Luís Roberto Barroso propõe a classificação das normas constitucionais em: (i) normas constitucionais de

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴² *Ibid.*, p.117.

organização, que definem o arcabouço da organização política do Estado, instituindo os órgãos da soberania, estabelecendo competências e determinando as formas e os processos de exercício do poder político; (ii) definidoras de direitos, que estabelecem os direitos fundamentais dos indivíduos de determinado Estado, tais como os direitos políticos, individuais, sociais e difusos; (iii) normas constitucionais programáticas, que estabelecem determinados princípios ou fixam programas de ação para o Poder Público.⁴³

Neste trabalho, para fins de análise e estudo da inconstitucionalidade por omissão, utilizaremos como referência a classificação proposta por Luís Roberto Barroso.

Como a inconstitucionalidade por omissão pressupõe um comportamento negativo do legislador diante de mandamento constitucional positivo, conforme destacado acima, é evidente a possibilidade de ocorrência do fenômeno nas duas primeiras espécies de normas constitucionais, que impõem uma atuação positiva do poder público.

A dificuldade na identificação da inconstitucionalidade por omissão se coloca principalmente na terceira espécie de normas, que são as normas programáticas.

Apesar de deixarem ao legislador a incumbência da respectiva regulamentação, as normas constitucionais que estabelecem direitos aos cidadãos, conforme os casos e na forma a serem definidos em lei, são normas definidoras de direitos, e não normas programáticas, sendo que a inércia do Poder Legislativo em tais hipóteses enseja autêntica omissão inconstitucional.⁴⁴

Deste modo, a norma que estabelece que é direito do trabalhador “a participação nos lucros, conforme definido em lei” não é norma programática, mas autêntica norma definidora de direito, cuja violação configura evidente inconstitucionalidade por omissão.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 91-122.

⁴⁴ Ibid., p. 165.

Ao contrário das normas programáticas, as normas definidoras de direito especificam o interesse jurídico tutelado, apontam o bem jurídico fruível e definem a conduta a ser seguida, impondo uma atuação positiva do Poder Público para a concretização de direito constitucional nela previsto.

Por sua vez, as normas programáticas apenas prevêm um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo de conveniência, oportunidade e conteúdo, prescindindo de um mandamento constitucional positivo destinado ao legislador.

A título de exemplificação de normas programáticas, cite-se o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, que prevê que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Nestas situações, embora a norma constitucional estabeleça uma diretriz a ser observada no processo de elaboração das leis, não há imposição de determinado comportamento comissivo ao legislador ordinário. Deste modo, na hipótese de omissão legislativa, não haverá o surgimento de um direito dos jurisdicionados à legislação.⁴⁵

A difícil caracterização da omissão inconstitucional do Poder Legislativo diante das normas programáticas não significa, entretanto, a impossibilidade de inconstitucionalidade por omissão em tais hipóteses, mas tão-somente a maior dificuldade da verificação do fenômeno em razão da menor vinculação do Poder Público à realização de determinada conduta.

Estabelecidas algumas premissas necessárias à distinção entre as denominadas normas definidoras de direitos e as normas programáticas, é preciso destacar que as normas programáticas abrangem também os princípios jurídicos. Deste modo, subdividindo-se as normas programáticas apresentadas por Barroso em normas programáticas propriamente ditas e princípios jurídicos, podemos dizer que o critério proposto pelo doutrinador é quádruplo, e não tríplice.

⁴⁵ CANOTILHO, 2002, p. 1026.

As normas programáticas propriamente ditas constituem verdadeiras diretrizes políticas a serem observadas pelo Estado, mas cuja concretização depende da análise da conveniência e oportunidade pelo Legislador, dificultando assim a ocorrência e a identificação da inconstitucionalidade por omissão. Por outro lado, os princípios constitucionais sintetizam imperativos de justiça, igualdade, integridade e outros valores considerados essenciais por determinada sociedade, impondo ao legislador a edição de normas legislativas tendentes a concretizá-los.

Ante todo o exposto, considerando o grau de vinculação do legislador à realização da conduta imposta pela norma constitucional, podemos estabelecer uma escala de vinculação do legislador conforme a espécie da norma constitucional, sendo as normas de organização as mais vinculadoras, seguindo-se das normas definidoras de direito, normas-princípio e, por fim, normas programáticas propriamente ditas.

Entretanto, a existência de um mandamento constitucional impositivo não se revela, por si só, suficiente à caracterização da inconstitucionalidade por omissão, pois há de se atribuir ao legislador um prazo razoável para empreender as medidas legislativas necessárias⁴⁶, concretizando assim os mandamentos constitucionais. O decurso de certo lapso temporal é, portanto, imprescindível para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão.⁴⁷

Sem pretender invadir a esfera de competência constitucional do Legislativo, o órgão fiscalizador da inconstitucionalidade deve aferir a conduta do legislador diante do lapso temporal decorrido, concluindo pela omissão sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador deveria ter emitido norma legal.⁴⁸

⁴⁶ MENDES, 1990, p. 58.

⁴⁷ Ao apresentar fórmula inspiradora da proposta no presente estudo, Juliano Taveira Bernardes assevera que: “como é o transcurso do tempo que determina se a inércia regulamentar acarreta situação constitucional imperfeita ou inconstitucionalidade por omissão, o parâmetro do controle da constitucionalidade dos atos omissivos consiste não somente do mero aspecto material da norma constitucional, mas depende ainda da avaliação do elemento cronológico, numa equação assim exprimível: **parâmetro de controle = norma constitucional + decurso tempo**. De sua vez, a inconstitucionalidade por omissão parece ser resultado da operação: **parâmetro de controle – atuação normativa requerida = inconstitucionalidade por omissão**” (2004, p. 236).

⁴⁸ MIRANDA, 1996, p. 521.

Por fim, a última distinção relativa às diferentes manifestações de inconstitucionalidade que interessa ao presente estudo é aquela concernente ao momento da verificação da inconstitucionalidade: originária ou superveniente.

2.2.3 Inconstitucionalidade originária e superveniente

A inconstitucionalidade originária é aquela que resulta de vício congênito do ato, que se mostra incompatível com a Constituição em vigor desde o seu ingresso no ordenamento jurídico. Já a inconstitucionalidade superveniente advém de um vício que se manifesta após um período de existência válida do ato.

A inconstitucionalidade superveniente se verifica em três modalidades distintas: (i) a alteração de circunstâncias fáticas que ensejam a modificação na interpretação da norma, tornando-a inconstitucional; (ii) a evolução na interpretação da Constituição, tornando inconstitucionais normas ou atos antes considerados compatíveis com os preceitos constitucionais; (iii) a superveniência de outra Constituição ou de reforma constitucional, comumente verificada por meio de emendas à Constituição.

A primeira hipótese de inconstitucionalidade superveniente pressupõe uma modificação nas relações fáticas que, de tão profunda e relevante, altera a própria essência e conteúdo do ato que as regulamenta, ensejando assim o processo de 'inconstitucionalização' do ato⁴⁹ que culminará na verificação da incompatibilidade entre o ato e a Constituição.

⁴⁹ Alicerçando-se na doutrina alemã, Gilmar Ferreira Mendes admite a existência de uma "zona cinzenta de inconstitucionalidade", na qual o ato, até então reputado constitucional, encontra-se na iminência de ser considerado contrário à Constituição. Ao versar sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes cita Acórdão proferido pelo *Bundesverfassungsgericht*, em 1963, oportunidade em que assim se manifestou o Tribunal Constitucional Alemão: *"Entre a nulidade e o estado de absoluta constitucionalidade parece desenvolver-se uma zona cinzenta de imperfeição que não permite distinguir, com clareza, o que é proibido, daquilo que apenas não é propriamente facultado. As situações ainda constitucionais são aquelas que se encaminham rumo ao estados de inconstitucionalidade, embora ainda não a tenham atingido completamente. Nesses casos, não se limita o Tribunal a constatar a compatibilidade da lei com o texto constitucional. Indica-se, igualmente, a possível conversão para a inconstitucionalidade, prognostica-se o momento da alteração e conclama-se o legislador a evitá-la."* (MENDES, 1990, p. 90).

É incontestável que as alterações das circunstâncias fáticas alteram o próprio juízo de constitucionalidade do ato, que deve ser aferido considerando a realidade fática prevista na norma, e não mediante o literal confronto entre as disposições normativas do ato impugnado e da norma da Constituição.

Ao sustentar a inconstitucionalidade superveniente em virtude da alteração dos fatos objeto de regulamentação, Gilmar Ferreira Mendes menciona julgado do Tribunal Constitucional alemão sobre a validade dos critérios legais para o pagamento de pensão ao trabalhador em virtude da morte do respectivo cônjuge.⁵⁰ A lei alemã de 1950 outorgava o direito de pensão à mulher no caso de morte de seu marido, independentemente da participação do cônjuge varão na renda familiar. Entretanto, na hipótese de falecimento da mulher casada, a pensão era devida somente aos viúvos que comprovassem que a segurada provia o sustento básico da família. Na primeira oportunidade em que apreciara a inconstitucionalidade da referida lei, em 1963, o Tribunal Constitucional alemão a considerou compatível com o texto constitucional, pois, diante da então reduzida participação da mulher no mercado de trabalho, o legislador não ultrapassara os limites da distinção permitida na regulamentação da matéria.

Instado novamente a se manifestar sobre a constitucionalidade da referida lei, agora em 1975, o Tribunal Constitucional reconheceu que, em virtude da substancial alteração da participação da mulher no mercado de trabalho, “ficava o legislador obrigado a empreender as medidas adequadas a evitar a caracterização de ofensa ao art. 3º, §2º, da Lei Fundamental”.⁵¹

Hipótese distinta de inconstitucionalidade superveniente decorre de modificação na interpretação das normas. Neste caso, os fatos permanecem iguais, derivando a inconstitucionalidade de alteração na interpretação das normas constitucionais em virtude dos diversos fatores sociais, sociológicos, políticos e econômicos que influenciam a hermenêutica constitucional.

⁵⁰ Ibid., p. 91.

⁵¹ Ibid., p. 91.

Ao exemplificar a inconstitucionalidade superveniente em decorrência da evolução da hermenêutica constitucional, Gilmar Ferreira Mendes menciona a compreensão do Tribunal Constitucional Alemão acerca das restrições à garantia de inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas durante a execução da pena, prevista no art. 10, § 1º da Lei Fundamental.⁵² Após considerar constitucionais as restrições à inviolabilidade de correspondências e comunicações telegráficas e telefônicas, mesmo que realizadas sem a devida autorização legal, o Tribunal Constitucional Alemão consignou que a evolução da hermenêutica constitucional tornou necessária a expressa previsão legislativa para tanto:

Assentou, pois, que as restrições aos direitos fundamentais, mesmo sem autorização legislativa, não eram inicialmente consideradas inconstitucionais, mas que a evolução hermenêutica passara a exigir autorização legal, também para essas situações.⁵³

Outro exemplo de inconstitucionalidade superveniente em virtude da alteração na interpretação das normas refere-se ao célebre caso ‘Brown vs. Board of Education’, ocorrido nos Estados Unidos da América.⁵⁴

Conforme mencionado por Ronald Dworkin, após a Guerra Civil norte-americana o Norte vitorioso impôs o fim da escravidão nos Estados Unidos, emendando a Constituição para dispor, mais precisamente na Décima Quarta Emenda, que nenhum Estado poderia negar a ninguém “igualdade perante a lei”.⁵⁵

Decorridos alguns anos desde o triunfo nortista, os Estados do Sul preservavam determinadas segregações, estabelecendo, por exemplo, que os negros viajassem na parte de trás dos ônibus e freqüentassem apenas as escolas segregadas, juntamente com outros negros. Na época, o precedente da Suprema Corte em relação à matéria, manifestado no famoso caso ‘Plessy vs. Ferguson’, proclamava

⁵² Ibid., p. 93.

⁵³ Cf. nota 58 deste capítulo.

⁵⁴ DWORKIN, 1999, p.36.

⁵⁵ Cf. nota 60 deste capítulo.

que a simples divisão de espaços não violava a Décima Quarta Emenda, desde que os serviços segregados fossem “iguais”.⁵⁶

Depois de quase meio século do julgamento precedente, em um período no qual o repúdio à segregação racial parecia mais arraigado na consciência norte-americana, a matéria voltou a ser apreciada pela Suprema Corte, sendo então suscitada em defesa das crianças que foram vítimas da separação racial nas escolas. Apresentando veemente oposição à provocação ofertada, os defensores da manutenção das regras vigentes propugnavam a observância ao precedente judicial, mais precisamente ao caso *‘Plessy vs. Ferguson’* que, sendo uma decisão da Suprema Corte, haveria de ser respeitada.

Alicerçando-se no voto do Magistrado Earl Warren, então presidente da Corte Suprema, o Tribunal norte-americano decidiu, por unanimidade, que “as escolas nas quais se praticava a segregação racial não podiam ser iguais por esta única razão”⁵⁷, elidindo assim orientação vigente no ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de se reconhecer que, em virtude da evolução da hermenêutica constitucional, um ato outrora reputado constitucional pode ser considerado inconstitucional a partir de determinado momento.

Por fim, a derradeira hipótese de inconstitucionalidade superveniente refere-se àquela advinda da superveniência de uma nova Constituição ou de reforma constitucional, que, em virtude da relevância do tema para o presente estudo, será analisada em tópico específico.

2.2.4 Inconstitucionalidade das normas pré-constitucionais

A validade da norma infraconstitucional em face da superveniência de uma nova Constituição ou de reforma constitucional deve ser analisada a partir de dois

⁵⁶ DWORKIN, 1999, p. 37.

⁵⁷ Cf. nota 63 deste capítulo.

princípios cardeais, quais sejam, a Supremacia da Constituição e a Continuidade da Ordem Jurídica.⁵⁸

Conforme anteriormente destacado, o Princípio da Supremacia da Constituição assegura às normas constitucionais a posição de superioridade única perante as demais normas integrantes do ordenamento jurídico. Por outro lado, o Princípio da Continuidade da Ordem Jurídica⁵⁹ assegura a validade de todas as normas que, apesar de anteriores à nova Constituição, não se revelarem incompatíveis com o texto constitucional.

Deste modo, enquanto não for declarada inválida pela autoridade competente após o procedimento legal expressamente previsto, a norma anterior à Constituição conservará sua validade, evitando a existência de um vácuo legislativo que tornaria necessária a reconstrução de toda a legislação pelo legislador infraconstitucional.

Ao apreciar a continuidade das normas anteriores à Constituição, Hans Kelsen considera tal fenômeno possível devido à recepção dos atos legislativos, asseverando que:

Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente (...). O que existe não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra.(...)
Mas também essa recepção é produção de Direito. Com efeito, o imediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição, revolucionariamente estabelecida, já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas apenas o pode ser a nova. O conteúdo destas normas permanece na verdade o mesmo, mas seu fundamento de validade, e não apenas este mas também o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, mudou.⁶⁰

⁵⁸ BARROSO, 2004, p. 67.

⁵⁹ Ibid., p. 68.

⁶⁰ KELSEN, 1998, p. 290. No mesmo sentido, propugnando a recepção, pelo novo ordenamento jurídico, das normas infraconstitucionais compatíveis com a nova Constituição, Noberto Bobbio assevera que *“O fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não pura e*

A superveniência de uma nova Constituição modifica substancialmente a essência e o fundamento das normas infraconstitucionais, que passarão a ser interpretadas à luz e em conformidade com os ditames da nova ordem constitucional. Aliás, encontrando-se na Constituição o fundamento de validade e as diretrizes hermenêuticas do direito ordinário, a alteração da Constituição modifica substancialmente o fundamento e o próprio sentido das normas pré-constitucionais, sujeitando-as aos mandamentos da nova ordem constitucional.

Se o direito ordinário anterior se apresentar incompatível com a nova ordem constitucional, ou seja, com as regras e princípios previstos na nova Constituição, não será possível a continuidade das normas infraconstitucionais preexistentes, separando-se a doutrina basicamente entre aqueles que sustentam a simples revogação e os que apontam a inconstitucionalidade superveniente em tais hipóteses.

A discussão não é simplesmente acadêmica ou teórica, revelando-se de importância prática. Apenas se houver inconstitucionalidade superveniente das normas ordinárias, estas serão passíveis do controle concentrado de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional. Se houver a revogação de tais normas, elas não serão passíveis de controle por via de ação direta, pois não é possível apreciar a constitucionalidade de uma norma considerada inexistente no ordenamento jurídico.

Dentre aqueles que vislumbram, na colisão entre a Constituição nova e as normas infraconstitucionais preexistentes contrárias à Constituição, a simples revogação do direito ordinário anterior, é oportuna a menção à doutrina de Victor Nunes Leal, que considera a referida contrariedade um conflito temporal de normas, devendo a norma anterior ser considerada revogada em virtude da superveniência de norma posterior com ela incompatível: “Pouco importa que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas este caráter, mas seja também uma norma superior do ponto de

simplesmente de permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual o ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.” (BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 177).

vista hierárquico”.⁶¹ Nunes Leal afirma que, sendo a norma constitucional posterior à norma promulgada pelo legislador ordinário e não tendo este extrapolado o âmbito de competência legislativa vigente à época da elaboração da norma, não há que se falar em inconstitucionalidade do direito ordinário.⁶²

Comentando a Constituição de 1946, Pontes de Miranda assevera que a noção de constitucionalidade inicia-se a partir do momento em que começa a vigorar a Constituição, sendo que todo plexo legislativo anterior deve ser considerado como revogado quando contrariar o texto constitucional.⁶³

Diversos foram os argumentos suscitados pelo então Ministro Paulo Brossard no voto condutor do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADIn nº 2⁶⁴, oportunidade em que, declarando a impossibilidade de inconstitucionalidade de lei anterior em face da Constituição superveniente, a Corte Constitucional brasileira não conheceu da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) proposta pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino suscitando a inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto-Lei nº 532, de 16 de abril de 1969, e Decreto nº 95.921, de 14 de abril de 1988 em face da Constituição Federal de 1988.

Ao fundamentar o seu voto, o Ministro Brossard destacou o seguinte:

⁶¹ LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 379-394, jan./mar. 1947.

⁶² Ibid., p. 389 - 391.

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo I. 4.ed. rev. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 33.

⁶⁴“CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 21 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2005).

(...) que vem a ser uma lei inconstitucional?

A lei que contraria a Constituição. Por isto ela pode ser definida como uma lei que o Congresso fez, sem poder fazer. Por que não podia fazê-la? Porque não estava em sua competência, porque escapava de suas atribuições, competência fixada pela Constituição, atribuições por ela demarcadas. E porque fez a lei que não podia fazer, agiu ultra vires, além dos seus poderes, fora de suas atribuições, ao arrepio de sua competência. Contrariando a Constituição.(...)

A teoria da inconstitucionalidade da lei supõe a existência de uma Constituição que delimite os poderes do Estado, que fixe as suas atribuições e demarque as suas competências. Se o poder que faz a lei ultrapassa esses limites, fixados na Constituição, ele procede ultra vires, fora de suas atribuições legais, e por isto a lei que fizer será ilegal, quer dizer, inconstitucional.

Que Constituição? Evidentemente, a Constituição vigente ao tempo em que o Legislativo elaborou a lei, a Constituição a que está sujeito o mencionado Poder, a Constituição que define e delimita a competência deste Poder.

Não poderia ser a Constituição anterior, porque deixara de ser Constituição, para transformar-se em documento histórico, nem poderia ser em relação a uma Constituição que viesse a ser promulgada, pela simples razão de que era inexistente; o legislador não é adivinho e quando tivesse o dom de adivinhar nada lhe autorizava a descumprir a Constituição vigente para afeiçoar-se a uma lei por ser feita.

A doutrina que sustenta a revogação do direito ordinário diante da sua contrariedade com a nova Constituição se alicerça, portanto, em dois pontos cruciais. Primeiro a ausência de qualquer violação ou exacerbação, pelo legislador ordinário, do seu âmbito de competência legislativa no momento de edição das normas infraconstitucionais, o que afastaria a suposta inconstitucionalidade do ato legislativo. Ao depois, asseveram que a Supremacia da Constituição, com a conseqüente superioridade hierárquica das normas constitucionais, não afastariam a possibilidade de revogação, pelas mesmas, das normas infraconstitucionais incompatíveis com o texto constitucional.⁶⁵

Propugnando tese diametralmente oposta, qual seja, a inconstitucionalidade superveniente da legislação anterior incompatível com a Constituição, estão doutrinadores como Ives Gandra Martins⁶⁶ e Wilson de Souza Campos Batalha. O último assevera o seguinte:

⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 96 e BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 116.

⁶⁶ MENDES; MARTINS, 2001, p. 129-130.

Se, ao contrário, essas normas jurídicas elaboradas na vigência da Constituição anterior vierem a atritar-se com os novos textos constitucionais, cessarão de vigorar, a partir da data do início da vigência da Constituição recente, porque não poderão encontrar nesta fundamento para sua validade; serão normas inconstitucionais. A rigor, não se poderá dizer que a Constituição revogou as normas anteriores que lhe eram contrárias. A revogação opera-se apenas entre normas de igual hierarquia: a lei revoga-se por outra lei.
(...) A Constituição não revogou as leis anteriores que lhe eram contrárias; apenas estas deixaram de existir no plano do ordenamento jurídico estatal, por haverem perdido seu fundamento de validade.⁶⁷

Vislumbrando o fenômeno da inconstitucionalidade como consequência do juízo de valor negativo advindo do cotejo das normas infraconstitucionais em face dos comandos constitucionais vigentes, Jorge Miranda conclui que para cada Constituição existe um juízo de inconstitucionalidade e, havendo várias e sucessivas constituições, vários e sucessivos serão os juízos.⁶⁸

Destarte, prossegue o constitucionalista lusitano, “a inconstitucionalidade superveniente exprime uma valoração negativa da ordem jurídica, moldada por novos princípios ou normas constitucionais, relativamente à lei anterior”. É esta valoração negativa, segundo o autor, que faz com que a lei perca uma condição intrínseca de subsistência, independentemente de qualquer ato de vontade especificamente dirigido à sua eliminação.⁶⁹

Albergando os referidos ensinamentos doutrinários, a Constituição Portuguesa de 1976 distingue expressamente a inconstitucionalidade originária (art. 282, 1) da inconstitucionalidade superveniente (art. 282, 2). O que as distingue é o diverso momento da edição das normas constitucionais. Se na vigência de determinada Constituição for editada uma norma contrária à Lei Fundamental, trata-se de inconstitucionalidade originária. Por outro lado, verificada a superveniência de norma constitucional contrária ao direito ordinário anterior, trata-se de inconstitucionalidade superveniente.⁷⁰

⁶⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 434.

⁶⁸ MIRANDA, 1996, p. 290.

⁶⁹ Ibid., p. 291.

⁷⁰ Sobre o Sistema de Controle de Constitucionalidade na Constituição Portuguesa de 1976, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 905-952.

Na Itália, apesar da Constituição não dispor expressamente sobre a inconstitucionalidade do direito pré-constitucional, a *Corte Costituzionale* sempre entendeu possível a inconstitucionalidade das normas anteriores ao texto constitucional. A partir de 1958, revertendo entendimento anterior que atribuía competência a qualquer magistrado para apreciação da inconstitucionalidade de normas preexistentes, a Corte Suprema italiana considerou que o exercício do controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais é atribuição exclusiva do Tribunal Constitucional Italiano.⁷¹

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) assentou a orientação de que tanto as leis pós-constitucionais quanto as leis pré-constitucionais podem ser objeto de controle abstrato de normas, sendo que a inconstitucionalidade das normas pré-constitucionais pode ser aferida apenas por controle abstrato.⁷²

No Brasil, diante do silêncio da Constituição Brasileira de 1988, o Supremo Tribunal Federal se manifestara, conforme anteriormente destacado, pela impossibilidade de aferição da inconstitucionalidade das normas anteriores à Constituição, adotando assim a teoria da revogação de tais normas.⁷³

Entretanto, a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria parece progredir consideravelmente, sobretudo após a edição da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que prevê expressamente a possibilidade de inconstitucionalidade dos atos normativos pré-constitucionais, já tendo a Corte Suprema admitido o processamento de ADPF's ajuizadas com tal fundamento, conforme veremos adiante.

A análise mais apurada do fenômeno da inconstitucionalidade, bem como da posição das normas infraconstitucionais em face da superveniência de uma nova Constituição ou de reforma constitucional, robustece a teoria da

⁷¹ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis nº 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 230.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999a. p. 106.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 21 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2005.

inconstitucionalidade superveniente. Inicialmente porque a inconstitucionalidade advém de um juízo negativo de valoração da incompatibilidade entre o direito ordinário e a Lei Fundamental. Esta aferição se faz mediante o parâmetro normativo do ordenamento constitucional vigente, eventualmente moldado por novos preceitos inseridos no ordenamento constitucional ou pela superveniência de uma nova Constituição.

A Supremacia da Constituição impõe a observância, tanto pela legislação ordinária pré-existente como pela legislação ordinária superveniente, dos preceitos constitucionais vigentes.

Deste modo, a norma anterior contrária à Constituição deve ser eliminada do ordenamento jurídico, mediante a manifestação do órgão constitucional competente, em virtude da incompatibilidade com a nova ordem constitucional.

A teoria da revogação sustenta que a retirada das normas contrárias à Constituição do ordenamento jurídico será sempre automática, dispensando a intervenção de qualquer autoridade. Esta é uma das inconsistências da teoria da revogação, tendo em vista que, a retirada das normas pré-constitucionais do ordenamento jurídico não ocorre automaticamente com o advento da nova ordem constitucional, revelando-se indispensável a manifestação do órgão constitucional competente.

Ao sustentarem a revogação das normas infraconstitucionais anteriores e contrárias à nova Constituição, os doutrinadores alicerçam tal conclusão na ausência de qualquer violação, pelo legislador ordinário, do âmbito de competência legislativa vigente no momento de edição das normas infraconstitucionais. Não tendo o legislador infringido ou extrapolado o seu âmbito de competência legislativa, não haveria que se falar em inconstitucionalidade do ato legislativo.

Entretanto, conforme leciona o Ministro Sepúlveda Pertence, “a inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, ao qual é

de todo alheia qualquer idéia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional”.⁷⁴

A teoria da revogação das normas anteriores e contrárias à Constituição ignora ainda que o princípio de que a *lex posterior derogat priori* pressupõe normas de idêntica densidade normativa. A incompatibilidade entre a lei ordinária e a Constituição não é solucionada mediante critérios temporais ou de especificidade. Em consideração à Supremacia Constitucional, a escorreita hermenêutica jurídica assegurará sempre a observância dos preceitos constitucionais, ainda que estes estabeleçam apenas mandamentos genéricos em detrimento de previsões específicas da legislação ordinária.

Conforme o preceito de que *lex posterior derogat priori*, havendo uma lei (A) antiga disciplinando especificamente determinada matéria e outra lei (B) que, apesar de nova, dispõe apenas genericamente sobre o tema, a lei B não afastará a incidência da lei A, que continuará sendo aplicada validamente, regulamentando as situações específicas nela previstas.

Esta regra hermenêutica não pode ser utilizada na interpretação de normas preexistentes em face da Constituição, sob pena de concluir-se o absurdo de que a lei ordinária anterior, mas específica, possa afastar a norma constitucional superveniente que estabeleça apenas diretrizes gerais a serem concretizadas pelo Poder Público.

Por fim, cumpre informar que o debate sobre a inconstitucionalidade ou revogação do direito ordinário anterior e incompatível com a nova ordem constitucional encontra-se imantado por uma opção política, pois, admitida a teoria da inconstitucionalidade superveniente, restará assegurada a possibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade pela Corte Suprema.

Diante de todos os argumentos, considerando o fundamento de validade das normas jurídicas, a relação hierárquica entre a Constituição e as normas ordinárias, bem

⁷⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 21 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2005.

como os critérios de segurança jurídica, urge o reconhecimento da inconstitucionalidade do direito anterior e contrário à nova Constituição.⁷⁵

Há de se ressaltar apenas que a inconstitucionalidade superveniente só é possível no âmbito da inconstitucionalidade material, ou seja, quando a norma preexistente contrariar as regras ou os princípios do novo texto constitucional. Caso a contrariedade se refira às regras formais ou aos procedimentos de elaboração das leis estabelecidos pela nova Constituição, as leis anteriores não perderão a sua validade, pois foram introduzidas no ordenamento jurídico em conformidade com o processo legislativo então vigente.

2.3 CONCEITOS DE TEORIA GERAL DO DIREITO RELEVANTES PARA A ANÁLISE DO FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme anteriormente destacado, a credibilidade e a coerência de um estudo científico dependem da prévia definição dos conceitos que serão utilizados durante a pesquisa.

Utilizando-nos da lição de Tárek Moysés Moussalem, “podemos definir conceito como critério(s) lingüístico(s) que temos em nossas mentes (idéia) para distinguirmos os Xs dos Ys e dos Zs, e de qualquer coisa que não seja X.”⁷⁶

Deste modo e diante da preocupação com a coerência interna do estudo, faz-se necessária uma breve apresentação de conceitos como a existência e validade dos atos inconstitucionais, bem como da distinção entre norma jurídica, enunciado normativo e preceito.

⁷⁵ Gilmar Ferreira Mendes considera que tal opção já foi adotada, ainda que implicitamente, pela Constituição Federal de 1988 ao prever o cabimento de Recurso Extraordinário face decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição (art. 102, III, c). (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ivens Gandra da Silva. **Controle Concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 130).

⁷⁶ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 50.

2.3.1 Existência e validade dos atos inconstitucionais

Considerando o referencial teórico que norteia a elaboração deste trabalho, faz-se necessária o retorno à doutrina de Kelsen para a compreensão dos conceitos de existência e validade dos atos inconstitucionais.

Equiparando os conceitos de validade e existência, consideramos que uma norma é existente quando introduzida no ordenamento jurídico pela autoridade competente e conforme o procedimento determinado pelo sistema.⁷⁷

Ao estabelecer os meios de criação e modificação das normas, o direito positivo determina os requisitos para que uma proposição jurídica seja reconhecida como norma. Neste sentido, a existência da norma jurídica é condicionada pelo próprio direito positivo, que impõe os pressupostos necessários à sua introdução no ordenamento jurídico.

Imaginemos, por exemplo, a publicação, no Diário Oficial da União, de ato com simples aparência de lei, mas que não tenha sido sequer objeto de deliberação legislativa. Utilizando-nos do referencial teórico de Kelsen, consideramos tratar-se no caso de ato juridicamente existente. Apesar de não ter sido objeto de deliberação, em virtude de sua publicação no Diário Oficial o referido ato foi introduzido no ordenamento jurídico e surtirá conseqüências próprias de uma lei. Tais conseqüências somente serão elididas mediante a manifestação em contrário dos órgãos competentes. Trata-se, portanto, de ato juridicamente existente e válido até manifestação em contrário da autoridade competente.

Faz-se necessária, portanto, a declaração da autoridade competente para o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato. Neste sentido, ainda que incompatível com a ordem constitucional, o ato foi introduzido no ordenamento jurídico e será considerado provisoriamente válido até manifestação posterior da autoridade competente.

⁷⁷ KELSEN, 1998b, p. 43.

Sustentamos, portanto, a impossibilidade da inconstitucionalidade auto-evidente, sendo sempre necessária a intervenção de uma autoridade competente para, de acordo com o procedimento previsto pelo ordenamento jurídico, identificar a inconstitucionalidade da norma, retirando-a do sistema jurídico.

Pressupondo a existência jurídica do ato, a verificação de sua constitucionalidade será apreciada mediante a confrontação dos elementos do ato em face dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Além da própria existência jurídica, a averiguação da inconstitucionalidade de um ato exige também a existência de outra norma superior que lhe sirva de fundamento e que estabeleça seus requisitos de validade.

Neste contexto, um ato jurídico produzido em conformidade com os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico será considerado válido. Não cumprindo as exigências legais, será reputado inválido.⁷⁸

Contra-pondo-se à teoria que sustenta ser a inconstitucionalidade um problema atinente à validade da norma, J.J. Gomes Canotilho assevera que, no caso de violação a direitos fundamentais, a incompatibilidade com o ordenamento constitucional é tão grave que a melhor sanção é considerar a norma violadora como impensável, irrecognoscível e inexistente.⁷⁹

Por sua vez, Francisco Campos afirma que “um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é”.⁸⁰

⁷⁸ O conceito de validade aqui utilizado se diferencia, portanto, da concepção de vigência sustentada por Kelsen ao asseverar que “uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é ‘vigente’), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo deve se conduzir do modo prescrito pela norma.” assemelhando-se, contudo, à outra concepção de validade sustentada pelo mestre de Viena ao afirmar que “a questão de porque é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de ser algo do ser não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma.” (KELSEN, 1998a, p. 215).

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 947.

⁸⁰ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. 1.v. p. 430-431.

Não obstante a autoridade dos seus defensores, a teoria da inexistência dos atos inconstitucionais não merece prosperar, pois ignora o fato de que a inconstitucionalidade pressupõe a própria existência do ato jurídico. Somente após a introdução do ato no ordenamento jurídico, ou seja, após a sua existência jurídica, será possível aferir a sua compatibilidade com a Constituição e, por conseguinte, concluir pela sua eventual inconstitucionalidade:

uma norma inconstitucional não tem contra si a falta de qualquer elemento formal para a sua existência. E ela existe precisamente porque “posta” no ordenamento jurídico, até que seja extirpada pelas vias formais. Logo, não se faria controle do que inexistente, bastando que se ignorasse o ato, e assim o controle de constitucionalidade não seria preciso. Somente isso serve para desmentir a idéia de inexistência.⁸¹

A inconstitucionalidade é, portanto, fenômeno referente à validade da norma. Em um ordenamento jurídico no qual a unidade e a coerência advêm de uma hierarquia normativa, a validade dos atos jurídicos decorre da compatibilidade dos mesmos com as normas que lhe são superiores, encontrando-se todo o sistema submetido à observância da norma posta que se encontra no ápice do ordenamento jurídico, no caso, a Constituição Federal.⁸²

2.3.2 Norma jurídica, enunciado normativo e preceito.

O uso indiscriminado e muitas vezes equivocado de expressões como regra, norma, princípio, preceito, proposição e enunciado normativo ocasiona interpretações errôneas e dificuldades para a compreensão dos institutos jurídicos.

⁸¹ JEVEAUX, Geovany. **Teoria da Constituição**. Vitória. Apostila, 2003. p. 114. Em sentido contrário, afirmando que o fato de ser inexistente não impede que o ato seja considerado também inconstitucional, Juliano Taveira Bernardes assevera que “é possível que a inexistência derive da própria relação de inconstitucionalidade, desde que aquela operação de retrotrair o ato ao órgão estatal produtor repercute diretamente na constituição.” Isto seria possível, assevera o doutrinador, quando na verdade não houver verdadeiro ato de poder político do Estado, tão somente um ato aparente, destituído dos pressupostos mínimos de identificação formal ou material com a Constituição. (2004,p. 343). O fato é que, mesmo assim, o ato seria inexistente.

⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 150.

Neste diapasão e para que possamos delinear o objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é importante apresentarmos a concepção de norma, enunciado normativo, regra, princípio e preceito utilizados neste trabalho.

Seguindo o referencial teórico de Kelsen, consideramos que as normas são atos de comando que, apresentando-se como proposições prescritivas ou diretivas, regulam o comportamento humano ao prescreverem ou permitirem determinadas condutas. É exatamente nesta função prescritiva ou diretiva que se encontra o conteúdo da norma.⁸³

Além de determinar o comportamento que deve ser observado por alguém, a norma jurídica revela ainda quais são as condições necessárias para que o comportamento nela prescrito se torne obrigatório. Assim sendo, a norma jurídica atua como juízo hipotético-condicional em que se prevê que, verificada a ocorrência de determinado fato, *deve ser* o nascimento de uma relação entre dois sujeitos.

O segundo aspecto caracterizador da norma jurídica é a sua relação de pertença com o ordenamento jurídico positivo, tendo em vista que somente a norma integrante do ordenamento jurídico será considerada uma norma jurídica.

A norma jurídica é, portanto, uma proposição prescritiva integrante de um ordenamento jurídico que impõe determinado comportamento a alguém.

Diferenciando-se da norma jurídica, o enunciado é “um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação”.⁸⁴ Enunciados normativos são, portanto, as formas pelas quais se revelam as normas.

⁸³ KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 35.

⁸⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Formalização da linguagem – proposições e fórmulas. Direito – revista do programa de pós-graduação em direito – PUC/SP. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 143

Enquanto o enunciado contém o próprio mandamento deontológico, as normas jurídicas contêm o significado deste mandamento:

Há enunciados sobre o ato cujo sentido é o comando, a permissão, a atribuição de um poder ou competência. O sentido dessas proposições, porém, não é o de um enunciado sobre um fato da ordem do ser, mas uma norma da ordem do dever-ser, quer dizer uma ordem, uma permissão, uma atribuição de competência.⁸⁵

A diferença entre norma e enunciado jurídico corresponde, portanto, à distinção entre proposição e enunciado, sendo o termo “enunciado” correspondente à expressão material dos signos, enquanto a proposição é a construção mental do sentido do enunciado.⁸⁶

Neste sentido, a oração “a casa é branca” é expressão material (enunciado), enquanto que a noção de “casa” e “branca” despertada em nossas mentes é a significação, ou seja, a proposição.⁸⁷

Os enunciados normativos encontram-se dispostos em meios de comunicação próprios, tais como a Constituição, as leis, os decretos e os regulamentos, sendo possível que de um único enunciado normativo derivem uma ou mais normas. Em contrapartida, nada impede que a construção de uma proposição normativa também decorra da conjunção de um ou mais enunciados.

Apresentada a distinção entre os enunciados e as normas jurídicas, urge destacar que estas últimas encontram-se bipartidas em regras e princípios. As regras e os princípios jurídicos são espécies do gênero normas jurídicas, diferenciando-se entre si em diversos aspectos.

As regras são mais específicas e objetivas do que os princípios, que têm maior nível de generalidade e de abstração. Desde que verificada a ocorrência dos fatos nelas previstos, as regras são imediatamente aplicáveis. Tomemos como exemplo a

⁸⁵ KELSEN, 1986. p. 207.

⁸⁶ MOUSSALLEM, 2001. p. 77.

⁸⁷ Cf. nota 87.

seguinte regra: “Um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas”. Esta proposição jurídica é imediatamente aplicável e, por conseguinte, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas.⁸⁸

Em contrapartida, os princípios não são imediatamente aplicáveis, dependendo de uma construção jurídica posterior, ou seja, de um ato de concretização do intérprete. Os princípios apenas enunciam as diretrizes hermenêuticas e as razões que conduzem a atividade do operador do direito em determinado sentido:

Um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la.(...)

Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclinasse numa ou outra direção.⁸⁹

A diferenciação entre as regras e os princípios fica ainda mais evidente quando analisamos princípios como: “o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de carros”. Tal proposição não define os deveres específicos da venda de automóveis, tampouco prevê os direitos dos adquirentes, mas fornece razões para que, verificando-se que determinada cláusula seja injusta ou demasiadamente onerosa, os tribunais possam interpretá-la de modo a resguardar o comprador de possíveis injustiças.⁹⁰

Outra crucial distinção entre as regras e os princípios se manifesta na resolução dos conflitos internos. O conflito entre as regras é resolvido em termos de ‘tudo ou nada’, isto é, mediante a utilização de critérios que conduzem à aplicação integral de uma

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

⁸⁹ Ibid., p. 42.

⁹⁰ Cf. nota 89 deste capítulo.

em detrimento da eliminação da outra. Por outro lado, os conflitos entre os princípios são resolvidos com base na ponderação e, ainda que um princípio reste afastado, este sobreviverá intacto, podendo prevalecer em outras situações em que confronte com o princípio que determinou seu afastamento naquela outra hipótese.⁹¹

Em relação ao assunto, é oportuna a transcrição do magistério de Luís Roberto Barroso:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.⁹²

Apresentadas as idéias de norma jurídica, enunciado normativo, regras e princípios que serão utilizadas neste trabalho, faz-se necessário analisar o significado do vocábulo “preceito”, tendo em vista tratar-se de termo indispensável à delimitação do objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Constituição Federal de 1988 refere-se ao termo preceito em um único momento, mais precisamente ao prever, no § 1º do seu art. 102, a “arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição”, o que acentua a relevância da atividade do hermeneuta na compreensão do instituto.

A doutrina clássica também não nos oferece subsídios para definição do termo, sendo oportuno destacar que “não há uma categoria genérica e diretamente

⁹¹ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

denominada como ‘preceitos’, encontrável nas várias classificações tipológicas apresentadas pelos mais diversos autores”.⁹³

Ante a omissão constitucional e à vista de ausência de um referencial teórico sobre o tema, cumpre-nos resgatar a própria etimologia do vocábulo a fim de identificarmos seu verdadeiro significado: enunciado, norma, regra ou princípio.

Seguindo a etimologia, encontramos a definição de preceito como sendo o termo derivado do latim *praeceptum* que corresponde à ordem, à regra ou ao mandado que se deve observar e guardar.⁹⁴

Na linguagem jurídica, o termo preceito se apresenta como sinônimo de norma, equivalendo assim ao comando, ordem ou prescrição jurídica imposta aos seus destinatários.

O conceito de preceito diferencia-se, portanto, do conceito de enunciado, pois enquanto este é apenas a representação simbólica de um comando, aquele é o próprio comando, ordem ou proposição.

Neste sentido, consideramos preceito jurídico um sinônimo de norma jurídica, englobando ambas as espécies normativas: regras e princípios. Há de se afastar, portanto, a tentação em equiparar o termo preceito a apenas uma das espécies normativas, mormente aos princípios. Aliás, atribuir ao vocábulo ‘preceito’ o mesmo sentido de ‘princípio’ ou de ‘regra’ seria amesquinhar o instituto da Arguição, conferindo-lhe um âmbito de impugnação incompatível com sua finalidade de instrumento de garantia dos direitos constitucionais fundamentais.⁹⁵

⁹³ TAVARES, 2001. p. 116.

⁹⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 14ª ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 627.

⁹⁵ TAVARES, 2001. p. 119.

Consideramos, portanto, que o conceito de preceito corresponde ao de norma, englobando assim as diferentes espécies normativas existentes no ordenamento jurídico, ou seja, tanto as regras quanto os princípios.⁹⁶

2.4 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO

Durante sua trajetória, o sistema constitucional brasileiro já se caracterizou pela ausência de controle de constitucionalidade, pelo controle somente pelo método difuso realizado por qualquer juiz ou tribunal e pelo sistema misto. Desde a Constituição de 1988 percebe-se, contudo, uma tendência à concentração do controle de constitucionalidade na Corte Suprema.

Na primeira Constituição Brasileira, a “Constituição Política do Império do Brasil” de 1824, a divisão dos órgãos públicos estabelecida pelo texto constitucional, com a predominância absoluta do Poder Moderador⁹⁷ sob os demais poderes políticos e a ausência de previsão constitucional inviabilizavam o exercício judicial do controle de constitucionalidade.

Influenciada pelos ideais do constitucionalismo norte-americano, a Constituição de 1891 representou significativa alteração no ordenamento jurídico e político brasileiro, introduzindo nova forma de Estado (Federalismo), novo regime político (democracia), nova forma de Governo (República) e inaugurando o controle de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico nacional.

Nos termos do art. 58 da “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” de 1891:

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. A Categoria dos Preceitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. 34/105-133, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, jan./mar. 2001b. p.114.

⁹⁷ Sintetizando a hegemonia do Poder Moderador sobre os demais Poderes públicos, o artigo 98 da Constituição de 1824 estabelecia que: “*O Poder Moderador é a chave de toda organização política, e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.*”

Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso ao Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Introduziu-se assim, no ordenamento jurídico nacional, um sistema de controle de constitucionalidade difuso, concreto e incidental, podendo a questão constitucional ser levada ao Supremo Tribunal Federal mediante a interposição do recurso previsto no supracitado dispositivo constitucional.

Preservando os avanços da Carta de 1891, a Constituição de 1934 aperfeiçoou consideravelmente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade então existente, inserindo preceitos como: a necessidade de quorum de maioria absoluta dos integrantes do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público; a possibilidade de extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a sujeitos estranhos à lide, conferindo ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei, ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.⁹⁸

A Carta Constitucional de 1934 também introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, a primeira espécie de ação direta de inconstitucionalidade: a representação interventiva. O ajuizamento desta ação era de competência exclusiva do Procurador-Geral da República nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais previstos no artigo 7º, I, alíneas *a* a *h* do texto constitucional.⁹⁹

⁹⁸ CF/1934: “Art 91. Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

“Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.”

⁹⁹ CF/1934: “Art 7º. Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g)

A Constituição de 1937 excluiu importantes inovações advindas da Constituição anterior, representando verdadeiro retrocesso no histórico do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Além de representar o retorno ao sistema de controle de constitucionalidade da Carta de 1891, a Constituição de 1937 instituiu a arbitrária possibilidade de intervenção do Presidente da República no processo de controle de constitucionalidade das leis. Neste propósito, o parágrafo único do artigo 96 da Constituição de 1937 estabelecia que, em caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse reputada “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia o Chefe do Poder Executivo submetê-la novamente à apreciação do Parlamento. Caso confirmada a validade da lei e, por conseguinte, rejeitado o juízo de inconstitucionalidade por dois terços dos votos de cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁰ Introduziu-se, assim, uma arbitrária forma de revisão das decisões da Corte Constitucional, fragilizando sobremaneira o sistema de controle de constitucionalidade então vigente.

Após o retrocesso da Constituição de 1937, a Carta Constitucional de 1946 resgatou os conceitos e avanços introduzidos pelas Constituições de 1891 e 1934, reorganizando o caminho evolutivo do ordenamento jurídico acerca do tema e devolvendo ao Judiciário a competência para emitir o derradeiro e definitivo pronunciamento sobre a inconstitucionalidade das normas ou dos atos do poder público.

Ainda durante a constância da Constituição de 1946, mas já sob a égide da ditadura militar, a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 inseriu duas importantes modificações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A primeira foi a inserção do controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro, prevendo

possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões;

¹⁰⁰ Ives Gandra da Silva Martins noticia que, apesar da expressa previsão constitucional, quando em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei 1.654, ratificando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sofreu sérias e contundentes reações do Poder Judiciário. (MENDES; MARTINS, 2001. p. 28).

expressamente a competência direta do Supremo Tribunal Federal para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”.

A partir de então, ao lado do controle difuso, concreto e incidental, o ordenamento jurídico nacional possuía também um sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, caracterizando assim um sistema misto de fiscalização de constitucionalidade vigente até os dias atuais.

Outra relevante inovação foi a previsão do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contrário à Constituição Estadual, tendo o inciso XIII do art. 124 da Constituição de 1946 disposto que: “a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”.

A Constituição de 1967 não estabeleceu modificações importantes no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, merecendo destaque apenas a atribuição de competência ao Presidente da República para, por decreto, suspender o ato estadual contrário a princípio constitucional sensível, assim declarado em representação interventiva de inconstitucionalidade (art. 11, §2º).

Considerada uma verdadeira e nova Constituição¹⁰¹, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 introduziu a representação interventiva de inconstitucionalidade no âmbito estadual, com as mesmas regras de intervenção federal, possibilitando assim a fiscalização da lei municipal em face dos princípios constitucionais sensíveis relacionados na Constituição estadual (art. 15, §3º, d).

¹⁰¹ Em consonância com opinião plenamente difundida e aceita na doutrina constitucional brasileira, consideramos que a Emenda Constitucional 01/69 foi uma nova Constituição. Neste propósito, José Afonso da Silva assevera que “*Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.*” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros 2002. p. 87).

Ainda sob a vigência do período militar, a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, instituiu, no artigo 119, I, o), do texto constitucional, o instituto da advocatória. Nos termos do referido dispositivo constitucional, a advocatória ensejava a remessa para o Supremo Tribunal Federal de processos em trâmite perante qualquer juízo ou tribunal quando, a pedido do Procurador-Geral da República, fosse constatado perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas.

Possibilitando o deslocamento da competência do juízo natural e a conseqüente intervenção do Supremo Tribunal Federal com fundamento em critérios eminentemente políticos, tais como “grave lesão à ordem”, o referido dispositivo legal foi largamente utilizado durante o período militar para suspender decisões jurídicas contrárias aos interesses políticos da ditadura militar.¹⁰²

Outra importante alteração advinda da Emenda Constitucional nº 07/77 foi a instituição, ao lado da representação de inconstitucionalidade, da “*representação para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual*”, que atribuía ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da correta interpretação da norma, possibilitando ainda que a Corte Constitucional fixasse o caráter vinculante de determinada hermenêutica da lei.¹⁰³

2.4.1 A Constituição de 1988

Coroando o retorno ao regime democrático após o longo período da ditadura militar, a Constituição de 1988 estabeleceu novos parâmetros para o exercício da jurisdição constitucional brasileira.

Em trabalho monográfico específico sobre o tema, Gustavo Binbenbojm acentua que, após o advento da Constituição de 1988, o exercício da Jurisdição Constitucional

¹⁰² BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 129.

¹⁰³ MENDES; MARTINS, 2001. p. 44.

encontra-se pautada pela observância à soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais:

O Estado democrático de direito, proclamado logo no art. 1º da Constituição brasileira de 1988, representa a síntese histórica de dois princípios conceitualmente distintos e até certo ponto antagônicos. De fato, em primeira guinada de visão, democracia equivale à soberania do povo ou à regra da maioria; Estado de direito, a seu turno, equivale à juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais. No limite, o irrestrito poder da maioria poderia subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos; por outro lado, a cristalização de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigmas do Direito, poderia acarretar uma indesejável asfixia da vontade popular. O papel do constitucionalismo é o de harmonizar esses ideais até um 'ponto ótimo' de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sento tal ponto a medida do sucesso de uma Constituição.¹⁰⁴

É neste contexto, portanto, de respeito à soberania popular e aos direitos fundamentais que devem ser compreendidos os novos instrumentos de controle de constitucionalidade, inclusive a ADPF.

Apesar da manutenção do sistema misto, que combina o controle por via incidental e difuso (sistema americano) presente no ordenamento jurídico nacional desde 1891 com o controle por via principal e concentrado introduzido durante a vigência da Constituição de 1946, é evidente a preferência do novo ordenamento constitucional pelo controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Tal assertiva é corroborada por inúmeras inovações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, dentre as quais se destaca a ampliação do rol dos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Nos termos da disciplina constitucional anterior, apenas o Procurador-Geral da República, na época passível de exoneração *ad nutum* pelo Presidente da República, possuía legitimidade ativa para o ajuizamento de representação de inconstitucionalidade¹⁰⁵.

¹⁰⁴ BINENBJOM, 2004, p. 48.

¹⁰⁵ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) alterou a nomenclatura de 'representação de inconstitucionalidade' para Ação Direta de Inconstitucionalidade, mantendo como objeto a lei ou ato normativo federal e estadual (art. 102, I, a, da CF).

Rompendo com a orientação anterior, a Constituição Federal de 1988 atribui legitimidade ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, I a IX da CF) para a propositura de ação direta de constitucionalidade.

Dentre outras relevantes medidas, a Constituição Federal de 1988: (a) instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) para o controle de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público; (b) atribuiu ao Advogado Geral da União o encargo de defender o ato impugnado de inconstitucional nas ações diretas (art. 103, §3º da CF); (c) reintroduziu a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, denominada representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º); (d) previu um mecanismo de argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).

O controle difuso e incidental continua existente, ressalvando o texto constitucional o cabimento do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, com a conseqüente possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes ou tribunais (art. 102, III, CF).

O controle abstrato e concentrado voltou a ser exercido tanto pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal (art. 102, I, a), quanto pelos Tribunais de Justiça dos Estados, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º).

Ao ampliar a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (CF, 103), permitindo que todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam

conduzidas ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reduziu a relevância do controle de constitucionalidade incidental ou difuso.¹⁰⁶

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade do modelo de controle concentrado, dotado inclusive da possibilidade de suspensão imediata do ato impugnado mediante pedido liminar, fez com que as questões constitucionais relevantes passassem a ser solucionadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal mediante a utilização de ação direta de constitucionalidade.¹⁰⁷

Na esteira da anunciada tendência à concentração do controle de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de Março de 1993, instituiu, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Tal instituto tem por finalidade reafirmar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Deste modo, a presunção de constitucionalidade da lei, que é relativa, torna-se absoluta, impondo sua observância aos demais órgãos do Judiciário e do Executivo.

Importante inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/1993 foi o critério subjetivo da relevância da controvérsia judicial como pressuposto de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade.

A legitimidade para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, inicialmente atribuída ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador Geral da República, foi estendida aos legitimados para a propositura da ADIN pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Após a Constituição de 1988 observamos uma crescente demanda de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A título de ilustração, em pesquisa atualizada até 31.12.2002 demonstrou-se que, desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988 até 1999 (11 anos, portanto) o Supremo Tribunal Federal havia julgado 2.319 ações diretas de inconstitucionalidade, enquanto que

¹⁰⁶ MENDES; MARTINS, 2001, p. 63.

¹⁰⁷ Cf. nota 96 deste capítulo e BARROSO, 2004, p. 62.

nos 22 anos anteriores, ou seja, entre 1966 a 1987, apenas 726 processos desta natureza foram levados à apreciação do STF.¹⁰⁸

Este significativo progresso do sentimento constitucional no país¹⁰⁹ suscitou inúmeras discussões e divergências sobre aspectos processuais das ações diretas de controle de constitucionalidade. Neste contexto insere-se a Lei nº 9.868/99, de 10 de novembro de 1999, que veio disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, ambas de competência originária do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁰

A análise das inovações e da correta hermenêutica da Lei nº 9.868/99 não é o objetivo deste trabalho, razão pela qual nos limitaremos à citação de alguns aspectos principais deste novo diploma legal.

Ao sistematizar a admissibilidade e o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, a Lei nº 9.868/99 consolidou algumas questões já pacificadas pela jurisprudência da Corte Suprema, tais como a legitimidade do Governador do Distrito Federal e da Mesa da Câmara do Distrito Federal para o ajuizamento das ações e a impossibilidade de desistência da ação constitucional.

Dentre as inovações introduzidas pela Lei nº 9.868/99, destaca-se o disposto no §2º do artigo 7º, que prevê a participação de órgãos ou entidades alheias ao processo na qualidade de *amicus curiae*, auxiliando assim os Ministros na apreciação das questões constitucionais suscitadas.

A lei prevê também a possibilidade de concessão de medida cautelar, em regra, com efeitos para o futuro, ressaltando a possibilidade de atribuição de eficácia retroativa

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 397.

¹⁰⁹ “O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito e até um certo carinho pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.” (BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo nº 214**, 1998, p. 25).

¹¹⁰ Sobre o tema ler MENDES; MARTINS, 2001.

a tais decisões. Quanto às decisões finais, estabelece a necessidade de quorum mínimo de seis Ministros para a instalação da sessão de julgamento de constitucionalidade de lei ou ato normativo, prevendo ainda o caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Por fim, quanto aos efeitos temporais da decisão final, o artigo 27 dispõe que, ao declarar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, poderá a Corte Suprema, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou determinar que ela tenha eficácia somente a partir de determinado momento futuro.

Não obstante os avanços advindos da regulamentação das ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, subsistia um expressivo espaço residual de matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado constitucionalidade, tais como as normas anteriores à Constituição, os atos normativos municipais e os atos concretos. Foi exatamente este espaço residual, imune ao controle de constitucionalidade concentrado e direto, que motivou a regulamentação do artigo 102, §1º da Constituição Federal pela Lei nº 9.882/99.

2.4.2 A Lei nº 9.882/99

O instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental está previsto no artigo 102, §1º da Constituição Federal, que dispõe: “a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, o referido dispositivo constitucional permaneceu sem possibilidade de aplicação até o advento da Lei nº 9.882/99, que regulamentou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no ordenamento jurídico pátrio.

Regulamentada pela Lei nº 9.882/99, a ADPF foi inserida no complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade¹¹¹, diferenciando-se dos demais instrumentos de controle de constitucionalidade em virtude do novo parâmetro para impugnação dos atos contrários a Constituição e da possibilidade do exercício concomitante de fiscalização concentrada e concreta de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Ao prever a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos municipais ou anteriores à Constituição, a Arguição de Descumprimento superou vetustas orientações jurisprudenciais vigentes no Supremo Tribunal Federal¹¹² e ampliou o âmbito de fiscalização de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Por outro lado, ao possibilitar que questões suscitadas no controle difuso de constitucionalidade sejam levadas diretamente à apreciação do Supremo Tribunal Federal, permitindo assim a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental estabelece uma salutar e inédita ligação entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade:

Tem-se pois que, quando se tratar de ato, ou omissão, capaz de atingir negativamente estes valores basilares, poderá ser provocado o Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a questão constitucional exclusivamente. Com isso, o Excelso Pretório cumpre o seu papel primordial de guardião-mor da Constituição e da ordem jurídica, bem como faz uma ponte entre o controle concentrado e o difuso, uma vez que sua decisão incidirá diretamente sobre os diversos processos judiciais.(...)¹¹³

Por fim, conforme veremos adiante, a Lei nº 9.882/99 prevê a impugnação de qualquer ato concreto, derivado ou regulamentar contrário aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, ensejando assim o exercício de um

¹¹¹ BARROSO, 2004, p. 216.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 21 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2005.

¹¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, p. 1, n. 8, jan. 2000.

inédito controle de constitucionalidade concreto e concentrado dos atos do Poder Público.

Não obstante as relevantes inovações inseridas no sistema de controle de constitucionalidade em virtude da regulamentação da ADPF, a Lei nº 9.882/99 não definiu conceitos como “preceito fundamental”, “descumprimento” ou “relevância da questão constitucional”, acentuando a importância da doutrina e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na compreensão do instituto.

Ademais, algumas incongruências aparentes da Lei nº 9.882/99, como a restrição à legitimidade ativa dos cidadãos para a propositura da ADPF e a suposta incompatibilidade da cláusula da subsidiariedade com o texto constitucional demandam uma maior reflexão do hermeneuta.

Neste contexto e em virtude do caráter inédito da ADPF diante dos outros instrumentos brasileiros de controle concentrado de constitucionalidade, é oportuna a prévia análise de institutos similares no direito estrangeiro.

3 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1 INSTITUTOS AFINS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Diante do ineditismo da argüição de descumprimento de preceito fundamental na história constitucional brasileira, faz-se necessária uma incursão no direito comparado para que, a partir da identificação e análise de institutos estrangeiros que se assemelham a ADPF, possamos compreender e interpretar este novo instrumento brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade.

Neste propósito, a pesquisa comparativa surge como importante método para o estudo da ADPF, pois permite a identificação de pontos de similitudes com institutos estrangeiros, bem como o aproveitamento de tendências já consolidadas em ordenamentos jurídicos alienígenas.

Conforme precisa doutrina de Cappelletti:

vai-se, necessariamente, acrescentando o instrumento de uma bem mais vasta pesquisa, pesquisa exatamente de 'núcleos comuns' no plano internacional e universal, pesquisa de confluências e de divergências, de consonâncias e de dissensões entre os vários ordenamentos e entre as várias grandes 'famílias' jurídicas, e de suas razões práticas e ideais, e das gerais tendências de evolução – que é, precisamente, a pesquisa comparativa, da qual a metodologia positiva conserva a concreção metodológica.¹¹⁴

A utilização do direito comparado na compreensão da ADPF exige, contudo, a devida cautela do intérprete. Primeiro devido à singularidade e peculiaridade do instituto brasileiro. Ademais, o complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, caracterizado pela conjunção dos métodos de controle difuso e concentrado, exige atenção do hermenauta na análise e principalmente na tentativa de transmutação, para o ordenamento jurídico nacional, de conceitos vigentes em outros modelos de controle de constitucionalidade.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução por Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed. Porto Alegre: SaFe, 1984.

3.1.1 A *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão

A *Verfassungsbeschwerde* ou recurso constitucional alemão é um instrumento constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa, física ou jurídica, para a tutela dos direitos constitucionais fundamentais previstos na Carta Magna Alemã.

A Constituição da República Federativa da Alemanha, em seu art. 93, prevê a competência do Tribunal Constitucional Federal para decidir:

sobre reclamações constitucionais que podem ser interpostas por qualquer pessoa sob a alegação de ter sido lesada, por autoridade pública, em seus direitos fundamentais ou nos direitos consagrados no § 4 do artigo 20 ou nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104.¹¹⁵

Por sua vez, a Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão dispõe, em seu artigo 90, que:

Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional do Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em alguns de seus direitos fundamentais ou em alguns dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4, ou nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental.¹¹⁶

Nos termos do supracitado dispositivo legal, o recurso constitucional é cabível quando houver violação aos direitos fundamentais, dentre os quais se encontram: o direito de resistência, de igualdade e cidadania e de sufrágio; a proibição de tribunais de exceção e o princípio do juiz natural; os direitos fundamentais do réu e as garantias na privação de liberdade. Trata-se, contudo, de rol simplesmente exemplificativo, admitindo-se a interposição de recurso constitucional com fundamento na violação a outros direitos fundamentais:

¹¹⁵ Disponível em: Site da Embaixada da Alemanha no Brasil: <http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art_93.html>. Acesso em 22/10/2005.

¹¹⁶ MANDELLI JUNIOR, 2003a, p. 77.

Pero esta enumeración no limita realmente la admissibilidad de los recursos, pues el Tribunal constitucional considera que 'los derechos constitucionales forman un orden jurídico objetivo que debe ser interpretado no como una serie de garantías concretas, sino como un sistema coherente y completo de valores que apunt a la protección de la dignidad de la persona humana ya a sua libre desarrollo. En definitiva, pues, el recurso constitucional puede invocar la violación de otras disposicionaes de la Constitución.¹¹⁷

A necessidade do caráter individual da inconstitucionalidade argüida, ou seja, a exigência que a questão suscitada represente violação direta e imediata ao direito do particular, afasta o cabimento do recurso constitucional para a tutela dos interesses difusos ou meta-individuais.

Ao lado desta função subjetiva de tutela dos interesses individuais, o recurso constitucional alemão ostenta também uma função de defesa objetiva do texto constitucional, atribuindo ao Tribunal Constitucional Alemão a primazia na interpretação e desenvolvimento do Direito Constitucional.

A finalidade de defesa objetiva da Constituição se evidencia ante o disposto no artigo 95, I, 2, da Lei do Tribunal Constitucional da Alemanha, que atribui efeito vinculante à parte dispositiva da decisão proferida pela Corte Constitucional, impedindo assim a reprodução de atos semelhantes àqueles que já foram declarados inconstitucionais.

A despeito da ampla legitimidade ativa para propositura do recurso constitucional, havendo dúvida sobre a inconstitucionalidade de uma lei, o órgão judiciário de origem deve, de ofício, levar a questão ao Tribunal Constitucional para solução do impasse, suspendendo o processo originário.

Os atos passíveis de impugnação por meio do recurso constitucional englobam tanto as ações quanto as omissões dos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário. No âmbito Legislativo, podem ser objeto do recurso constitucional as leis federais e estaduais, sejam anteriores ou posteriores à Constituição. Quanto aos atos do

¹¹⁷ FAVOREU, Louis. **Los tribunales constitucionales**. Tradução por Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994. p. 75, apud MANDELLI JÚNIOR, 2003a, p. 77.

Executivo, são passíveis de impugnação os atos administrativos federais, estaduais ou municipais.

A maioria dos recursos constitucionais, entretanto, é proposta contra decisões judiciais, oportunidade em que o Tribunal Constitucional verifica se, na aplicação do direito ordinário, a decisão impugnada violou os direitos fundamentais constitucionais.¹¹⁸

O conhecimento do recurso pelo Tribunal Constitucional pressupõe ainda a verificação de determinados requisitos, tais como a observância do prazo constitucional e o prévio esgotamento das vias judiciais.

A interposição do recurso constitucional deve ser realizada dentro de um mês da vigência do ato, salvo quando o ato impugnado for lei ou ato do Poder Público que não admita controle judicial ordinário, hipóteses em que o prazo para impugnação será de um ano.¹¹⁹

Em regra, há necessidade de prévio esgotamento das vias judiciais.¹²⁰ Este caráter subsidiário é excepcionado, contudo, em casos de relevante interesse nacional ou de possibilidade de dano irreparável ao autor, hipóteses em que se permite a condução da questão constitucional diretamente à Corte Suprema:

§90.(...)

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 637.

¹¹⁹ Art. 93 do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

¹²⁰ Não obstante a aparente similitude dos institutos, a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão se distingue do Recurso Extraordinário porque: (i) o instituto alemão só permite a impugnação de atos contrários aos direitos constitucionais fundamentais, enquanto que a violação de qualquer norma constitucional enseja a interposição de Recurso Extraordinário; (ii) o recurso alemão admite a atribuição de efeito vinculante às decisões da Corte Constitucional, inclusive quanto a parte dispositiva do julgado, enquanto o Recurso Extraordinário não admite tais efeitos; (iii) a *Verfassungsbeschwerde* possibilita que a questão constitucional seja levada diretamente ao Tribunal Constitucional Alemão nas hipóteses de relevante interesse nacional ou possibilidade de dano irreparável ao autor, enquanto que o Recurso Extraordinário não admite tal possibilidade. O recurso constitucional alemão é, portanto, instituto de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, enquanto que o recurso extraordinário brasileiro é instrumento destinado exclusivamente ao controle difuso de constitucionalidade.

(2) Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente poderá ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido à via judicial.¹²¹

Nos termos do §93^a, 2, a, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão, o recurso constitucional só será conhecido quando estiver presente o pressuposto de “significado fundamental jurídico-constitucional”, que corresponde à exigência de relevância da questão constitucional. Ao analisar tal pressuposto de relevância, o Tribunal alemão o considera presente quando existente um considerável número de litígios sobre o assunto, possibilitando assim a construção de precedente judicial para os casos futuros.¹²²

Quantos aos efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, na hipótese de procedência do recurso, o ato administrativo ou a decisão judicial impugnados serão anulados. Tratando-se de decisão judicial anulada, o Tribunal determinará o retorno dos autos à instância de origem para novo julgamento. No caso de ato normativo, o Tribunal deve declará-lo nulo e, por conseguinte, retirá-lo do ordenamento jurídico.

3.1.2 O Recurso de Amparo do direito espanhol

Possuindo aspectos semelhantes ao *Verfassungsbeschwerde* do Direito Alemão, o Recurso de Amparo do Direito Espanhol é um instrumento constitucional colocado à disposição dos particulares para a defesa dos direitos fundamentais perante a Corte Constitucional espanhola.

Assim como o recurso constitucional alemão, todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, que demonstrem a titularidade de direitos fundamentais ou das

¹²¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Save, 1998. p. 272.

¹²² TAVARES, 2001, p. 46.

liberdades públicas supostamente violadas têm legitimidade para a interposição do recurso de amparo. O autor do recurso deverá ostentar ainda “interesse legítimo”¹²³, ou seja, deverá comprovar ter sido diretamente afetado pelo ato impugnado.

Além da legitimidade das pessoas físicas ou jurídicas, do Defensor do Povo e do Ministério Fiscal (equivalente ao Ministério Público Espanhol) para a propositura do recurso de amparo, os órgãos judiciais também podem, de ofício, enviar a apreciação da matéria diretamente ao Tribunal Constitucional quando houver dúvida acerca da constitucionalidade da disposição legislativa.

O parâmetro para o cabimento do recurso de amparo é a defesa dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, que são considerados os ‘valores superiores’ do ordenamento. Entretanto, além dos denominados “valores supremos”, os princípios regentes da política social e econômica também ensejam a interposição do recurso de amparo em virtude da relevância que ostentam no ordenamento jurídico espanhol.¹²⁴

O caráter subsidiário deste instrumento processual-constitucional se evidencia em virtude da exigência, expressamente prevista no art. 44 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de ‘prévio esgotamento das instâncias ordinárias’ para o conhecimento e admissão do Recurso de Amparo. Ao contrário do ordenamento alemão, o sistema jurídico espanhol não admite exceções ao pressuposto da subsidiariedade.

Diante da existência de outro instrumento para impugnação de atos normativos contrários às normas constitucionais, que é o recurso de inconstitucionalidade, o recurso de amparo espanhol é utilizado principalmente para impugnação de atos concretos.

Nos casos de impugnação de atos concretos do Legislativo, o recurso de amparo deverá ser proposto no prazo de três meses após a edição do ato. Caso seja

¹²³ Constituição Espanhola, art. 162.1 da Constituição Espanhola.

¹²⁴ SEGADO, Francisco Fernández. La jurisdicción constitucional en España. In BELAUNDE, Domingo García; SEGADO, Francisco Fernández (Coords.). **La jurisdicción constitucional en Iberoamericana.**, Madrid: Dykinson . 1997. p. 678- 679.

interposto contra ação ou omissão jurisdicional, o recurso de amparo deverá ser proposto no prazo de 20 dias a partir do esgotamento das vias processuais disponíveis. Este mesmo prazo, 20 dias, deverá ser observado quando se tratar de impugnação de atos administrativos.

Por fim, cumpre ressaltar que, reconhecendo a possibilidade de inconstitucionalidade decorrente de atos particulares, o Tribunal Constitucional espanhol já declarou a admissibilidade do recurso de amparo para impugnação de atos praticados por particulares contrários às disposições constitucionais fundamentais e às liberdades públicas.¹²⁵

A competência exclusiva do Tribunal Constitucional Espanhol para conhecer da matéria suscitada por particulares e, se for o caso, declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, evidencia a finalidade dupla do instituto: proporcionar a tutela dos direitos do indivíduo e assegurar a defesa objetiva da Constituição.

3.1.3 A *Beschwerde* do direito austríaco

A *Beschwerde* ou Recurso Constitucional austríaco permite que, por meio de incidente processual, a matéria constitucional seja submetida diretamente à apreciação da Corte Suprema, determinando a suspensão do processo na primeira instância ou no tribunal inferior até a manifestação do Tribunal Constitucional.

Após a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato impugnado, o Tribunal Constitucional devolve o julgamento do processo ao tribunal originário, que estará vinculado à questão constitucional já decidida.

O Recurso Constitucional pode ser interposto por qualquer pessoa que demonstre a violação de seus direitos em virtude de ato ou de conduta administrativa

¹²⁵ STC 177/1988, FJ 3º Y 4º., apud OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei nº9,882/99**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. p. 95.

inconstitucional. O prazo para a interposição do recurso é de seis meses a partir da prática do ato reputado inconstitucional.

Apesar da ampla legitimidade ativa, o Tribunal Constitucional austríaco possui discricionariedade para selecionar os casos em que considera relevante e, portanto, necessária a sua manifestação. Além de não conhecer de determinados Recursos Constitucionais por considerá-los irrelevantes, o Tribunal poderá promover de ofício a manifestação sobre a constitucionalidade de determinados atos.

O Recurso Constitucional austríaco permite, portanto, uma fiscalização concreta e concentrada de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. Esta fiscalização é exercida concomitantemente com o sistema abstrato e concentrado há muito vigente no Direito Constitucional Austríaco.

Ao analisar o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, Jorge Miranda ressalta a relevância da competência do Tribunal Constitucional, nos seguintes termos:

(.....)tribunal constitucional – ou tribunal com competência especializada e concentrada no domínio da inconstitucionalidade e composição adequada a esta função, nascido para exercer fiscalização abstracta, principal e por via de acção (pública, popular ou direta dos cidadãos) e intervindo, mais tarde (desde 1929 na Áustria e depois noutras Constituições), também na fiscalização concreta mediante a subida obrigatória das questões de inconstitucionalidade suscitadas nos tribunais a quo.¹²⁶

Após a apresentação de alguns instrumentos, existentes no direito estrangeiro, que devem orientar a atividade do jurista na compreensão do inédito instituto introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei nº 9.882/99, passemos à análise das distintas modalidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹²⁶ MIRANDA, 1996, p. 321.

3.2 MODALIDADES E PRESSUPOSTOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O artigo 1º da Lei nº 9.882/99 consagra duas modalidades distintas de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: autônoma e incidental.

A Argüição autônoma, assim como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, é mais um instrumento de fiscalização objetiva de constitucionalidade de um ato do Poder Público pelo Supremo Tribunal Federal. Albergando atos excluídos do âmbito de impugnação das outras ações diretas de controle de constitucionalidade, como os atos normativos municipais, os atos anteriores à Constituição ou os atos concretos do Poder Público, a Argüição autônoma pretende completar o sistema de defesa da ordem jurídica constitucional.

Por sua vez, a Argüição incidental é uma ação 'incidental' destinada à realização de um controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, pois transfere à Corte Suprema a competência funcional para apreciação de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal suscitada em outros processos ordinários.

Ao propugnar uma interpretação isolada das diferentes modalidades da ADPF, Juliano Taveira Bernardes relaciona as duas modalidades de argüição a dois dispositivos específicos da Lei nº 9.882/99, asseverando que, enquanto o *caput* do art. 1º refere-se tão somente à argüição direta, o inciso I do parágrafo único desse artigo compreenderia a argüição incidental:

A regulamentação legislativa consagrou duplicidade quanto ao cabimento da ADPF. De um lado, a argüição pode ser usada para evitar ou reparar lesão a preceitos fundamentais perpetrada por ato do Poder Público, seja este de esfera federal, seja estadual, distrital ou municipal (*caput* do art. 1º da Lei n. 9882/99). De outro, cabe também a argüição 'quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição' (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei n. 9982/99).¹²⁷

¹²⁷ BERNARDES, 2004. p. 98.

Nos termos da referida concepção hermenêutica, as duas modalidades de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental diferenciar-se-iam não apenas em virtude da forma e de aspectos procedimentais, mas também quanto aos pressupostos de admissibilidade e objetos de impugnação.

Diante do texto da Lei nº 9.882/99, a adoção desta hermenêutica isolada das diferentes modalidades de ADPF acarreta relevantes conseqüências. Inicialmente, nos termos do artigo 1º, *caput* da Lei nº 9.882/99, não seria possível a Arguição autônoma que tivesse por objeto ato normativo municipal ou anterior à Constituição, nem tampouco seria cabível a Arguição incidental de ato concreto do Poder Público.¹²⁸

Ademais, nos termos do §único, I, do referido artigo 1º, admitida a interpretação isolada das modalidades de Arguição, o objeto da arguição incidental limitar-se-ia à “controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, dispensando a violação ou iminência de lesão a preceito constitucional fundamental para sua propositura.

Entretanto, a interpretação da Lei nº 9.882/99 conforme as diretrizes traçadas pelo texto constitucional, principalmente pelo artigo 102, §1º da Constituição Federal, evidenciam o equívoco da hermenêutica isolada das ADPF incidental e autônoma, indicando a necessidade e a pertinência de uma interpretação conjunta das duas modalidades deste novo e inédito instrumento de controle de constitucionalidade.

Ao prever que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal”, o artigo 102, §1º da Constituição não deixa dúvidas de que, somente quando verificada a violação a um preceito fundamental decorrente da Constituição será possível o ajuizamento de ADPF. Equivocada, portanto, é a ilação sustentada por aqueles que advogam a interpretação isolada das modalidades de ADPF, de que a ADPF incidental seria cabível quando configurada *controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo*

¹²⁸ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a. p. 106.

federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, independentemente da transgressão ou iminência de lesão a preceito constitucional fundamental.

Outra conclusão que demonstra o equívoco da interpretação isolada das modalidades de Arguição é a exclusão, do âmbito dos atos impugnáveis pela Arguição autônoma, dos atos normativos de qualquer esfera da federação, incluídos os anteriores à Constituição, admitindo-se o controle de constitucionalidade destes atos somente pela Arguição incidental.

Conforme anteriormente descrito, uma das principais finalidades da ADPF foi completar o sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade, permitindo a apreciação diretamente pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do direito municipal e de normas pré-constitucionais. Neste ponto, portanto, a interpretação isolada das modalidades da ADPF contraria a sistemática e uma das finalidades precípua da Lei nº 9.882/99.

Ademais, conforme anteriormente destacado, a interpretação isolada do inciso I, parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 restringiria o pressuposto de “relevância da questão constitucional” à Arguição incidental, dispensando-a nas hipóteses da Arguição autônoma prevista no *caput* do referido dispositivo legal. Tal conclusão revela-se contrária à própria essência do instituto, além de destoar da evolução do controle de constitucionalidade nacional e estrangeiro quanto à utilização do critério da relevância para a seleção das questões merecedoras de apreciação pelo Tribunal Constitucional.

Acrescente-se que, ao estabelecer os requisitos da petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o artigo 3º, I da Lei nº 9.882/99 determina que, se for o caso, deverá o argüente comprovar a existência de controvérsia judicial relevante sobre o preceito constitucional suscitado, não fazendo qualquer distinção entre Arguição incidental ou direta, tampouco dispensando o requisito da relevância nesta última hipótese.

A interpretação isolada dos referidos dispositivos legais é inadequada, devendo o hermeneuta realizar uma interpretação sistemática e conjunta das Arguições autônoma e incidental, analisando-as em conformidade com o artigo 102, §1º da Constituição Federal e com as demais disposições previstas na Lei nº 9.882/99.

A análise conjunta dos dispositivos legais da Lei nº 9.822/99 e da Constituição Federal evidencia a existência de pressupostos gerais e comuns a ambas as modalidades de argüição, dentre os quais se encontram: o descumprimento de preceito constitucional decorrente da constituição; a relevância da questão constitucional; a inexistência de outro meio eficaz de impugnação, caso admitida a constitucionalidade do artigo §4º do artigo 1º da Lei nº 9.882/99.

Neste particular, é precisa a lição de Walter Claudius Rothenburg:

Para ambas as modalidades de argüição (tanto a direta quanto a incidental), é certo que se exige o descumprimento de preceito fundamental, ou seja, o Supremo Tribunal Federal avaliará a fundamentalidade do preceito constitucional descumprido. A avaliação da relevância da controvérsia constitucional completa esse quadro de apreciação discricionária – verdadeira filtragem realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, não tem sentido o Supremo Tribunal apenas poder avaliar essa relevância em relação à argüição incidental e não também em relação à argüição direta.¹²⁹

Faz-se necessária, portanto, a superação da interpretação literal ou unitária do caput e do parágrafo único do artigo 1º em benefício da compreensão contextualizada e conjunta de tais dispositivos, que traçam a estrutura da argüição de descumprimento de preceito fundamental no ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo os pressupostos e objetos gerais para ambas as modalidades de argüição.

Tal conclusão não reduz a importância da apresentação individualizada de aspectos formais peculiares à Argüição direta ou incidental, bem como o destaque de algumas questões que gravitam sobre uma ou outra modalidade de Argüição.

¹²⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 204-205.

3.2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental autônoma

A ADPF autônoma é uma ação constitucional, integrante do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, que visa prevenir ou reparar lesão a preceito constitucional fundamental, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.882/99:

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

A referência legislativa à ‘lesão’ evidencia a exigência de concreta violação de preceito constitucional fundamental para o conhecimento e a admissão desta ação constitucional.

Neste diapasão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se aproxima da *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, do Recurso de Amparo do direito espanhol e da *Beschwerde* do direito austríaco, institutos que pressupõem a violação fática dos direitos constitucionais argüidos.

A exigência da violação concreta a preceitos fundamentais se evidencia quando, ao analisarmos a Lei nº 9.882/99 à luz da Constituição Federal de 1988, constatamos que, onde o texto constitucional utilizou as expressões “lesão”, “ato lesivo” ou “atividades lesivas”, o constituinte referiu-se sempre a violações concretas do direito tutelado.¹³⁰

Demonstrada a necessidade da violação concreta a preceitos fundamentais para o manejo da ADPF autônoma, cumpre-nos destacar outro ponto de divergência relativa a esta modalidade de arguição: a impossibilidade do exercício de controle preventivo de constitucionalidade via ADPF.

Destacando a hipótese da Arguição autônoma para *evitar* lesão a preceito fundamental (art. 1º, caput), considerável parcela da doutrina propugna a

¹³⁰ BERNARDES, 2004, p. 100.

admissibilidade desta ação constitucional para o exercício de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade das leis:

Nesse contexto, como já observado anteriormente, insere-se a possibilidade de apresentação de arguição de descumprimento de preceito fundamental relacionada a proposta de emenda tendente a abolir alguns dos preceitos considerados cláusulas pétreas.¹³¹

Há de se rememorar, entretanto, que o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis previsto na Constituição Federal de 1988 é exclusivamente repressivo, inexistindo previsão constitucional autorizadora do controle preventivo de constitucionalidade pelo Judiciário.

Durante o processo legislativo da Lei nº 9.882/99, o Poder Executivo vetou, por alegada inconstitucionalidade, os artigos 5º, §4º e 9º da lei em questão. Tais dispositivos conferiam explícito amparo ao controle preventivo de constitucionalidade das leis, tendo sido vetados pelo Presidente da República sob o argumento de que conferiam poder exagerado ao Supremo Tribunal Federal para realizar intervenção em assunto *interna corporis* do Legislativo.

Diante da inexistência de previsão constitucional e dos vetos acima referidos, é manifesta a inconstitucionalidade de exercício do controle preventivo de constitucionalidade via ADPF.

Deste modo, assim como ocorre no mandado de segurança preventivo no caso de justo receio de dano (art. 1º, caput, Lei nº 1.533/51)¹³², o termo *evitar* lesão a

¹³¹ TAVARES, 2001, p. 304.

¹³² Ao versar sobre o Mandado de Segurança preventivo, Cássio Scarpinella Bueno assevera que: “O art. 1º, caput, da Lei n. 1.433/51 prevê o cabimento do mandado de segurança também nos casos em que ‘houver justo receio’ de, ilegalmente ou com abuso de poder, sofrer violação a direito.(...) Trata-se da figura do mandado de segurança preventivo. Antes mesmo da ocorrência da violação de determinado direito é possível a impetração do mandado de segurança para impedir a consumação da lesão, paralisando a exigibilidade (imperatividade) ou, consoante o caso, a auto-executoriedade do ato administrativo. Assim, toda vez que o impetrante estiver na iminência de sofrer lesão em direito líquido e certo seu, pode valer-se do mandado de segurança para evitar que ela se concretize. Busca-se, com a impetração preventiva, uma verdadeira imunização da situação fática que dá ensejo à propositura da ação, resguardando-se, integralmente, a futura fruição plena e in natura do bem jurídico reclamado pelo impetrante.” (BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança:**

preceito fundamental deve ser compreendido como a possibilidade do ajuizamento da Arguição autônoma preventiva para impedir a consumação da lesão a preceito fundamental, e não para a instituição do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

3.2.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental incidental

A segunda modalidade de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no inciso I, § único, do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, *in verbis*:

art. 1º

(...)

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

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

A Arguição incidental é uma ação de controle de constitucionalidade, a ser proposta no Supremo Tribunal Federal por um dos habilitados pelo art. 103 da Constituição Federal, mediante petição inicial instruída nos moldes do artigo 3º da Lei nº 9.822/99.¹³³

Esta modalidade de arguição pressupõe, contudo, a existência de um processo anterior, em trâmite perante qualquer juízo ou tribunal, em que tenha sido suscitada uma questão constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição de 1988.

Comentários às Leis nº 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 28-29).

¹³³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 469. Em sentido contrário, sustentando que a Arguição incidental não é propriamente uma ação direta, mas sim um incidente que surge no seio de um processo judicial: TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2001. p.293.

Assim como verificado na Arguição autônoma, a Arguição incidental também pressupõe a existência de lesão ou ameaça de lesão concreta a preceito constitucional fundamental, cuja comprovação se considera satisfeita em virtude da existência de processos judiciais com interpretações divergentes do mesmo preceito fundamental.

Trata-se, portanto, de um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade destinado a levar diretamente à apreciação do Supremo Tribunal Federal controvérsias constitucionais que, em virtude das tortuosas vias recursais, demorariam a chegar na Corte Suprema, ensejando situações iníquas e de incerteza jurídica.

Sustentando a inconstitucionalidade da Arguição incidental, Alexandre Moraes assevera que o inciso I, do parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99 ampliou indevidamente a competência do Supremo Tribunal Federal para a apreciação de situações não previstas pela Constituição Federal.¹³⁴ Segundo Moraes, ao prever a possibilidade de regulamentação de um instrumento para a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, o legislador constituinte não autorizou a extensão da competência da Corte Suprema para a apreciação de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição:

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

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

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 21-22.

pelo texto magno. Manobra esta eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.¹³⁵

Diversa não é a concepção defendida por Regina Maria Macedo Nery Ferrari ao sustentar a inconstitucionalidade da Argüição incidental prevista no art. 1º, §único, I da Lei nº 9.882/99:

Portanto, a Lei nº 9.882/99 ao prever a argüição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, ampliou, indevidamente, o universo constitucional do instituto, incluindo dentre os procedimentos de controle concentrado um verdadeiro incidente nos processos em curso, com a possibilidade de exercê-lo até sobre norma anterior à Constituição de 1988 e, o que é ainda pior, com decisão com eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais atos do Poder Público, nos termos do artigo 10º, parágrafo 3º, da referida lei.

(...)só a Constituição pode prever, expressamente, os casos de controle de constitucionalidade em tese, abstratamente, dissociados de um caso concreto. A Lei nº 9.882/99 não tem este poder, o que permite deduzir que o inciso I, do parágrafo único do artigo 1º, ofende frontalmente o parágrafo 1º, do artigo 102 da Lei Fundamental.¹³⁶

A suscitada inconstitucionalidade da Argüição incidental não se sustenta, pois se encontra alicerçada em equivocada proposta hermenêutica de interpretação isolada do inciso I, § único do artigo 1º da Lei em questão nº 9.882/99.

Conforme destacado anteriormente, a correta compreensão da Argüição incidental pressupõe uma interpretação conforme a Constituição e os demais artigos da Lei nº 9.882/99, sobretudo o art. 1º, caput e art. 3º. Neste contexto, a Argüição incidental não consiste em um mero incidente para solução de controvérsias judiciais, revelando-se indispensável o concomitante descumprimento de preceito fundamental previsto na Constituição.

Somente quando a controvérsia constitucional sobre atos normativos federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição, consubstanciar uma lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental é que será possível o ajuizamento

¹³⁵ Ibid., p. 21.

¹³⁶ FERRARI, 2004, p. 476.

da ADPF incidental, nos termos do art. 102, §1º da Constituição Federal e artigo 1º, §único, I da Lei nº 9.882/99.

O segundo argumento que evidencia a constitucionalidade da Argüição incidental é que a mesma foi regulamentada pelo legislador ordinário em estrita observância à competência que lhe fora outorgada pelo artigo 102, §1º da Constituição Federal.

Conforme anteriormente destacado, o artigo 102, §1º da Constituição Federal é uma norma constitucional de eficácia limitada que pressupõe, para a sua incidência, a atuação do legislador ordinário na regulamentação de seus preceitos.

Ante a instituição da argüição de descumprimento de preceito fundamental por norma constitucional de eficácia limitada e tendo sido expressamente ressalvado que a referida ação constitucional seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *na forma da lei*, a Constituição Federal outorgou ao legislador ordinário competência para regulamentar a matéria.

Ao prever o cabimento da ADPF incidental naquelas hipóteses em que há controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo municipal, estadual ou federal, incluindo os anteriores à Constituição de 1988, o legislador ordinário atuou dentro da esfera de competência que lhe fora constitucionalmente outorgada, revelando-se improcedente a alegada inconstitucionalidade do inciso I, §único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99:

Não se afigura, entretanto, qualquer inconstitucionalidade na previsão constante da Lei nº 9.882/99, de vez que, quanto à argüição de descumprimento de preceito fundamental, o art. 102, §1º, da Lei maior delegou integralmente ao legislador ordinário a definição de seus contornos e de seu objeto.¹³⁷

Ademais, conforme assevera Dimitri Dimoulis:

¹³⁷ BINENBOJM, 2004, p. 213.

Para alegar a inconstitucionalidade da lei de regência seria necessário comprovar de que as várias previsões legislativas (ação direta, efeitos erga omnes, possibilidade de medida liminar etc.) situam-se além dos limites traçados pelo art. 102, §1º, CF, ou seja, que a lei de regência viola o princípio da separação dos poderes, oferecendo ao poder judiciário competências não previstas na própria Constituição. Repetimos, porém, que diante da formulação extremamente ampla e genérica do art. 102, §1º da CF, as tentativas de comprovar a inconstitucionalidade da lei de regência são condenadas ao insucesso.¹³⁸

3.2.3 Pressupostos Gerais

Conforme exposto no tópico anterior, advogamos que a interpretação correta das modalidades de Argüição pressupõe a análise conjunta dos dispositivos da Lei nº 9.822/99 em face da Constituição Federal. Daí decorrem inúmeras conseqüências, dentre as quais a existência de pressupostos gerais e comuns à Argüição incidental e Argüição autônoma, tais como: o descumprimento de preceito constitucional fundamental decorrente da Constituição; a relevância da questão constitucional; a inexistência de outro meio eficaz de impugnação, caso se admita a constitucionalidade do artigo §4º do artigo 1º da Lei nº 9.882/99.

3.2.3.1 Descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição

Ao introduzir a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no ordenamento jurídico pátrio, o artigo 102, §1º da Constituição Federal estabeleceu parâmetro inédito de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico nacional: o descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.

Para a escorreita compreensão deste novo parâmetro de controle de constitucionalidade, faz-se necessária a prévia análise de dois fenômenos distintos: a inconstitucionalidade propriamente dita ou *stricto sensu* e a inconstitucionalidade *lato sensu*.

¹³⁸ DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e Silêncios Constitucionais no Exemplo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 88.

A inconstitucionalidade *stricto sensu*, que já foi apreciada no item 2.2 sob a rubrica de 'fenômeno da inconstitucionalidade', é aquela que pressupõe a violação direta do texto constitucional por uma norma que encontra seu fundamento de validade imediato na própria Constituição:

Isso é assim já que, ao referir-se à inconstitucionalidade, a Constituição relaciona exclusivamente as leis e atos normativos, como únicos comportamentos (no caso, estatais) capazes de nela incidirem (quando se trata de controle concentrado). É o que se depreende do disposto no art. 102, inciso I, a da Constituição.¹³⁹

Já a inconstitucionalidade *lato sensu* é um conceito mais amplo do que a inconstitucionalidade propriamente dita, pois, além desta, engloba também outras formas de incompatibilidade com a Constituição, tais como a contrariedade e o descumprimento.

A inconstitucionalidade *lato sensu* abrange, portanto, três modalidades de inadequação ao texto constitucional: a inconstitucionalidade propriamente dita, a contrariedade e o descumprimento. Todas estas modalidades de inconstitucionalidade *lato sensu* apresentam, em comum, a inadequação de um ato impugnado com um preceito dotado de Supremacia Constitucional.¹⁴⁰

A contrariedade ao texto constitucional encontra-se prevista no artigo 102, III, a) da Constituição, mais precisamente como decorrente de ato que "contrariar dispositivo desta Constituição", e enseja o exercício do controle difuso de inconstitucionalidade. Deste modo, caso contrarie dispositivo constitucional, a decisão judicial será passível de impugnação por Recurso Extraordinário.¹⁴¹

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 59.

¹⁴⁰ MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 108.

¹⁴¹ TAVARES, 2000, p. 60.

A terceira modalidade de inconstitucionalidade *lato sensu* é o descumprimento de preceito constitucional fundamental, expressamente previsto no artigo 102, §1º da Constituição Federal.

Neste sentido, descumprir a Constituição significa deixar de cumprir, não atender satisfatoriamente ou desrespeitar os preceitos constitucionais fundamentais. Todo e qualquer ato do Poder Público, e não apenas os atos normativos ou abstratos, pode descumprir preceitos constitucionais fundamentais, ensejando o cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Inaugura-se assim a possibilidade do Supremo Tribunal Federal proclamar a inconstitucionalidade (*lato sensu*) de todo e qualquer ato do Poder Público que desrespeite preceito constitucional fundamental, assegurando a Supremacia Constitucional não apenas em relação aos atos normativos, mas também em face de atos concretos incompatíveis com o texto constitucional.

Apresentada a idéia de descumprimento, imperiosa é a compreensão do conceito de 'preceitos fundamentais decorrentes da Constituição', cujo descumprimento enseja o cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do art. 102, §1º da Constituição Federal.

Conforme anteriormente destacado, o termo preceito equivale ao de norma jurídica, compreendendo tanto as regras quanto os princípios jurídicos.

Destarte, os preceitos fundamentais abrangem não apenas os Princípios Fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, mas também outras espécies de normas, como as regras, desde que estas também sejam reputadas fundamentais no ordenamento constitucional:

Isso é tanto mais verdadeiro quanto se verifica que logo no primeiro de seus títulos a Constituição abriga o que denominou 'Dos Princípios Fundamentais'. Ora, em matéria de tal relevância, que ocupa logo o pórtico dos direitos da nação seria de causar espécie que o constituinte, pretendendo referir-se novamente ao mesmo objeto, viesse a empregar termo diverso daquele já empregado, em posição de grande destaque, ou

seja, seria insustentável que houvesse optado deliberadamente, e sem maiores esclarecimentos, pela equivocidade decorrente de uma sinonímica artificialmente elaborada. Certamente que pretendeu englobar dentre os preceitos fundamentais também os princípios (quando fundamentais). Mas não é menos certo que pretendeu ir além, para alcançar outras normas não-principiológicas (as regras, quando fundamentais), ou mesmo excluir alguns princípios, por não serem fundamentais.¹⁴²

Outra importante ressalva a ser feita é que, ao referir-se aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, a Constituição Federal os diferencia das demais normas constitucionais. Nem todo preceito constitucional é fundamental, sendo que somente em relação àqueles que ostentam este caráter “fundamental” é cabível a ADPF.

Por fim, faz-se necessário ressaltar a relevância do adjetivo verbal *decorrente* na compreensão do parâmetro do controle de constitucionalidade da ADPF. Conforme se extrai da leitura do artigo 102, §1º da Constituição Federal, o que se pretende proteger é qualquer preceito fundamental *decorrente* da Constituição, e não apenas aqueles que se encontram contidos na Constituição.¹⁴³

Um preceito fundamental decorrente da Constituição não precisa, portanto, encontrar-se expressamente previsto no texto constitucional, admitindo-se que esteja apenas subentendido ou implícito no texto constitucional:

Nessa medida, podem ser considerados como parte integrante do Texto Constitucional aqueles vetores que, embora não elencados expressamente pelo legislador, foram por ele adotados implicitamente, e que podem ser deduzidos através de uma interpretação sistêmica.

Os princípios implícitos se revestem da mesma importância atribuída àqueles explicitados pelo legislador, posto que também são tomados como alicerce do ordenamento jurídico, impondo-se, igualmente, obediência aos comandos por ele emitidos.¹⁴⁴

¹⁴² Ibid., p.115.

¹⁴³ GARCIA, Maria. Arguição de Descumprimento: Direito do Cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 32/99-106, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, jul./set. 2001. p. 103.

¹⁴⁴ PERRINI, Raquel Fernandes. **Os princípios constitucionais implícitos. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** 17/113-138, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, out.- dez. 1996. p.131-132.

Os preceitos fundamentais podem derivar, portanto, direta ou indiretamente do texto constitucional, englobando tanto os princípios expressamente referidos quanto aqueles implicitamente integrados à Constituição.¹⁴⁵

Estabelecidas tais premissas hermenêuticas, é pertinente a incursão e análise em algumas lições apresentadas pela doutrina nacional acerca da definição de “preceitos fundamentais decorrentes da Constituição”.

Valendo-se da diferenciação entre normas formalmente e materialmente constitucionais, Geovany C. Jevaux considera que não apenas os preceitos expressamente considerados fundamentais pela Constituição, como os ‘Princípios Fundamentais’ dos artigos 1º e 4º e os ‘Direitos e Garantias Fundamentais’ dos arts. 5º a 17, mas também todas as demais normas materialmente constitucionais são preceitos fundamentais passíveis de arguição por seu descumprimento.¹⁴⁶

Contraopondo-se a tal concepção, Luís Roberto Barroso assevera que, mesmo dentre as normas materialmente constitucionais, existem aquelas que se singularizam por seu caráter fundamental ou por sua estatura axiológica. Ademais, a expressão ‘preceito fundamental’ importa no reconhecimento de que a violação de determinadas regras ou princípios acarreta conseqüências mais graves para o ordenamento jurídico.¹⁴⁷

Após ressaltar que a Constituição alberga os principais valores a serem observados no ordenamento jurídico, André Ramos Tavares considera como sendo preceitos fundamentais aqueles que “conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição”.¹⁴⁸ Neste sentido, prossegue o doutrinador:

Os preceitos fundamentais realmente diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude da

¹⁴⁵ TAVARES, 2000, p. 54.

¹⁴⁶ JEVAUX, 2003, p.140.

¹⁴⁷ BARROSO, 2004, p. 222.

¹⁴⁸ TAVARES, 2000, p. 54.

imediatidade dos valores que encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior do direito.¹⁴⁹

Gilmar Ferreira Mendes acrescenta, contudo, que é o estudo do sistema constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permitirá a identificação dos preceitos fundamentais. Destarte, a lesão que enseja o manejo da ADPF não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um preceito fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também quando violada uma disposição que confira densidade normativa ou significado específico a este preceito.¹⁵⁰

Não obstante à demonstrada divergência doutrinária, determinadas normas constitucionais ostentam nítido caráter fundamental, inserindo-se assim dentre os preceitos constitucionais fundamentais passíveis de impugnação por ADPF.

Nesta categoria encontram-se as normas que expressam os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas edificantes do Estado Nacional, previstas nos artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal. Também as normas do Título I da Constituição Federal, intitulado “Dos Princípios Fundamentais”, são preceitos fundamentais tutelados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Os preceitos que estruturam a federação, prevendo, por exemplo, a repartição de competência entre os entes federados e a organização dos órgãos constituídos são igualmente fundamentais, inserindo-se o artigo 34, VII da Constituição no catálogo de normas cuja transgressão enseja o cabimento da ADPF.

Indispensável, ademais, a inclusão, no rol de preceitos fundamentais para fins de arguição, das cláusulas pétreas previstas no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

¹⁴⁹ Cf. nota 144 deste capítulo.

¹⁵⁰ MENDES, 2003, p. 440-444.

Por fim, quanto aos princípios constitucionais implícitos que ostentam manifesta feição de preceitos fundamentais decorrentes da Constituição e, portanto, são tutelados pela argüição em caso de seu descumprimento, encontra-se o Princípio da Segurança Jurídica.

Trata-se, contudo, de rol meramente exemplificativo, devendo o Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua competência constitucional e mediante a análise das situações concretas que lhe serão apresentadas, definir os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição tuteláveis pela Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Neste compasso:

parece-nos que o legislador agiu bem ao não arrolar taxativamente quais, dentre os dispositivos constitucionais, devem ser considerados como preceitos fundamentais. Ao valer-se de um conceito indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudança no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre baseando-se na consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional.¹⁵¹

3.2.3.2. Cláusula da Subsidiariedade

O art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 estabelece, em sua literalidade, que:

Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Este dispositivo legal pretende introduzir, no novel instituto do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pressuposto de admissibilidade já existente no direito alemão e espanhol, qual seja, a necessária observância do princípio da

¹⁵¹ TAVARES, 2000, p. 91.

subsidiariedade, tornando cabível a ADPF apenas na ausência de outro meio capaz de sanar a suscitada lesão.

É polêmica e divergente a instituição de tal pressuposto em relação a ADPF, gerando inúmeras e antagônicas manifestações doutrinárias acerca do assunto.

A primeira posição, capitaneada por Zeno Veloso e Alexandre de Moraes, sustenta que o requisito da subsidiariedade deve ser aferido diante de todos os instrumentos processuais disponíveis para a impugnação do ato reputado inconstitucional. Alicerçando-se na interpretação meramente literal do supracitado §1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99, esta corrente doutrinária propugna a inadmissibilidade da ADPF sempre que cabível qualquer outro instrumento de impugnação do ato, seja por meio de ações individuais, constitucionais ou até mesmo recurso.¹⁵²

Neste contexto, o caráter subsidiário da argüição de descumprimento fundamental representaria a necessidade do prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis, inclusive ações ou recursos individuais, para o cabimento da ADPF. Apenas após a utilização de todos os instrumentos processuais disponíveis, caso permanesse a lesão ou a ameaça de lesão a preceito constitucional fundamental, admitir-se-ia a propositura de Argüição por seu descumprimento.¹⁵³ Entretanto, esta interpretação do dispositivo legal em questão não é adequada, pois desconforme com o texto constitucional.

Primeiro porque, em virtude de enorme quantidade de ações, recursos e incidentes processuais atualmente existentes no direito brasileiro, haverá sempre, ao menos em tese, algum instrumento cabível na hipótese de transgressão a um preceito constitucional fundamental. Ademais, sendo a ADPF uma das ações de controle concentrado de constitucionalidade, cuja finalidade é assegurar a integridade objetiva da ordem constitucional, resta claro que a existência de um recurso ou ação individual apto à defesa do caso concreto não é suficiente para alcançar a finalidade perseguida pelo instituto. Aliás, os efeitos de eventuais recursos ou incidentes individuais limitar-se-ão à tutela de situação singular, não satisfazendo o objetivo

¹⁵² VELOSO, 2003, p. 327; MORAES, 2000, p. 27.

¹⁵³ MORAES, 2000, p. 27.

primordial da Arguição, que é o de reparar ou evitar lesão aos preceitos fundamentais da Constituição de forma objetiva e globalmente considerada:

[...] tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que, aparentemente, pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeitos entre as partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.¹⁵⁴

Há de se rememorar que uma das finalidades da instituição da ADPF foi a antecipação da manifestação do STF sobre questões constitucionais relevantes que, até o advento da Lei nº 9.882/99, somente eram examinadas pela Corte Suprema após exaustivas batalhas judiciais, ou seja, quando já se encontrava disseminado o clima de insegurança e incerteza no ordenamento jurídico. Esta finalidade restará frustrada se permitirmos a interpretação meramente literal do §1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99, ou seja, se for vedado o cabimento de Arguição em virtude da existência de algum recurso ou instrumento processual apto, em tese, à tutela de interesses concretos de particulares.¹⁵⁵

Ressaltando o caráter acentuadamente objetivo da Arguição de Descumprimento, Gilmar Ferreira Mendes leciona que, na análise do pressuposto da subsidiariedade, deve predominar um enfoque objetivo e de proteção da ordem constitucional

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz.** *Revista Jurídica Virtual* 13, Brasília, jun. 2000a. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/rev-13/argui-des.htm>. Acesso em 04 ago. 2005.

¹⁵⁵ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2000. p. 104.

positiva, levando-se em consideração tão somente os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional:

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁵⁶

Albergando a teoria preconizada por Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso acentua que, tendo o dispositivo legal em questão se referido à inexistência de outro meio eficaz e considerando que uma ação individual ou coletiva dificilmente alcançará os efeitos vinculantes e contra todos das decisões proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade, o exame da subsidiariedade deve levar em consideração tão apenas os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional brasileiro.¹⁵⁷

Deste modo, apenas quando não for cabível outra ação de controle concentrado de constitucionalidade, por se tratar, por exemplo, de controle de normas municipais, pré-constitucionais ou atos concretos do Poder Público, é que será admitida a ADPF. Caso contrário, sendo cabível o ajuizamento de outras ações de controle concentrado de constitucionalidade, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, não será admitida a ADPF.

Caso se admitisse a sua constitucionalidade, esta seria a interpretação mais razoável possível do parágrafo 4º do artigo 1º da Lei nº 9.882/99. Entretanto, considerando que o referido dispositivo legal deve ser interpretado a partir da Constituição Federal, e não o inverso, tal ilação também se mostra insustentável.

¹⁵⁶ MENDES, 2000a.

¹⁵⁷ BARROSO, 2004, p.226. No mesmo sentido: FERRARI, 2004, p. 448-455.

Ao prever a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o artigo 102, §1º da Constituição Federal estabeleceu um novo instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, ressaltando expressamente a sua finalidade de tutela dos preceitos constitucionais fundamentais.

Trata-se de instrumento peculiar e tão primordial quanto as demais ações de controle concentrado, não tendo a Constituição Federal lhe imputado a pecha de instrumento subsidiário ou residual em relação às demais ações de controle de constitucionalidade. Pelo contrário, ao estabelecer que a Argüição por Descumprimento de Preceito Fundamental é o instrumento constitucional cabível e adequado à tutela dos direitos constitucionais fundamentais, o supracitado dispositivo legal excluiu o cabimento das demais ações de constitucionalidade em tais hipóteses:

A argüição é medida tão primordial (principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade, apresentando mesmo relevância superior, se se quiser.

A argüição, portanto, não é instituto com caráter residual em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a argüição será a modalidade cabível, o que exclui as demais hipóteses.¹⁵⁸

Delimitado o objeto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Constituição Federal e não tendo sido estabelecido, pela Carta Constitucional, qualquer caráter residual ou subsidiário do instituto em face das demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, o § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 é inconstitucional por estabelecer situação de preferência não prevista no texto constitucional e restringir indevidamente o âmbito de impugnação da ADPF.

Ademais, em virtude do escopo constitucional da ADPF, não pode existir subsidiariedade aos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade,

¹⁵⁸ TAVARES, 2000, p. 45.

sendo sempre cabível a argüição quando restar configurada violação ou ameaça de lesão a preceito constitucional fundamental.¹⁵⁹

Deste modo, quando verificada a violação a preceito constitucional fundamental, dar-se-á preferência à argüição em razão do caráter específico desta ação e devido à maior relevância da norma constitucional que se pretende cautelar:

Quando o objeto também for passível de ação direta de inconstitucionalidade, em vez de subsidiariedade, haverá preferência para a argüição, em função da maior importância da norma constitucional violada (preceito fundamental) e da relevância que venha a ser reconhecida no caso à questão constitucional. No cotejo entre a fundamentalidade do parâmetro e a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, por um lado, e a subsidiariedade, por outros, aquelas não de prevalecer.¹⁶⁰

Ademais, tratando-se de hermenêutica constitucional, há de se observar o postulado da máxima efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais.¹⁶¹

Ilção diversa, que admita a constitucionalidade do § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 e, por conseguinte, o caráter residual da ADPF em relação às demais ações de controle de constitucionalidade, representaria verdadeiro desvirtuamento do instituto, porquanto praticamente limitaria suas hipóteses de cabimento à impugnação de normas municipais, pré-constitucionais e atos regulamentares, objeto deveras reduzido em relação à finalidade de tutela dos preceitos constitucionais fundamentais que lhe foi conferida pela Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁹ PIOVESAN, Flávia; STANZIOLA, Renato. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 117. No mesmo sentido: TAVARES, 2001a, p. 304.

¹⁶⁰ ROTHENBURG, 2000, p. 225.

¹⁶¹ PIOVESAN, 2003, p. 117.

3.2.3.3 Relevância da questão constitucional

O outro pressuposto de admissibilidade da ADPF, previsto na Lei nº 9.882/99, é a relevância da questão constitucional suscitada.¹⁶²

O estudo de direito comparado, bem como uma breve análise histórica, revelam-se proveitosos para a compreensão deste pressuposto de admissibilidade das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No sistema constitucional alemão, apesar da legislação não permitir a seleção discricionária dos casos a serem julgados pela Corte Suprema, a Lei do Tribunal Constitucional Federal condiciona a admissão do Recurso Constitucional às hipóteses de fundamental significado jurídico constitucional (§ 93, 2), sendo assim consideradas as questões constitucionais que suscitam um grande número de litígios.¹⁶³

Este pressuposto de admissibilidade da ADPF também encontra similar no “writ of certiorari” do direito norte-americano, que outorga à Suprema Corte dos Estados Unidos da América a possibilidade de conhecer ou recusar o julgamento de determinada matéria constitucional com base no critério da relevância da questão suscitada.

Na vigência da Constituição Federal de 1969, em observância à competência que lhe fora outorgada para o estabelecimento de requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal instituiu a denominada ‘relevância’ para fins de admissão recursal:

¹⁶² Neste sentido: ROTHENBURG, 2000, p. 208-210. OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: comentários à Lei nº 9.882/99. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 95. Em sentido contrário, sustentando a aplicabilidade do requisito da Relevância somente em relação à Arguição incidental: TAVARES, 2001a, p. 413. BARROSO, 2004, p.229.

¹⁶³ Segundo Peter Häberle, 97% dos recursos de amparo não são admitidos pelas seções do Tribunal Constitucional Alemão. HÄBERLE, Peter. **El recurso de amparo en el sistema germano-federal**. In: Vários autores. *La jurisdicción constitucional en Ibeoramerica*. Madri: 1997. p. 266, apud MORAES, 2000. p. 30.

art. 327

§1º. Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

A re-introdução do requisito de relevância constitucional para a admissibilidade do Recurso Extraordinário foi efetuada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º no artigo 102 da Constituição Federal, dispondo que:

Art. 102

(...)

§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Deste modo e ante o disposto nos artigos 1º, I, e 3º, V da Lei nº 9.882/99 e no artigo 14, III da Lei nº 9.868/99, que fixou requisito análogo para a admissibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a demonstração da relevância constitucional constitui um pressuposto tanto para o exercício do controle difuso quanto do controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se de verdadeiro 'filtro' para a seleção das demandas que serão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, possibilitando à Corte Constitucional recusar o conhecimento de ações constitucionais de diminuta importância que assoberbam e embaraçam sobremaneira o desempenho de suas atividades.

A delimitação dos aspectos necessários à configuração da 'relevância da questão constitucional' constitui matéria polêmica e divergente no mundo jurídico.

Ao tecer comentários acerca do então vigente pressuposto de admissibilidade recursal, José Carlos Barbosa Moreira asseverou que:

Afere-se a relevância da questão à luz de sua significação para o público em geral, não apenas para as partes; daí a importância do número de processos pendentes em cuja solução ela haja de influir, ou de processos futuros em que tenha probabilidade de reproduzir-se.¹⁶⁴

Além do interesse público presente no caso, mormente manifestado pela existência de inúmeros processos ordinários versando sobre determinada matéria constitucional, a configuração da relevância constitucional pressupõe o exame das conseqüências e da repercussão geral da decisão da Corte Suprema. Neste sentido, considerar-se-á relevante a questão constitucional quando o seu deslinde tiver repercussão geral, transcendendo o interesse das partes diretamente envolvidas no litígio, seja pela importância da matéria argüida ou pelo seu alcance político, econômico, social ou ético.¹⁶⁵

Ao analisar a matéria, Mandelli Júnior afirma que a simples argüição de descumprimento de preceito fundamental, por si só, caracteriza a relevância da questão constitucional necessária à admissibilidade e o conhecimento da ADPF pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶. Entretanto, nem sempre o simples fato de se suscitar o descumprimento de preceito constitucional fundamental será suficiente para a configuração do pressuposto da relevância constitucional.

Imagine-se, como exemplo, uma lei de um pequeno Município que franqueie ao público em geral o acesso às informações das notas dos alunos da rede pública de ensino. Apesar da possibilidade de violação de um preceito constitucional fundamental, no caso o direito à privacidade previsto no artigo 5º, X, da Constituição, o caso revela-se de modesta repercussão e de diminuto interesse público, devendo limitar-se às vias judiciais ordinárias, de fiscalização concreta e difusa de constitucionalidade.¹⁶⁷

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 5 v . p. 576.

¹⁶⁵ BARROSO, 2004, p. 229.

¹⁶⁶ MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 118-119.

¹⁶⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Um Resumo sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 251.

Insta salientar, por oportuno, a distinção entre o pressuposto da subsidiariedade previsto no artigo § 4º do artigo 1º da Lei 9.882/99 e a relevância da questão constitucional disposta nos artigos 1º, I e 3º, V, do referido diploma legal. Conforme anteriormente destacado, a subsidiariedade pretende impor a preponderância das outras ações constitucionais sobre a ADPF, afastando o cabimento desta quando existente outro meio para a tutela dos preceitos constitucionais fundamentais. Por sua vez, a relevância da questão constitucional apenas limita o conhecimento e análise das ADPF's àquelas hipóteses de considerável interesse público, tornando possível o ajuizamento de outras ações quando não for o caso de ADPF em virtude da diminuta importância do caso.

Deste modo, enquanto o pressuposto da subsidiariedade pretende estabelecer a prevalência das outras ações constitucionais sobre a ADPF, sendo cabível esta apenas na hipótese de inexistência de outro meio eficaz de tutela dos preceitos constitucionais fundamentais, o pressuposto da relevância estabelece exatamente o contrário. Tal pressuposto prevê o cabimento da ADPF para a tutela de questões constitucionais de relevante interesse público e, não sendo este o caso, determina a utilização de instrumentos subsidiários.

A relevância da questão constitucional suscitada constitui, portanto, um importante e indispensável pressuposto, a ser observado pelo Supremo Tribunal Federal, no juízo de admissibilidade da ADPF. Na verificação deste pressuposto, o STF deve sopesar o interesse público e a repercussão da decisão a ser proferida no exercício de controle concentrado de constitucionalidade.

3.3 OBJETO

O presente tópico destina-se à análise dos atos passíveis de impugnação pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Antes de adentrarmos na análise do tema, insta rememorar que o conceito de descumprimento previsto no artigo 102, § 1º da Constituição Federal exige tão

somente a violação a um preceito constitucional fundamental, independentemente do fundamento de validade imediato do ato transgressor.

Destarte, ao contrário da inconstitucionalidade propriamente dita (ou *stricto sensu*), o descumprimento da Constituição pode advir de atos concretos que encontram seu fundamento imediato de validade em normas infraconstitucionais.

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental não é, entretanto, apenas uma modalidade de controle concreto de constitucionalidade, pois, além das lesões concretas e dos atos materiais, o descumprimento de preceitos fundamentais pode decorrer também de ato normativo. Evidenciada a abrangência do termo descumprimento, que pode derivar tanto de ato normativo (abstrato) quanto de ato concreto contrário à Constituição, a ADPF pode proporcionar tanto um controle concreto quanto abstrato de constitucionalidade.

Ao regulamentar o instituto constitucional, o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99 dispõe que o objeto da Argüição de Descumprimento é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”, enquanto o parágrafo único, inciso I ratifica a possibilidade de cabimento da ADPF nas hipóteses em que a lesão ou ameaça de lesão a preceito constitucional fundamental decorrer de controvérsia acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição.

A primeira questão que deve ser apreciada para a delimitação do objeto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a definição de atos do Poder Público.

3.3.1 Atos do Poder Público e atos privados

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, a lesão a preceito constitucional fundamental que se pretende evitar ou reparar é aquela resultante de ato do Poder Público. A compreensão deste conceito, ou seja, a precisa delimitação da idéia de ato do Poder Público é matéria indispensável à identificação do objeto da ADPF.

Partindo-se de uma interpretação meramente literal do artigo 1º, sustenta-se que, ao referir-se a 'ato do Poder Público', a Lei nº 9.882/99 restringiu o objeto desta ação constitucional às hipóteses de impugnação dos atos da Administração Pública, excluindo os atos praticados pelos particulares do âmbito da ADPF.¹⁶⁸ Não consideramos ser esta a interpretação adequada.

Ao referir-se aos atos do 'Poder Público', o artigo 1º engloba não apenas aqueles diretamente praticados pela Administração Pública, mas também os atos de particulares no exercício de atividade pública, tais como os praticados por empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.¹⁶⁹

Aliás, assim como a inconstitucionalidade, o descumprimento de preceito fundamental pode advir tanto de atos dos órgãos estatais quanto de particulares investidos de autoridade pública.

Neste sentido, a atividade de determinada empresa concessionária de serviço público, como, por exemplo, uma empresa responsável pela construção e administração de rodovias, é passível de impugnação por ADPF em caso de prática de ato transgressor de preceito constitucional fundamental. Na mesma situação, os atos praticados por diretor de estabelecimento particular de ensino no exercício de função delegada do poder público.

No atual contexto político-econômico, caracterizado pela crescente substituição do Estado por agentes privados nas mais diversificadas atribuições, seja por meio de desestatizações e terceirizações, seja por intermédio de parcerias com a iniciativa privada, faz-se necessário englobar os atos praticados por estes agentes dentre aqueles passíveis de controle pelos instrumentos destinados à tutela dos preceitos constitucionais fundamentais.

¹⁶⁸ DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.55, p. 50-70, abr. 2000. No mesmo sentido: TAVARES, 2000a. p. 62.

¹⁶⁹ BARROSO, 2004. p. 234. SARMENTO, 2000, p. 91-92. MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 126.

Neste diapasão, cabe uma analogia com o Mandado de Segurança que, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição Federal, pode ser impetrado “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.¹⁷⁰

Apesar da possibilidade de inconstitucionalidade propriamente dita dos atos eminentemente privados, conforme demonstrado anteriormente neste estudo, o legislador ordinário não previu o cabimento da ADPF para impugnação de atos eminentemente privados, não sendo possível a utilização deste instrumento em tais hipóteses.

3.3.2 Atos Políticos

No presente estudo, consideramos atos políticos aqueles praticados pelo Poder Público no exercício de função política. Dentre outros, são atos políticos o julgamento do processo de *impeachment* do Presidente da República, a concessão do indulto, a convocação de sessão extraordinária do Legislativo, a decretação de intervenção e a nomeação de Ministro de Estado.

Na maioria destes casos, a Constituição remete a resolução do mérito destes atos à alçada exclusiva dos órgãos Executivo ou Legislativo. Tratando-se de questão estritamente política¹⁷¹, não cabe ao Judiciário apreciar o mérito das decisões proferidas para averiguar a constitucionalidade do pronunciamento do Executivo ou do Legislativo.

Entretanto, uma vez estabelecidos os pressupostos constitucionais para a manifestação dos demais órgãos constituídos, a questão torna-se também jurídica, autorizando a manifestação da Corte Suprema em relação à observância dos parâmetros constitucionais.

¹⁷⁰ Cf. nota 167 deste capítulo.

¹⁷¹ Sobre a origem e natureza dos atos políticos, ver: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Neste sentido, é precisa a lição de Themístocles Brandão Cavalcanti:

Desde que uma disciplina constitucional limita a competência de um poder, na escolha dos meios ou da forma de proceder, deixa a questão de ser política, para subordinar-se ao exame judicial, mormente quando hajam interesses feridos e direitos individuais comprometidos pelo ato emanado do poder competente.

(...)

É que a competência nunca é absoluta, o arbítrio não se cobre com a competência, que encontra limites no próprio poder concedido e na forma regulada pelo estatuto fundamental.¹⁷²

As decisões estritamente políticas, portanto, são discricionárias apenas no sentido de que pertence exclusivamente ao Executivo ou ao Legislativo o exame de sua conveniência e oportunidade. Tal discricionariedade, contudo, deve ser exercida nos moldes das diretrizes estabelecidas pela Constituição, sob pena de legítima intervenção do Judiciário, inclusive por meio de ADPF, no caso de violação a um preceito constitucional fundamental.

Destarte, apesar dos atos estritamente políticos não se sujeitarem à fiscalização e ao controle de constitucionalidade quanto à análise de sua conveniência e oportunidade, quando a Constituição estabelecer requisitos ou pressupostos de validade do ato, estes deverão ser observados, sendo possível a intervenção do Judiciário para a verificação do cumprimento dos mandamentos constitucionais.

A análise do controle judicial dos atos políticos, por meio de ADPF, apresenta-se particularmente instigante na hipótese de veto apostado pelo Chefe do Executivo em projeto de lei aprovado pelo parlamento.

Conforme dispõe o art. 66, §1º da Constituição Federal, o Presidente da República pode vetar um projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional caso o considere, no todo ou em parte, contrário ao interesse público ou inconstitucional.

¹⁷² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 229.

O veto por contrariedade ao interesse público é um ato indiscutivelmente político, tendo em vista o caráter subjetivo e a sua finalidade de governabilidade, outorgando ao Chefe do Executivo a possibilidade de manifestar-se contrário ao projeto de lei por critérios de conveniência e oportunidade.

Diante de sua natureza de ato estritamente político, o veto por contrariedade ao interesse público é insuscetível de fiscalização ou controle pelo Judiciário.

Hipótese que suscita calorosas divergências doutrinárias é a possibilidade de controle judicial do veto por inconstitucionalidade. Ao sustentar a possibilidade de fiscalização judicial do veto por inconstitucionalidade, Gustavo Binbenjom afirma que o veto por inconstitucionalidade é também um ato jurídico e, portanto, sujeito à observância de determinados parâmetros legais:

[...] se o Chefe do Poder Executivo veta um projeto de lei por considerá-lo inconstitucional e apresenta as razões por que o faz – e a Constituição em seu art. 66, §1º, determina que remeta essas razões em 48 horas ao Presidente do Senado Federal -, este não é mais um ato estritamente político. Trata-se, ao revés, de um veto jurídico-constitucional, motivado pela desconformidade entre o projeto de lei e a Constituição. Com efeito, ao motivar o veto por inconstitucionalidade, o Chefe do Executivo está vinculando o seu ato a determinados motivos, que devem ser verdadeiros e consistentes.¹⁷³

Deste modo, ao motivar um veto por inconstitucionalidade o Chefe do Executivo encontrar-se-ia jungido a determinados parâmetros, sobretudo quanto à necessária correlação de incompatibilidade entre o projeto de lei e a Constituição, bem como quanto à existência dos motivos alegados.

Não obstante à respeitabilidade da tese acima advogada, consideramos que o veto é um ato eminentemente político e, conseqüentemente, alheio à fiscalização e ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.¹⁷⁴ Aliás, a fiscalização judicial do veto por inconstitucionalidade demandaria a verificação, pelo Supremo Tribunal Federal, da pertinência da inconstitucionalidade declarada pelo Chefe do Executivo.

¹⁷³ BINENBJOM, 2004, p. 229.

¹⁷⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Veto. **Revista de Informação Legislativa** 83/141-214, jul./set. 1984. p. 214.

Isto não é permitido pelo atual ordenamento jurídico constitucional, sob pena de violação ao princípio da Separação de Poderes e das regras de competência estabelecidas pela Constituição Federal.

Assim como a Constituição Federal confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade repressivo, também outorga ao Chefe do Executivo a possibilidade do controle preventivo da constitucionalidade, revelando-se indevida a interferência de qualquer dos órgãos estatais nas atribuições constitucionais do outro.

Por derradeiro, insta salientar que o veto não é um ato normativo, tampouco finaliza o processo legislativo, sendo um ato adotado durante a tramitação do projeto de lei, assim como os atos decisórios anteriores praticados pelo Legislativo, como a propositura do projeto e a aprovação imediatamente anterior o veto.

Deste modo, consideramos que o veto, tanto por inconstitucionalidade quanto por interesse público, é ato político insuscetível de controle judicial de constitucionalidade. Há de se ressaltar apenas a possibilidade de controle deste ato, político pelo Poder Legislativo, durante a análise e votação do veto apostado pelo Chefe do Poder Executivo.

3.3.3 Atos Administrativos concretos

Conforme anteriormente destacado, ao contrário da inconstitucionalidade propriamente dita (ou *stricto sensu*), que pressupõe a violação direta da Constituição por atos normativos que encontram seu fundamento de validade imediato na Constituição, o descumprimento da Constituição, que enseja o ajuizamento da ADPF, pode advir de qualquer ato concreto ou abstrato, que transgrida um preceito constitucional fundamental.

É possível, portanto, o cabimento da ADPF para a impugnação de atos administrativos concretos como os editais de licitação, os contratos administrativos,

os editais de concursos públicos¹⁷⁵ ou outros atos que possuam o fundamento direto de validade em normas infraconstitucionais.

3.3.4 Atos Jurisdicionais

Conforme anteriormente destacado, a expressão “atos do Poder Público” engloba os atos provenientes de qualquer dos órgãos estatais, incluindo o Judiciário. Deste modo, é inequívoco cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para a impugnação de decisões judiciais, desde que, por óbvio, estejam presentes os demais pressupostos de admissibilidade desta ação constitucional.

Em precisa lição acerca do tema, Gilmar Ferreira Mendes distingue duas hipóteses de cabimento de APDF para a impugnação de ato judicial: lesão a preceito fundamental advinda de mera interpretação judicial e contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em falsa base legal).

Na primeira hipótese, o ajuizamento da ADPF revela-se possível em virtude da ilegítima interpretação de preceito fundamental efetuada pelos órgãos do Judiciário:

Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. (...) Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei 9.882 de 1999, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental resultante de ato do Poder Público -, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.”¹⁷⁶

A segunda hipótese de cabimento da ADPF contra ato judicial, por outro lado, revelar-se-ia nos casos de decisões judiciais destituídas de fundamento legal ou motivadas em manifesta descon sideração aos preceitos constitucionais fundamentais:

¹⁷⁵BARROSO, 2004. p. 240.

¹⁷⁶MENDES, 2003, p. 435.

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

(...)

Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do Direito, o juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, de que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação do direito ordinário ou, ainda, de que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial.¹⁷⁷

Admitindo o cabimento da APDF para a impugnação de atos ou decisões judiciais, mas ressalvando a excepcionalidade da medida, Luís Roberto Barroso assevera que somente em hipóteses gravíssimas de erro *in procedendo* e *in judicando* deverá ser admitir tal medida.¹⁷⁸

Deveras, o cabimento da ADPF para a impugnação de atos jurisdicionais deve ser analisado com cautela e parcimônia, em estrita observância aos demais pressupostos estabelecidos pela Lei nº 9.882/99, sob pena de conversão da Corte Suprema em terceira instância judicial ou, pior, em tribunal de exceção.

Entretanto, o caráter excepcional da medida não deve impedir a impugnação de atos jurisdicionais por meio de ADPF quando necessária à prevenção ou reparação de lesão a preceito constitucional fundamental, sobretudo nas hipóteses de insuficiência do controle difuso para a garantia da ordem constitucional:

A eficácia do meio traduz-se na idoneidade e aptidão do meio utilizado para atingir a finalidade para o qual foi gerado.

O controle difuso, por meio de um processo subjetivo, pode tornar-se tão insatisfatório na defesa dos direitos fundamentais que por vezes reclama uma proteção geral e imediata, cuja demora pode gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade desses direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, até mesmo decisões judiciais estão sujeitas à sindicabilidade pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, em casos exigentes de uma tutela jurisdicional geral e imediata.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Ibid., p. 436.

¹⁷⁸ BARROSO, 2004, p. 241.

¹⁷⁹ MANDELLI JUNIOR, 2003, p.141.

Quanto ao justo receio de desvirtuamento das finalidades precípua do Supremo Tribunal Federal em virtude da utilização da ADPF para a impugnação de atos judiciais, a própria Lei nº 9.882/99 institui requisitos aptos e suficientes para o afastamento da arguição em casos de diminuta relevância. Ao restringir a legitimidade para a propositura desta ação constitucional ao rol do artigo 103 da Constituição Federal, a Lei nº 9.882/99 dificulta sobremaneira a condução de questões menores ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a exigência da relevância da questão constitucional como um dos pressupostos de admissibilidade da ADPF confere à Corte Constitucional a possibilidade de recusar o conhecimento de ações constitucionais desprovidas de interesse público e de relevante repercussão, impedindo assim o desvirtuamento das funções constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Há de se admitir, portanto, o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para a impugnação de atos judiciais quando necessário à preservação da ordem constitucional positiva, mais precisamente à proteção dos preceitos constitucionais fundamentais. Todavia, em tais hipóteses o intérprete deverá atuar com redobrada atenção em relação aos demais pressupostos de cabimento desta ação constitucional, sobretudo quanto à legitimidade ativa e à relevância da questão constitucional suscitada.

3.3.5 Leis e atos normativos municipais

Antes do advento da Lei nº 9.882/99, apenas as leis ou os atos normativos federais e estaduais estavam sujeitos ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Além do controle difuso, as leis municipais encontravam-se passíveis apenas de 'representação de inconstitucionalidade', de âmbito estadual, a ser processada e julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado no caso de contrariedade do ato impugnado à respectiva Constituição do Estado, nos termos do art. 125, §2º da Constituição Federal.

Ao regulamentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Lei nº 9.882/99 previu expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contrários aos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Institui-se assim mecanismo inédito de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais no ordenamento jurídico nacional.

No que concerne à constitucionalidade do controle de constitucionalidade de atos normativos municipais perante a Constituição Federal, insta repisar que, ao regulamentar a ADPF, o legislador ordinário atuou dentro dos limites da competência constitucional que lhe fora atribuída pelo art. 102, §1º da Constituição Federal. Não há, na Constituição Federal, qualquer obstáculo ou restrição ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade dos atos normativos municipais.

Ao reverso, conforme verificamos ao discorrer acerca do precedente de *Marbury x Madison*, a Supremacia da Constituição e a rigidez constitucional impõem o controle de constitucionalidade dos atos contrários à Constituição, independentemente de previsão expressa em tal sentido.

A regulamentação do controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais representa um considerável avanço no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tendo em vista que, diante de peculiaridades da Federação Brasileira, determinados municípios ostentam importância, ao menos econômica e social, superior à de muitas unidades federativas. A ausência de controle, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade dos atos normativos destes 'super municípios' comprometia a própria organização política da Federação.¹⁸⁰

A extensão do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade aos atos normativos municipais possibilitará a otimização das atividades do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, ao invés de efetuar a análise e o julgamento de inúmeros Recursos Extraordinários idênticos, a Corte Suprema poderá solucionar,

¹⁸⁰ MENDES, 2003, p. 433.

de uma única vez, as controvérsias envolvendo a constitucionalidade do Direito municipal.¹⁸¹

Tal conclusão torna-se possível em duas hipóteses. Primeiro se for atribuído efeitos vinculante e *erga omnes* à motivação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos municipais. Se for admitida a atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* às motivações das decisões proferidas pelo STF, todos os demais órgãos do Estado encontrar-se-ão obrigados à observância da determinação contida na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Neste contexto, conforme a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante.

(...)

Em outras palavras, se o STF afirmar, em um processo de arguição de descumprimento, que a Lei n. “X”, do Município de São Paulo que prevê a instituição do IPTU progressivo, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idênticos editados por todos os demais entes comunais.¹⁸²

Ainda que não se admita a atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* aos motivos determinantes da decisão, a possibilidade do relator negar seguimento ao recurso manifestamente improcedente ou em confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil pátrio¹⁸³, possibilitará que, uma vez decidida a controvérsia sobre direito municipal em uma ADPF, a determinação fixada pela Corte Suprema sirva de

¹⁸¹ PIOVESAN, 2003. p. 113. No mesmo sentido: SARMENTO, 2000, p. 93-94.

¹⁸² MENDES, 2003, p. 434.

¹⁸³ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

orientação para os demais julgamentos, otimizando assim o trâmite dos processos que assoberbam o STF.¹⁸⁴

Não obstante os avanços advindos do controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos municipais, concordamos com a observação de Gustavo Binbenbom ao criticar o equívoco do legislador pátrio em não estender a legitimidade ativa da ADPF ao Prefeito Municipal, à Câmara de Vereadores ou às entidades públicas ou privadas de âmbito municipal.¹⁸⁵

Quanto à possibilidade de impugnação dos atos normativos do Distrito Federal, cumpre ressaltar que, apesar da lamentável omissão da Lei nº 9.882/99, a interpretação conforme a Constituição (art. 32, §1º, CF)¹⁸⁶ impõe o cabimento da ADPF para impugnação de normas do Distrito Federal editadas no exercício de competência legislativa de natureza tipicamente municipal.

Por fim, há de se ressaltar que as hipóteses de cabimento da ADPF restringem-se aos atos contrários aos preceitos constitucionais fundamentais. Quanto à suposta contrariedade às demais normas constitucionais, as leis ou os atos normativos municipais continuarão sendo passíveis de impugnação apenas pelo controle difuso e pela representação de inconstitucionalidade de âmbito estadual.

3.3.6 Atos normativos anteriores à Constituição

Antes da edição da Lei nº 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal se manifestara pela impossibilidade do controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição, adotando assim a teoria da revogação de tais normas. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os conflitos entre as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição e

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. PALESTRA: “LEI 9.882/99: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL”. 2005, Auditório da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. Programa de Educação Continuada da Fundação Getúlio Vargas. 20 de out. 2005 às 19:00 horas.

¹⁸⁵ BINENBOJM, 2004, p. 213.

¹⁸⁶ “Art. 32. (...) §1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.”

o texto constitucional eram solucionáveis mediante a adoção do critério cronológico da revogação.¹⁸⁷

Existia assim um vácuo no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que não admitia a fiscalização de constitucionalidade de normas pré-constitucionais em relação à nova Constituição.

Com o advento da Lei nº 9.882/99, cujo artigo 1º, parágrafo único, I, dispõe que será cabível a ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, torna-se expressa a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos pré-constitucionais.

Insta repisar, conforme anteriormente descrito, que o conceito de inconstitucionalidade propriamente dita (ou *stricto sensu*) é diferente do conceito de descumprimento.

Ao contrário da inconstitucionalidade propriamente dita (ou *stricto sensu*), que pressupõe a violação direta da Constituição por atos normativos que encontram seu fundamento de validade imediato na Constituição, o descumprimento da Constituição pode advir de qualquer ato, concreto ou abstrato, que se encontre ou não diretamente alicerçado no texto constitucional. O conceito de descumprimento previsto no artigo 102, § 1º do texto constitucional exige tão somente a violação, o desrespeito de um ato, seja concreto ou abstrato, a um preceito constitucional fundamental.

Deste modo, ainda que não se admita a inconstitucionalidade propriamente dita dos atos normativos anteriores à Constituição, inegável é a possibilidade de descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais pelas normas infraconstitucionais anteriores à Constituição. Atesta-se assim a constitucionalidade da referida previsão legal.

¹⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 21 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2005.

A Lei nº 9.882/99, portanto, tornou indene de dúvidas a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais no ordenamento jurídico pátrio.

3.3.7 Atos normativos secundários: regulamentos

Antes do advento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o ordenamento jurídico pátrio não permitia o controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos secundários, restringindo a fiscalização de inconstitucionalidade aos atos normativos primários, ou seja, àquelas normas que possuem seu fundamento de validade direto na própria Constituição.¹⁸⁸ Tal posição encontrava-se alicerçada no fato de que os atos secundários, que possuem seu fundamento de validade em leis infraconstitucionais, não ensejam a inconstitucionalidade propriamente dita, mas tão somente a ilegalidade passível de impugnação pelas vias ordinárias.

Ao introduzir a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no ordenamento jurídico pátrio, o artigo 102, §1º da Constituição Federal estabeleceu parâmetro inédito de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico nacional: o descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.

Conforme destacado anteriormente, o termo descumprimento dispensa a existência de transgressão direta e imediata da Constituição para a sua configuração. Deste modo, é possível o descumprimento dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição até mesmo por atos que possuam seu fundamento de validade direto em norma infraconstitucional. Nestes termos, a ADPF permite o controle concentrado de constitucionalidade não apenas nas hipóteses de atos normativos primários, mas também de atos normativos secundários, tais como regulamentos,

¹⁸⁸ Antes mesmo da edição da Lei 9.882/99, a impossibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade dos regulamentos era objeto de crítica de Clèmerson Merlin Clève, que asseverava: “É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata. Não seria ademais, mantida pelo STF a sua jurisprudência, cogitar-se da criação de um processo objetivo de controle de legitimidade da normativa regulamentar”. (CLÈVE, 1995, p.143).

resoluções, portarias e instruções contrários aos preceitos constitucionais fundamentais.¹⁸⁹

Cumprido frisar, ademais, que o regulamento editado em contrariedade aos parâmetros estabelecidos na Constituição viola não apenas o dispositivo constitucional que determina que os regulamentos observem os limites estabelecidos pela lei (art. 84, IV), mas também o princípio da legalidade, erigido ao patamar de preceito constitucional fundamental pelo artigo 5º, II, da Constituição Federal.¹⁹⁰ Destarte, regulamento editado em contrariedade com os limites estabelecidos na lei é ato transgressor de preceito constitucional fundamental, mais precisamente do Princípio da Legalidade (art. 5º, II), ensejando o ajuizamento da ADPF para a sua impugnação.

3.3.8 Controle de atos omissivos

Assim como verificado quando analisamos o fenômeno da inconstitucionalidade propriamente dita, o descumprimento de preceito constitucional fundamental pode advir tanto de atos comissivos quanto da omissão dos órgãos investidos de competência constitucional.

Sendo a ADPF uma ação destinada à fiscalização concreta e abstrata da conformidade dos atos do Poder Público com a Constituição, é evidente o cabimento deste instrumento processual diante de atos omissivos que ameacem ou violem preceitos constitucionais fundamentais:

Tem-se pois que, quando tratar-se de ato, ou omissão, capaz de atingir negativamente estes valores basilares, poderá ser provocado o Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a questão constitucional, exclusivamente.¹⁹¹

¹⁸⁹ Alicerçando-se em argumento diverso, Daniel Sarmento sustenta que os atos normativos regulamentares são passíveis de controle de constitucionalidade por meio da ADPF porque são “atos do Poder Público”. SARMENTO, 2000, p. 96. No mesmo sentido: MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 128.

¹⁹⁰ MENDES, 2003, p. 444-446.

¹⁹¹ BASTOS; VARGAS, 2000, p. 1.

Apesar da clareza da interpretação que justifica o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em relação aos atos omissivos, o legislador ordinário perdeu uma boa oportunidade para regulamentar o cabimento do instituto em tais hipóteses, eliminando assim qualquer dúvida porventura existente acerca de tal possibilidade.

Insta repisar que a Constituição Brasileira previu ações distintas para o combate à inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Todavia, a interpretação tímida e equivocada atribuída pelo Supremo Tribunal Federal a tais institutos, autorizando tão-somente a comunicação ao órgão competente da inércia constitucional suscitada, relegou-os ao fracasso, afastando-os de seus respectivos desideratos constitucionais¹⁹². Neste contexto, conforme observa Luís Roberto Barroso, a interpretação da Suprema Corte

¹⁹² Em relação ao Mandado de Injunção, cumpre ressaltar a existência de casos isolados em que, reconhecendo as potencialidades deste novo instrumento constitucional, o Supremo Tribunal Federal atribuiu correta hermenêutica aos efeitos da decisão judicial proferida. Neste sentido, ao analisar o pedido de entidade beneficente de assistência social acerca da efetividade do disposto no art. 195, §7º da Constituição Federal de 1988, que determina a isenção de contribuição para seguridade social das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de mora do Congresso Nacional, fixando-lhe o prazo de seis meses para que elaborasse a aludida lei, sob pena de, expirado o prazo e mantida a inércia legislativa, atribuir ao impetrante a imunidade pleiteada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 27 mar. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 jan. 2006.) Diversa não foi a hermenêutica que prevaleceu no julgamento do MI 283-5, ajuizado por um ex-oficial da Aeronáutica que pretendia a fruição de direito previsto no art. 8º, §3º do ADCT, qual seja, o direito dos “cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5, à reparação de natureza econômica, na forma que dispuser a lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.” Neste caso, considerando a mora do Congresso Nacional na elaboração da norma regulamentadora, o Supremo Tribunal Federal assinalou o prazo de 60 dias para que se ultimasse o processo legislativo da lei reclamada, sob pena de se atribuir ao impetrante a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, “sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 jan. 2006.). Por fim, ao apreciar o Mandado de Injunção MI 20-4, que foi ajuizado por entidade de classe objetivando o exercício do direito de greve deferido aos servidores públicos pelo inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal proclamou que “A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20/DF. Relator: Celso de Mello. DJ, 22 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 jan. 2006).

conduziu ao paradoxo da existência de dois remédios destinados à comunicação ao órgão do Poder Público acerca da omissão inconstitucional, mas nenhum apto à realização, em via judicial, do direito constitucional suscitado¹⁹³.

Não obstante o equívoco da interpretação dos instrumentos constitucionais destinados à supressão da inconstitucionalidade por omissão, sobretudo do Mandado de Injunção, consideramos que a ADPF não deve ser utilizada como instrumento subsidiário para a correção das deficiências hermenêuticas de outras ações constitucionais.¹⁹⁴ Ao reverso, a eficácia e verdadeira finalidade do Mandado de Injunção e da Ação Inconstitucionalidade por Omissão devem ser perseguidas e alcançadas mediante a correta compreensão e utilização destas ações.¹⁹⁵

Entretanto, diante do caráter prioritário da ADPF (3.2.3.2), ainda que possível em tese a utilização de outros instrumentos constitucionais, a Argüição será sempre cabível quando a inércia dos órgãos estatais ou dos particulares investidos de autoridade pública ameaçarem ou violarem preceitos constitucionais fundamentais.

3.4 ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES

3.4.1 Competência

Conforme expressamente previsto no texto constitucional, “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 102, § 1º, CF). Trata-se, portanto, de mais um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade destinado à instauração do exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹³ BARROSO, 2002, p. 262.

¹⁹⁴ Em sentido contrário, sustentando a possibilidade de utilização da ADPF quando os demais instrumentos de controle de constitucionalidade não se apresentarem aptos à efetiva proteção dos mandamentos constitucionais: RAMOS, Elival da Silva. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto. In TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 101.

¹⁹⁵ Sobre o tema: PIOVESAN, Flávia. **Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

3.4.2 O processo objetivo da ADPF

Consubstanciando um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do artigo 102, §3º da Constituição Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental visa assegurar a proteção aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988.

Ao contrário da fiscalização de constitucionalidade subjetiva, na qual a jurisdição constitucional é exercida principalmente para a composição de conflitos de interesses entre as partes¹⁹⁶, o processo da ADPF destina-se principalmente à preservação da ordem constitucional objetiva, mais precisamente dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.¹⁹⁷

No processo da ADPF não há, portanto, relação litigiosa, ou seja, conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, pois a questão posta à apreciação da Corte Suprema é a defesa objetiva da Constituição. Trata-se, portanto, daquilo que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de *processo objetivo*, isto é, um processo sem sujeito, destinado pura e simplesmente à defesa da Constituição.¹⁹⁸

Mesmo na ADPF incidental, que pressupõe a existência de um processo subjetivo, os efeitos *erga omnes* da decisão proferida e a restrita legitimidade ativa atestam que a finalidade da jurisdição constitucional exercida pela Corte Suprema é a defesa objetiva da Constituição, e não a composição dos litígios que suscitaram a questão constitucional.

Ademais, na ADPF incidental as partes dos processos originários não integrarão nenhum dos pólos da relação processual, pois a Lei nº 9.882/99 não outorga legitimidade ativa para propositura da ADPF às partes do processo originário,

¹⁹⁶ BERNARDES, 2004, p. 286.

¹⁹⁷ Cumpre ressaltar que, conforme ressalva Canotilho, “a distinção entre os processos subjectivos e objectivos é meramente tendencial, pois, por um lado, no processo subjectivo, cujo finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objectiva do direito constitucional e, por outro lado, no processo objectivo, dirigido fundamentalmente à defesa da ordem constitucional, não está ausente a ideia de protecção de direitos e interesses juridicamente protegidos.” (CANOTILHO, 2002, p. 975).

¹⁹⁸ MENDES, 1990, p. 250.

enquanto que, no pólo passivo da relação processual, as mesmas somente serão ouvidas se o relator considerar necessário, nos termos do art. 6º, §1º da Lei nº 9.882/99.

Não havendo oportunidade para a defesa de interesses próprios ou alheios, não há que se falar em parte propriamente dita na relação processual da ADPF, mas tão-somente em partes formais, sendo o legitimado ativo aquele autorizado pela Lei nº 9.882/99 a provocar a jurisdição constitucional na defesa da higidez objetiva do ordenamento jurídico.¹⁹⁹

3.4.3 Legitimidade ativa

Inaugurando a Argüição por Descumprimento de Preceito Fundamental um processo objetivo, não há processo contraditório no qual as partes litiguem pela defesa de interesses subjetivos.

A expressão legitimidade ativa deve ser compreendida, portanto, como atributo outorgado pela Constituição Federal e pela Lei nº 9.882/99 a determinado ente ou pessoa para ajuizar uma ação destinada à preservação da Supremacia da Constituição.

O artigo 2º, I, da Lei nº 9.882/99 dispõe que “podem propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

O art. 2º, II do Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional previa, contudo, a legitimidade ativa de “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, tendo sido vetado pelo Presidente da República por razões de interesse público.

¹⁹⁹ BARROSO, 2004, p. 230.

Ante as sérias conseqüências advindas da restrição dos legitimados para propositura da ADPF, faz-se necessário apreciar as razões, a eficácia e as conseqüências do veto aposto pelo Presidente da República.²⁰⁰

Ao apresentar o receio de aumento de demandas processuais perante o Supremo Tribunal Federal como motivos para o referido veto, o Presidente da República ignorou que uma das finalidades da ADPF era exatamente a redução do número de Recursos Extraordinários apresentados à Corte Suprema. O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos anteriores à constituição, dos atos normativos municipais e dos atos de efeitos concretos pretendia otimizar os trabalhos do STF, pois, uma vez decidida a questão constitucional no exercício do controle concentrado, inúmeros Recursos Extraordinários e ações constitucionais seriam evitadas.²⁰¹

Não ignoramos a crônica realidade do Supremo Tribunal Federal, atualmente acumulado de demandas que dificultam a qualidade da prestação jurisdicional e

²⁰⁰ As razões contidas na mensagem presidencial que veiculou o veto ao art. 2º, II, do Projeto de Lei que culminou na Lei nº 9.882/99, são as seguintes: “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.” (BRASIL, Mensagem de Veto nº 1.807, Brasília, 3 dez. 1999. Disponível em : <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em : 14 ago.2005).

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal) **Revista Jurídica Virtual** 7, Brasília, dez. 1999. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/rev_07/arguicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2005.

afastam o Tribunal Constitucional de sua função precípua de guardião da Constituição.

Todavia, o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade da ADPF, restrito aos preceitos constitucionais fundamentais²⁰², bem como o pressuposto de relevância da questão constitucional suscitada, revelam-se suficientes à triagem e seleção das ADPFs, apresentando-se absolutamente desnecessária a restrição da legitimidade ativa dos cidadãos por suposto acúmulo da Corte Suprema. Ademais, ainda que conferida a legitimação a todo e qualquer cidadão, “na prática, nem seria tão extensa assim, pois poucos são os brasileiros, e de poucas regiões apenas, que podem, privilegiadamente, pensar em propor ações judiciais por sua conta”.²⁰³

A indignação quanto à inconsistência dos motivos alegados nas razões de veto se robustece diante das sérias conseqüências advindas ao instituto em virtude da restrição da legitimidade ativa aos cidadãos. Aliás, tendo sido a ADPF introduzida no ordenamento jurídico pátrio para assegurar a tutela dos direitos fundamentais lesados pelo Poder Público, à semelhança do *Verfassungsbeschwerde* alemão e do recurso de amparo espanhol, a negação de legitimidade ativa aos cidadãos afetou severamente a essência do instituto:

De acordo com o descabido veto aposto ao projeto de lei, retirou-se da Argüição de descumprimento de preceito fundamental sua característica mais nobre: a de servir precipuamente – como é de seu objetivo constitucional declarado – ao cidadão.²⁰⁴

A negação da legitimidade ativa dos cidadãos enfraquece o instituto, sobretudo em sua modalidade incidental, pois, sendo-lhes franqueada a via autônoma, as pessoas ou entes legitimados para propositura da ADPF certamente ajuizarão a argüição

²⁰² Conforme Tavares: “Isso, só por si, é capaz de evitar uma indesejável avalanche de processos perante a Corte Suprema, porque nem toda violação da Constituição será capaz de embasar a novel medida.” TAVARES, 2001, p. 400.

²⁰³ ROTHENBURG, 2000, p. 220.

²⁰⁴ PIOVESAN; STANZIOLA, 2003, p.122.

autônoma. Ressalva-se apenas o ajuizamento da ADPF incidental pelo Procurador-Geral da República, conforme veremos adiante.²⁰⁵

Respeitáveis vozes doutrinárias sustentam a inconsistência jurídica e, por conseguinte, a ineficácia do veto ao inciso II, do artigo 2º do projeto de lei, propugnando a extensão da legitimidade ativa, no caso de ADPF incidental, a todo e qualquer cidadão.

Sustentando que o veto em questão consubstancia uma “restrição ao direito fundamental de buscar junto ao Tribunal Maior o resgate de direitos violados, com o que fica violada frontalmente a Constituição Federal”, Lênio Luiz Streck propugna a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição para, a partir daí, tornar ineficaz o malsinado veto, estendendo a legitimidade ativa da ADPF a todo cidadão:

(...)o veto presidencial, retirando do cidadão a possibilidade de acessar ao STF quando da ocorrência de violação de preceito fundamental, bate de frente com a Constituição. A solução que se apresenta é proceder uma leitura do texto do art. 2º, inciso II, da Lei 9.882, em conformidade com a Constituição, permitindo-lhe também ao cidadão recorrer diretamente ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese de descumprimento de preceito fundamental por parte dos poderes públicos. Aliás, foi nesse sentido o texto original aprovado pelo Congresso Nacional.²⁰⁶

Por sua vez, destacando que “princípio democrático e o princípio do acesso ao Judiciário encontram seu florescimento quando da adoção de uma ampla possibilidade de impugnação por via da argüição incidental” e que o direito de petição assegura todos contra ilegalidade e abuso de poder (art. 5º, XXXIV), André Ramos Tavares concluiu que:

(...) o veto apostado pelo Executivo, quanto à possibilidade de propositura da argüição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada, não alcançou seu objetivo, na medida em que a natureza da argüição incidental exigia, independentemente de previsão legal expressa, um sistema que

²⁰⁵ TAVARES, 2001, p. 400.

²⁰⁶ STRECK, 2002, p. 640.

contemplasse autores diversos daqueles previstos para a ação autônoma de argüição.²⁰⁷

Não obstante a inconsistência dos motivos alegados no veto presidencial e a despeito das nefastas conseqüências daí advindas, o esforço de argumentação desenvolvido não é suficiente para elidir os efeitos advindos do veto presidencial, devendo-se considerar excluída a legitimidade dos cidadãos para propositura da ADPF.²⁰⁸ Não há dúvida, contudo, que a questão reclama solução legislativa que permita ao cidadão levar, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, o conhecimento de violação a preceitos constitucionais fundamentais.²⁰⁹

Ao cidadão lesado resta, portanto, solicitar a propositura de ADPF “ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”, nos termos do §1º do artigo 2º da Lei nº 9.882/99.²¹⁰

Na apreciação da solicitação que lhe for endereçada, o Procurador-Geral da República deve limitar-se à análise dos pressupostos de admissibilidade da ADPF, sob pena de tornar-se censor definitivo de questões constitucionais, antes mesmo da apreciação do órgão constitucional competente para o julgamento da matéria.²¹¹

²⁰⁷ TAVARES, 2001, p. 406.

²⁰⁸ BARROSO, 2004, p. 233.

²⁰⁹ Neste propósito, Gilmar Ferreira Mendes sugere que “*De lege ferenda, poder-se-ia conceber fórmula que associasse o uso da argüição de descumprimento de preceito fundamental ao manejo do recurso extraordinário. Assim, qualquer um dos legitimados para propor a argüição poderia, v.g., solicitar que o STF 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 STF a discricionariedade necessária para apreciar a controvérsia constitucional posta no recurso individual ou na ação de caráter coletivo.*” (MENDES, 2003, p. 413).

²¹⁰ Conforme destacam Pedro Loula e Teresa Melo, referida previsão leal reputa-se desnecessária diante do art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal, que reconhece o direito de petição a toda pessoa física ou jurídica, nacional estrangeira. Entretanto, conforme asseveram os autores, “*tal repetição só pode ser compreendida se considerarmos que, num país onde os direitos se nem sempre são respeitados e onde a Constituição Federal é reformada indiscriminadamente, o óbvio precisa ser expressado e especificado tintim por tintim.*” (LOULA, Pedro; MELO, Teresa. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: um novo mecanismo de tutela das normas constitucionais? **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 357, p.417-428, set./out. 2001. p. 422).

²¹¹ PIOVESAN, 2003, p.125.

Uma vez constatada a presença dos pressupostos de admissibilidade, o Procurador-Geral da República deverá ajuizar a ADPF incidental, nos termos da Lei nº 9.882/99.²¹² Caso contrário, deverá indeferir a pretensão em decisão fundamentada.

Em virtude de mais um despropositado veto aposto pelo Presidente da República no Projeto de Lei nº 2.872 de 1997, mais precisamente no §2º do art. 2º, restou suprimida a possibilidade de representação ao STF no caso de indeferimento do pedido ao Procurador-Geral da República.

A legitimidade ativa para propositura da ADPF restringe-se, portanto, aos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I) que, em virtude da nova redação do artigo 103 da Constituição Federal, são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Há de se destacar que, a despeito da previsão da fiscalização e controle dos atos municipais, a Lei nº 9.882/99 não estendeu a legitimidade ativa da ADPF aos Prefeitos ou às Câmaras de Vereadores, tampouco a qualquer entidade pública ou privada de âmbito municipal.

“Resta saber a quem interessará deflagrar, via argüição de descumprimento de preceito fundamental, a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais.”²¹³

²¹² Em sentido contrário, sustentando que o Procurador-Geral da República não se encontra vinculado à propositura da ADPF incidental, TAVARES afirma que: “seria absurdo exigir que o Procurador-Geral apresente uma argüição incidental quando pode apresentar uma autônoma (ainda que se trate de argüição decorrente de representação de solicitação). Equivaleria a atribuir aos particulares interessados a faculdade de diminuir o poder do Procurador-Geral (quanto à possibilidade de apresentar argüição autônoma), antecipando-se a ele e lhe submetendo uma representação para argüição incidental sobre a mesma matéria”. (TAVARES, 2001, p. 408-409). Na nossa concepção, não se trata de subordinação do Procurador-Geral aos cidadãos, mas sim à Lei nº 9.882/99, que estabelece o direito dos cidadãos ao processamento da Argüição incidental prevista no referido diploma legal.

²¹³ BINENBOJM, 2004, p. 213.

Em virtude do paralelismo estabelecido pelo legislador em relação à legitimidade ativa, consideramos aplicável à ADPF a distinção entre legitimados universais e os legitimados não universais, sendo que a legitimidade destes últimos encontra-se jungida à observância do requisito da pertinência temática, ou seja, à existência de relação de pertinência entre o ato impugnado e os interesses que ao ente que propõe a ação compete tutelar.

3.4.4 Procedimento

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.882/99, a petição inicial para a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental deverá conter: a indicação do preceito fundamental que se reputa violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas especificações e a indicação da relevância da questão constitucional suscitada.

A petição inicial deverá ser apresentada em duas vias, contendo as cópias do ato impugnado e dos documentos necessários à comprovação da suscitada violação de preceito constitucional fundamental.

Quando a ADPF for ajuizada por pessoa ou entidade enumerada nos incisos VIII e IX do artigo 103 da Constituição Federal, exige-se a juntada da respectiva procuração na petição inicial. As autoridades enumeradas nos incisos I a VII do artigo 103 possuem plena capacidade postulatória, dispensando assim a representação por advogado.²¹⁴

No caso de ausência dos pressupostos de admissibilidade por inexistência dos requisitos processuais previstos no artigo 3º ou quando considera inepta a petição inicial, o Relator poderá indeferir a petição inicial. Desta decisão de indeferimento da petição inicial cabe agravo, no prazo de cinco dias (art. 4º, § 2º da Lei nº 9.882/99).

²¹⁴ FERRAZ, Sérgio. **Ação direta de inconstitucionalidade: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 590.

Sendo um processo objetivo de fiscalização de constitucionalidade de um ato do Poder Público, a ADPF está sujeita ao princípio da indisponibilidade de instância, não sendo admissível a desistência da ação proposta.²¹⁵

Após a apreciação do pedido liminar, o relator *“solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias”*, conforme previsto no artigo art. 6º da Lei nº 9.882/99.

O relator poderá ainda, caso considere necessário, determinar a oitiva das partes que figuram nos processos originários, designar perito para elaboração de parecer sobre a questão e marcar audiência pública para manifestação de autoridades. Estabelece-se assim a salutar participação de pessoas alheias à relação processual na formulação do juízo de convicção dos Ministros acerca da suscitada violação a um preceito constitucional fundamental.

Permite-se ainda, a critério do relator e mediante a solicitação dos interessados, a realização de sustentação oral e a juntada de memoriais. Cumpre destacar que esta faculdade é outorgada não apenas aos legitimados para a propositura da ADPF, mas também para qualquer pessoa ou entidade que demonstre efetivo interesse na decisão da matéria.

²¹⁵ Aplica-se, portanto, a Jurisprudência já pacificada perante o Supremo Tribunal Federal em relação às demais ações de controle concentrado de constitucionalidade: ‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESISTENCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ART. 169, PAR. 1.- APLICAÇÃO EXTENSIVA - PRELIMINAR INDEFERIDA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL - DIRETOR DE ESCOLA PÚBLICA - FORMA ELETIVA DE PROVIMENTO DO CARGO - CARREIRAS TECNICO-CIENTIFICAS - PISO SALARIAL - VINCULAÇÃO AO SALARIO MINIMO - LIMINAR DEFERIDA. ANEXO - GRADE DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS DE PROCURADOR DA FAZENDA - CARREIRA INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE - IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA. O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. O art. 169, par. 1., do RISTF-1980, que veda ao Procurador-Geral da Republica essa desistência, aplica-se, extensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados pela Constituição de 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103). A impugnação isolada de parte do Anexo da Lei Complementar, que se apresenta desprovido de qualquer normatividade, não pode ter sede em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto deve ser, necessariamente, ato estatal de conteúdo normativo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 387 MC/RO. Relator: Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. DJU, 11 out. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2005). No mesmo sentido: ADIN 164/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 17 dez. 1993.

Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópias para todos os ministros, e pedirá dia para o julgamento. Em conformidade com o art. 103, §1º da Constituição Federal, a Lei nº 9.882/99 prevê ainda que, nas arguições que não houver formulado, o Ministério Público terá vista dos autos, pelo prazo de cinco dias, após o decurso do prazo para informações (art. 7º, *caput* e parágrafo único).

Apresentados os pressupostos gerais e o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é oportuna a análise das decisões cautelar e final na ADPF e seus respectivos efeitos.

3.5 AS DECISÕES CAUTELAR E FINAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SEUS RESPECTIVOS EFEITOS

Antes de adentrarmos na análise das decisões proferidas em ADPF, cumpre rememorar a finalidade e o parâmetro de controle de constitucionalidade desta nova ação constitucional: descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição.

A ADPF é um instrumento constitucional destinado à realização do controle e à fiscalização tão-somente do descumprimento, e não do cumprimento, de determinadas normas constitucionais.

Nos termos do artigo 102, §1º da Constituição Federal, a ADPF destina-se à fiscalização da transgressão dos preceitos constitucionais fundamentais, e não de toda e qualquer norma constitucional. Deste modo, a eventual improcedência da ADPF significa apenas que o ato impugnado não transgrediu preceito constitucional fundamental, embora possa ter violado outro dispositivo constitucional 'não fundamental'.

A improcedência da ADPF não ratifica, portanto, a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, pois é possível que o ato impugnado não viole preceito constitucional fundamental, mas seja inconstitucional por transgredir um preceito constitucional não fundamental.

Deste modo, ao contrário do que se verifica com a ação direta de inconstitucionalidade e com a ação declaratória de constitucionalidade²¹⁶, as decisões proferidas em ADPF não têm caráter dúplice ou ambivalente.²¹⁷

Nem mesmo com 'malabarismos mentais' seria possível atribuir caráter dúplice ou ambivalente à argüição de descumprimento, em virtude do seu parâmetro de controle, tão somente os 'preceitos fundamentais' da Constituição, como estabeleceu o constituinte originário.²¹⁸

Ressalvada a impossibilidade de atribuição de efeitos dúplice e ambivalente às decisões proferidas em ADPF, analisaremos as decisões liminar e final deste novel instrumento de controle concentrado de constitucionalidade.

3.5.1 Decisão Liminar

Apesar da ausência de previsão constitucional acerca da Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a possibilidade de tutela jurisdicional imediata em ADPF deriva do direito constitucional à inafastabilidade do controle judicial e à prestação jurisdicional célere e eficaz (art. 5º, XXXV, CF).

Ademais, se até o controle abstrato tradicional de constitucionalidade admite a tutela imediata (art. 102, I, p), a interpretação conforme a constituição impõe a extensão de

²¹⁶ Art. 24 da Lei nº 9.868/99 estabelece o seguinte: "*Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.*"

²¹⁷ Em sentido contrário, sustentando o caráter dúplice das decisões proferidas em ADPF, Gilmar Ferreira Mendes considera possível a formulação, por ADPF, "*de pleitos com objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar prejuízo à aplicação da norma, como possível lesão a preceito fundamental da Constituição.*" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle*. In TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2000b, p. 143).

²¹⁸ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: em Defesa do Estado Social Democrático de Direito*. In TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003b. p. 238.

tal possibilidade a esta nova modalidade de controle concentrado (e eventualmente concreto) de constitucionalidade.²¹⁹

Atento aos parâmetros constitucionais do instituto e observando a competência que lhe fora outorgada pelo art. 102, §1º da Constituição Federal, o legislador ordinário previu expressamente a possibilidade de concessão de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in verbis*:

Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A imediata obtenção da medida liminar ou cautelar²²⁰ pressupõe a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* nos quais o autor alicerça a sua pretensão.

O *fumus boni iuris* consiste na plausibilidade das alegações autorais, ou seja, na razoabilidade e na pertinência dos argumentos em que o Autor alicerça sua pretensão. Por outro lado, o *periculum in mora* se consubstancia na possibilidade de ocorrência de danos ou prejuízos de difícil ou incerta reparação no caso de manutenção do ato jurídico impugnado, comprometendo assim a própria eficácia da eventual decisão a ser proferida pela Corte Suprema.

Apesar da possibilidade da concessão de medida liminar em caso de verificação simultânea dos pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, trata-se de tutela excepcional²²¹ e provisória cujos requisitos devem ser apreciados com o devido rigor pelo Supremo Tribunal Federal.

²¹⁹ ROTHENBURG, 2000, p. 231.

²²⁰ Não obstante o reconhecimento da distinção, feita pela doutrina processualista, acerca de providências liminares e cautelares, André Ramos Tavares acentua a irrelevância de tal diferenciação no estudo da medida cautelar em ADPF: “*Em síntese, a argüição admite tanto a medida liminar quanto a medida cautelar, se se quiser abraçar a distinção entre provimentos satisfativos e provimentos assecuratórios, respectivamente. Ambas as possibilidades encontram enquadramento constitucional, seja por força do direito de ação, seja por força da analogia com o procedimento próprio e expresso criado para a ação direta de inconstitucionalidade.*” (TAVARES, 2001, p. 348).

²²¹ Segundo Clèmerson Merlin Clève: “*O STF define a medida cautelar como providência excepcional, devendo a excepcionalidade da medida ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão.*” (1995, p. 159).

3.5.1.1 Quorum para a concessão da Medida Liminar

Nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.882/99, “a decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros”.

Entretanto, para a concessão da medida liminar em ADPF, é preciso o *quorum* da maioria absoluta dos Ministros do STF, ou seja, 6 (seis) Ministros, conforme disposto no artigo 5º da Lei nº 9.882/99.

É preciso distinguir, portanto, o quorum de instalação para a deliberação em ADPF, que é de pelo menos dois terços dos Ministros do STF, ou seja, oito Ministros, do quorum para concessão de medida liminar, que é de pelo menos seis ministros, ou seja, a maioria absoluta dos Ministros da Corte Suprema.

Excepcionalmente, em caso de extrema urgência, perigo de lesão grave ou durante o período de recesso, o § 1º do artigo 5º da Lei nº 9.882/99 admite a concessão de medida liminar por decisão monocrática do Ministro relator *ad referendum* do Tribunal Pleno.

A constitucionalidade do referido dispositivo legal é questionada em função do preceituado no artigo 97 da Constituição Federal:

Art. 97. 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.

Ante o disposto no referido preceito constitucional, Clèmerson Merlin Clève assevera que, se o ato normativo do Poder Público somente pode ser declarado inconstitucional por maioria absoluta dos Ministros do STF, a concessão da liminar deve seguir a mesma sistemática.²²²

²²² CLÈVE, 1995, p.160.

Entretanto, consideramos que o artigo 97 da Constituição Federal estabelece a exigência do quorum qualificado tão-somente para a decisão definitiva, e não para toda e qualquer decisão, revelando-se possível e constitucional o deferimento de medida liminar em decisão monocrática que declarar a inconstitucionalidade provisória de determinado ato.²²³

Aliás, subtrair a possibilidade de deferimento de medida cautelar pelo Ministro relator, sobretudo em casos de extrema urgência ou quando impossível a imediata manifestação do Tribunal Pleno, representaria verdadeira afronta ao direito de acesso ao Poder Judiciário.

O §1º do artigo 5º da Lei nº 9.882/99 é, portanto, manifestamente constitucional ao possibilitar o deferimento de medida liminar por decisão monocrática do Ministro Relator *ad referendum* do Plenário.

Os requisitos para o deferimento desta liminar, no entanto, devem ser rigorosamente preenchidos, tendo em vista a presunção de constitucionalidade dos atos públicos e, principalmente, a maior possibilidade de arbitrariedades quando atribuída esta competência a um único Ministro.²²⁴

3.5.1.2 Efeitos da decisão liminar e o caráter avocatório da medida

Nos termos do art. 5º, §3º da Lei nº 9.882/99, além de outras medidas cautelares destinadas à preservação da eficácia da decisão final a ser proferida em ADPF, o STF poderá determinar que *“juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamenta”*.

Diante da previsão de suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais, considerável parcela da doutrina pátria propugna a

²²³ TAVARES, 2001, p. 351.

²²⁴ CLEVE, 1995, p. 160.

inconstitucionalidade da medida, associando-a à antiga advocatória introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 7 de 1977 (ver item 2.4).²²⁵

Ao sustentar a inconstitucionalidade do §3º do artigo 5º da Lei nº 9.882/99, Lênio Luiz Streck afirma que a previsão da suspensão dos processos que tramitam perante as instâncias inferiores constitui verdadeira afronta ao devido processo legal, além de revelar-se absolutamente contrário ao sistema de controle de constitucionalidade albergado pela Constituição Federal de 1988:

O efeito advocatório é vedado pela Constituição naquilo que se extrai da noção de Estado Democrático de Direito. Há flagrante violação da cláusula do devido processo legal, além de os dispositivos (tanto o art. 1º, par. único, inciso I, quando atinge processos em andamento, e o §3º do art. 5º, porque explicitamente introduz o efeito advocatório) se mostrarem em desacordo com o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil. Na medida em que o controle é misto, a convalidação do efeito advocatório elimina as especificidades próprias do controle difuso de constitucionalidade, aproximando o nosso sistema do sistema de controle de constitucionalidade alemão, conforme explicitado no decorrer destas reflexões.²²⁶

Entretanto, consideramos que a interpretação conforme a Constituição permite diferenciar a medida cautelar em ADPF da antiga e autoritária advocatória, afastando assim a inconstitucionalidade do §3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99.

Ao contrário da antiga advocatória, que possibilitava a intervenção do Supremo Tribunal Federal com fundamento em questões meramente subjetivas, como “perigo de grave lesão à ordem”, a ADPF incidental é possível tão somente nos casos de descumprimento de preceito constitucional fundamental, restringindo assim as hipóteses de manifestação da Corte Suprema às situações de efetiva contrariedade ao texto constitucional.

²²⁵ Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que: “(...) seu objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de advocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias.”(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868/99 de 10 de Novembro e nº 9.982, de 3 de Dezembro de 1999. **Revista de Direito Administrativo** 220/1-18, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. abr.-jun. 2000. p. 14. No mesmo sentido: STRECK, 2002, p. 646-655.

²²⁶ STRECK, 2002, p. 649.

Quanto à suposta violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII), cumpre ressaltar que, ao contrário do verificado na antiga advocatária, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar os processos originários, no caso da medida liminar em ADPF se permite tão somente a suspensão dos processos ordinários, ou dos efeitos das decisões proferidas, até a manifestação do STF acerca do ato normativo impugnado, devolvendo-se após a competência dos juízes e tribunais ordinários para julgamento da lide:

O juiz de direito não é mais afastado de sua posição de julgador, como era anteriormente. Não há, no caso, julgamento do feito, mas tão somente uma baliza exata daquilo que se considera fundamental para a ordem jurídica. O deslinde da questão constitucional através da arguição de descumprimento de preceito fundamental não contraria o princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado fica mantido no seu papel de julgador e o Supremo no papel de guardião da Constituição.²²⁷

No que concerne à suscitada incompatibilidade da presente medida liminar com o sistema de controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico pátrio, insta repisar que a Constituição de 1988 alberga tanto o controle concentrado quanto o controle difuso de constitucionalidade, e não apenas este último. A suspensão dos processos ordinários, ou dos efeitos das respectivas decisões, até a posterior manifestação da Corte Suprema sobre a procedência da matéria constitucional suscitada é compatível com o sistema misto de controle de constitucionalidade atualmente vigente no ordenamento jurídico nacional.²²⁸

Há de se destacar ainda que, nos termos da Lei nº 9.882/99, as instâncias inferiores não podem suscitar a questão constitucional diretamente ao STF, tampouco pode a Corte Suprema avocar o conhecimento da matéria constitucional, pois somente mediante o ajuizamento da ADPF por um dos legitimados ativos poderá haver pronunciamento da Corte Suprema.

Pertinente e constitucional, portanto, é a medida liminar prevista no §3º do artigo 5º da Lei nº 9882/99, que outorga ao Supremo Tribunal Federal uma relevante

²²⁷ BASTOS, 2000. p.1.

²²⁸ MANDELLI JÚNIOR, 2003a, p. 165.

competência constitucional para a preservação da coerência da ordem jurídica e a prevenção de situações contrárias à decisão final a ser proferida, pelo intérprete máximo da Constituição, acerca do descumprimento de preceito constitucional fundamental.

Evita-se assim o trânsito em julgado de eventuais decisões, proferidas pelas instâncias ordinárias, em dissonância com a interpretação de preceito constitucional fundamental proclamada pelo Supremo Tribunal Federal.

Insta salientar, por fim, que o próprio dispositivo legal em análise ressalva a inaplicabilidade desta medida liminar em relação às situações jurídicas consolidadas pelos efeitos da coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988.

3.5.2 **Decisão Final**

Assim como verificado nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade propriamente dita dos atos normativos, as decisões que julgam procedentes as ADPFs têm caráter declaratório-constitutivo. Aliás, além de declararem o descumprimento de preceito constitucional fundamental, tais decisões constituem nova situação jurídica, afastando o estado de incerteza e de insegurança jurídica outrora existente no mundo jurídico.

Ademais, conforme leciona Kelsen, seja por estabelecer os requisitos para a incidência da norma, seja por determinar os efeitos decorrentes de sua aplicação, a decisão judicial sempre possui efeito constitutivo:

Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.²²⁹

²²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 265.

Excluída a possibilidade de atribuição de caráter dúplice ou ambivalente às decisões proferidas em ADPF (item 3.5), o caráter constitutivo destas decisões se revelará principalmente no caso de procedência da ação, hipótese em que o ato impugnado será reputado inválido e, por conseguinte, retirado do ordenamento jurídico em virtude da reconhecida incompatibilidade com os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988.

3.5.2.1 Quorum para a Decisão Final

O julgamento final da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.882/99, exige quorum mínimo de dois terços dos Ministros do STF. Sendo a Corte Suprema constituída por onze membros, faz-se necessária a presença de, pelo menos, oito Ministros para o início da sessão de julgamento definitivo desta ação constitucional.

Quanto ao quorum para deliberação final, ante o silêncio da Lei nº 9.882/99, impõe-se a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, fazendo-se necessário o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou seja, de pelo menos 6 (seis) Ministros do STF, para prolação da decisão final em ADPF.²³⁰

3.5.2.2 Interpretação e aplicação de preceito fundamental

Após o julgamento da ação e a comunicação do resultado às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos impugnados, conforme disposto no art. 10 da Lei nº 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal poderá fixar as condições e os modos de interpretação e aplicação do preceito constitucional fundamental.

Institui-se assim a autorização legislativa para a utilização, no julgamento da ADPF, de técnicas hermenêuticas que já vinham sendo admitidas pela Corte Suprema no julgamento das demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, tais

²³⁰ MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 167.

como a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução do texto.²³¹

Conforme leciona Clèmerson Merlin Clève, a interpretação conforme a Constituição é uma técnica de decisão em que, diante de possibilidades hermenêuticas distintas, o julgador interpreta o ato impugnado em consonância com a Constituição. Impõe-se assim uma interpretação considerada em consonância com os mandamentos constitucionais, desprezando-se as outras possibilidades interpretativas que conduziriam à incompatibilidade da norma com o texto constitucional.²³²

Na declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a Corte Suprema não aponta qual é a interpretação adequada, mas apenas exclui uma ou algumas das possibilidades de interpretação consideradas incompatíveis com a Constituição, outorgando ao intérprete a aplicação das diversas outras possibilidades diante do caso concreto.²³³

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto consiste, portanto, em reconhecer a inconstitucionalidade do ato impugnado sob algum aspecto, em dada situação ou sob determinada variante.²³⁴

A utilização de qualquer destas técnicas de interpretação pressupõe, contudo, a existência de determinados requisitos, dentre os quais a possibilidade de múltiplas interpretações de uma mesma disposição e a existência. Não é possível, contudo,

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 1371-DF, Relator(a): Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Julgamento: 03 jun. 1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: Diário de Justiça 03 out. 2003 e ADI nº 939/DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Ministro SYDNEY SANCHES, Julgamento: 15 dez. 1993. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: Diário de Justiça 18 mar. 1994.

²³² CLÈVE, 1995, p. 175.

²³³ Quanto à distinção das mencionadas técnicas de interpretação, Gilmar Ferreira Mendes leciona que: *“Convém notar, embora do ponto de vista prático afigure-se irrelevante, senão impossível, diferenciar a interpretação conforme à Constituição da declaração de inconstitucionalidade em redução de texto, parte da doutrina alemã insiste no discrimen. Afirma-se que, enquanto a interpretação conforme à Constituição traduziria a pronúncia de inconstitucionalidade de uma ou algumas possibilidades de interpretação, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto limitaria as hipóteses de aplicação do texto, sem afetar, estruturalmente, a sua expressão literal.”* (MENDES, 1990, p. 286).

²³⁴ VELOSO, 2003, p. 166.

atribuir significado ao texto normativo que altere a decisão fundamental do legislador ou que implique em radical alteração dos objetivos da lei.²³⁵

Assim sendo, estas técnicas de hermenêutica nem sempre serão passíveis de utilização nas Arguições por Descumprimento de Preceito Fundamental, sobretudo quando o objeto da ação for um ato concreto do Poder Público de sentido unívoco. Nestes casos, não sendo possível mais de uma interpretação razoável, o Supremo Tribunal Federal deverá limitar-se a averiguar se o sentido unívoco do ato contraria algum preceito constitucional fundamental, declarando a invalidade do ato impugnado, se for este o caso.

Entretanto, havendo espaço para interpretações diversas, a utilização das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são importantes instrumentos para o julgamento da ADPF.

3.5.2.3 Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante

Ao prever os efeitos da decisão final na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, o artigo 10, §3º da Lei nº 9.882/99 estabelece que “a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

A eficácia contra todos ou *erga omnes* estende os efeitos da decisão para além das partes que figuram no processo, atribuindo à decisão uma força obrigatória geral oponível a todos.

Trata-se de efeito implícito às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle concentrado de constitucionalidade, pois, uma vez declarada a

²³⁵ MENDES, 1990, p. 287. No mesmo sentido STF, AGRRE nº 172651-3 SP, Relator. Ministro Paulo Brassard, Diário de Justiça da União, j. 24.05.1994, 2ª Turma, maioria, 10 fev. 1995, p. 1897: “Não pode esta Corte alterar o sentido inequívoco da norma, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo”.

incompatibilidade do ato com os preceitos constitucionais fundamentais, impõe-se a sua retirada do ordenamento jurídico, e, por conseguinte, a impossibilidade jurídica de sua aplicação pelos órgãos do Estado.²³⁶

Entretanto, esta eficácia *erga omnes* não se revela suficiente, por si só, para impedir que o Poder Público edite novo ato normativo ou pratique outro ato semelhante àquele reputado contrário aos preceitos constitucionais fundamentais. Por isso que, além da anunciada eficácia *erga omnes*, a Lei nº 9.882/99 atribui também efeito vinculante à decisão final proferida em ADPF.

A atribuição de efeito vinculante à decisão final proferida em ADPF imputa, aos demais magistrados, aos funcionários e às autoridades do Poder Público, uma obrigação funcional de acatar o decidido, adotando inclusive as providências necessárias à implementação do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Alicerçando-se na ausência de previsão constitucional e na inexistência de competência legislativa do legislador ordinário para assim estipular, determinada corrente doutrinária sustenta a inconstitucionalidade da atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas em ADPF:

(...) não havendo o Constituinte, ao teor do disposto no atual §1º do art. 102 da Carta Magna, explicitamente dotado as decisões prolatadas quando do julgamento de arguições de descumprimento de preceito fundamental de efeito vinculante, não pode o Legislador Ordinário, a pretexto de interpretação autêntica, pretender extrair do abúlico comando constitucional tal consectário, alargando o espectro das exceções ao princípio da separação dos Poderes e à independência que dele deriva para o desempenho funcional dos demais agentes e órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.²³⁷

O § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.882/99 não padece, contudo, da alegada inconstitucionalidade, pois em momento algum a Constituição Federal veda a

²³⁶ Segundo Luís Roberto Barroso, a eficácia *erga omnes* da decisão proferida justifica-se em virtude da substituição processual, tendo em vista que os legitimados para propositura da ação constitucional (art. 103, CF) atuam com legitimação extraordinária, agindo em nome próprio no interesse da coletividade. (BARROSO, 2004a, p. 155).

²³⁷ RAMOS, 2000, p. 120. No mesmo sentido: FERRARI, 2004, p. 484-492.

atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Ao reverso, o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade encontra-se expressamente previsto no § 2º do artigo 102 da Constituição Federal em relação às ações declaratórias de constitucionalidade e às ações diretas de inconstitucionalidade:

Art. 102. (...)

§ 2º 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.”

A extensão dos efeitos vinculantes, por força de lei, às decisões proferidas em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental é perfeitamente compatível com a ordem constitucional atualmente vigente, sendo inclusive um importante aspecto para a obtenção de unidade na interpretação de preceito fundamental controvertido perante as instâncias ordinárias.

Nesse passo, temos que é compatível à lei estabelecer o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, senão pela semelhança (controle concentrado) com a ação declaratória de constitucionalidade, pela circunstância de que à lei é dado disciplinar a força das decisões judiciais, especialmente aquela decorrente da arguição, já que nesta hipótese a lei remete diretamente à vontade da lei.²³⁸

Quanto aos limites subjetivos dos efeitos vinculantes da decisão em ADPF, ao referir-se “aos demais órgãos do Poder Público”, o §3º do artigo 10 suscita dúvidas

²³⁸ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 83. No mesmo sentido: MEYER-PFLUG, Samantha. **Da Eficácia das Decisões na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/sumario70.htm>. Acesso em: 14 jun. 2005.

quanto à vinculação do Legislativo à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira corrente doutrinário-jurisprudencial sustenta que o artigo 102, §2º da Constituição Federal admite a incidência de efeito vinculante tão somente em relação aos órgãos do Executivo e aos demais órgãos do Judiciário, afastando assim a vinculação do legislador ordinário.

Neste propósito, Roberto Mandelli acrescenta que o Princípio Constitucional da Separação entre os Poderes, bem como da convivência pacífica e harmônica entre os mesmos, impõe a manutenção da relação dialética entre o legislador e o órgão de controle, principalmente em consideração à possibilidade de mutação constitucional com a modificação das circunstâncias fáticas.²³⁹

Entretanto, a tese que advoga a ausência de vinculação do Poder Legislativo às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, em especial no caso da ADPF, não merece prosperar.

Aliás, admitindo-se a ausência de vinculação do Legislativo, o próprio legislador ordinário poderia alterar a interpretação do preceito fundamental por via transversa, mais precisamente através de elaboração de leis contrárias ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, transformando-se em intérprete autêntico da Constituição. Esta é a atribuição constitucional da Corte Suprema, e não do legislador ordinário.

No caso específico da ADPF, a extensão dos efeitos vinculantes ao Poder Legislativo é ainda mais evidente em virtude do disposto no artigo 10, §3º da Lei nº 9.882/99, tendo em vista que, ao referir-se “aos demais órgãos do Poder Público”, o legislador pátrio foi claro no propósito de estender tais efeitos ao órgão legislativo.²⁴⁰ Consideramos, portanto, que os efeitos vinculantes da decisão proferida em ADPF são extensivos a todos os órgãos do Poder Público, inclusive ao Legislativo, que

²³⁹MANDELLI JÚNIOR, 2003a, p. 175.

²⁴⁰OLIVEIRA, 2004, p. 173.

ficará adstrito à concepção de preceito fundamental proclamada pela Suprema Corte no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes propugna que os efeitos vinculantes não se limitam à parte dispositiva do julgado, devendo ser estendidos à motivação, ou seja, aos “fundamentos determinantes” da decisão:

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão (Tenor, Entscheidungsformel), sustenta o Bundesverfassungsgericht que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (tragende Gründe).

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (Tenor) e dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.²⁴¹

Ao contrário do que é verificado na Alemanha, onde se encontra vigente um controle puro concentrado de constitucionalidade, o sistema misto de controle de constitucionalidade existente no ordenamento jurídico pátrio não permite a extensão dos efeitos vinculantes aos motivos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Aliás, admitir a vinculação dos demais órgãos do Judiciário aos motivos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal representaria a supressão, por esforço interpretativo, do controle difuso de constitucionalidade atualmente previsto na Constituição Federal.

A vinculação dos motivos determinantes da decisão, conforme propugnado por Mendes, ocasionaria uma grave ruptura na salutar interação que deve existir entre o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos jurisdicionais no exercício da jurisdição constitucional.²⁴²

²⁴¹ MENDES, 1999c, p.3.

²⁴² MANDELLI JÚNIOR, 2003a, p. 175.

Por fim, conforme pondera Rui Medeiros, a tese da vinculação dos motivos determinantes da decisão do Tribunal Constitucional é objeto de críticas na própria Alemanha, principalmente devido ao perigo da estagnação do direito constitucional e da perda da dinâmica inerente ao direito.²⁴³

Apresentados os efeitos vinculantes e a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, cumpre destacar que, no caso de inobservância da parte dispositiva do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal por qualquer dos entes vinculados, caberá reclamação para o próprio Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 12 da Lei nº 9.882/99.

3.5.2.4 Eficácia temporal das decisões

Ao estabelecer o parâmetro para o estabelecimento de efeitos temporais da decisão final proferida em Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, o artigo 11 da Lei nº 9.882/99 dispõe que:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.²⁴⁴

Cumpre destacar inicialmente o equívoco do legislador ordinário ao referir-se ao termo inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista que, conforme anteriormente destacado, não apenas aqueles atos normativos passíveis de inconstitucionalidade propriamente dita, mas todos aqueles outros atos normativos

²⁴³ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 768-ss.

²⁴⁴ Evidente a influência do art. 282, nº4, da Constituição Portuguesa sobre o legislador pátrio na elaboração do art. 11 da Lei nº 9.882/99. Ao permitir a delimitação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o art. 282 nº 4 da Constituição de Portugal permite que o Tribunal Constitucional fixe os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restritos que o usual quando assim recomendar “a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”.

que encontram seu fundamento de validade em normas infraconstitucionais são passíveis de ADPF por descumprimento de preceito fundamental.

Acresce que não apenas os atos normativos, mas também os atos concretos são passíveis de argüição por descumprimento de preceito fundamental e, por conseguinte, exigirão manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites de sua eficácia temporal.

Melhor seria, portanto, que o legislador ordinário tivesse consignado “ao declarar o descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição”.

Superada a imprecisão terminológica, passemos à análise da suscitada inconstitucionalidade deste dispositivo legal que estabelece os efeitos temporais da decisão que declara o descumprimento de preceito constitucional fundamental.

Pressupondo a existência de um princípio constitucional implícito de nulidade das leis contrárias à Constituição, alguns doutrinadores pátrios asseveram que somente por norma constitucional seria possível a delimitação dos efeitos temporais de decisão declaratória de descumprimento de preceito constitucional fundamental, revelando-se inconstitucional o art. 11 da Lei nº 9.882/99:

(...) as características de nosso sistema de controle, extraídas das disposições pertinentes da Constituição de 1988, conduzem à conclusão, pode-se dizer pacífica, doutrinária e jurisprudencialmente, de que a lei inconstitucional, entre nós, é sancionada com nulidade.

Como se admitir, entretanto, que disposição infraconstitucional confira ao Supremo Tribunal Federal um poder de saneamento parcial da invalidade legislativa, em face do descumprimento de preceito fundamental, invalidade, com suas características de nulidade de pleno direito, que brota do sistema de controle de disciplinado em nível superior?

Em suma, olvidou-se o Legislador Ordinário que a matéria exigia disciplina em nível constitucional e, com isso, acabou perpetrando rematada inconstitucionalidade, ao permitir algo que a Constituição não permite.²⁴⁵

²⁴⁵ RAMOS, 2000, p. 125. No mesmo sentido, propugnando a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 9.882/99: MANDELLI JÚNIOR, 2003a, p. 177-183.

Entretanto, apesar da teoria da nulidade da lei inconstitucional ser uma tese conhecida e amplamente difundida no ordenamento jurídico pátrio, em momento algum a Constituição Federal de 1988 impõe o efeito retroativo para as declarações de incompatibilidade do ato impugnado com o texto constitucional. Não há que se falar, portanto, em “princípio constitucional implícito”²⁴⁶ de nulidade da lei inconstitucional.

Ante o silêncio da Constituição Federal de 1988 acerca dos efeitos temporais da declaração de incompatibilidade do ato com os preceitos constitucionais fundamentais, é possível identificar a determinação de tais efeitos dentre as atribuições outorgadas ao Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade:

A graduação (dimensionamento) temporal das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de descumprimento de preceito fundamental e, de resto, em sede de qualquer processo objetivo, é poder que se insere, naturalmente, nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária previsão constitucional expressa. Se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há de se considerar que relegou a questão à prudente discricionariedade do Tribunal.²⁴⁷

Deste modo, encontrando-se a delimitação dos efeitos temporais da decisão que declarar o descumprimento de preceito constitucional dentre as competências do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade e não havendo disposição em contrário na Constituição Federal de 1988, é constitucional o artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

A possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* às decisões declaratórias de descumprimento de preceito constitucional fundamental não inverte, contudo, a regra de nulidade dos atos inconstitucionais e, por conseguinte, dos efeitos *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade há muito vigentes no ordenamento

²⁴⁶ MANDELLI JÚNIOR, 2003a, p. 179.

²⁴⁷ TAVARES, 2001a, p. 389.

jurídico nacional. Há de se ressaltar apenas que, apesar da atribuição de efeitos *ex tunc*, não será possível a atribuição de efeitos vinculantes retroativos à decisão.²⁴⁸

A nulidade do ato inconstitucional continua, portanto, sendo a regra vigente no direito brasileiro, podendo ser afastada em hipóteses excepcionais.²⁴⁹

O caráter excepcional da atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão que reconhece o descumprimento de preceito constitucional fundamental se evidencia diante dos pressupostos específicos previstos no artigo 11, que autoriza a delimitação de tais efeitos temporais pela Corte Suprema apenas por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social.²⁵⁰

Ademais, enquanto a decisão final que julgar procedente a ADPF necessita de quorum de maioria absoluta, ou seja, de seis Ministros do STF, a delimitação dos efeitos temporais pela Corte Suprema somente será possível mediante a aprovação do quorum qualificado de dois terços dos Ministros daquele Tribunal.

A restrição ou a postergação dos efeitos temporais da decisão que julgar procedente a ADPF é, portanto, medida excepcional a ser deferida, pelo Supremo Tribunal

²⁴⁸ João Cláudio Gonçalves Leal, em trabalho exclusivamente dedicado ao tema, assevera que "(...)a norma-controle sobre a validade dotada de efeito *ex tunc* não possui o condão de, automaticamente, como em um passo de mágica, voltar ao passado e apagar a existência de norma inconstitucional no ordenamento jurídico positivo, inclusive os efeitos por ela deflagrados. O que se admite, quanto ao efeito retroativo, é que a norma-controle sobre a validade se dirija aos órgãos encarregados de aplicação do direito positivo, impondo-lhes que os efeitos da norma inconstitucional que já tenham sido deflagrados devam ser objeto de revisão, ou impedindo que a norma inconstitucional seja aplicada sobre fatos ocorridos antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade (efeito vinculante retroativo). Nota-se que, nos dois casos, a 'retroatividade' da norma-conduta sobre a validade se manifesta como efeito prospectivo, pois ela irá prescrever como deverão ser as futuras aplicações da ordem jurídica, em relação tanto aos fatos posteriores quanto aos anteriores à declaração de inconstitucionalidade." (LEAL, 2004, p. 138).

²⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 363. Em sentido contrário, sustentando que, a partir do advento da Lei nº 9.868/99, a regra vigente no ordenamento jurídico nacional passou a atribuir efeitos *ex nunc* à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, Geovany Jevaux assevera que "A Lei nº 9.868/99 parece ter recolocado as coisas em seus lugares, dando à ADIn alguns marcos temporais nos efeitos da constatação da inconstitucionalidade, a saber: (...) 2) no mérito: a) *ex nunc* como regra, a partir do trânsito em julgado; ou b)...outro momento que venha a ser fixado" (art. 27), para o passado (caso de confirmação da medida liminar) ou para o futuro (a exemplo do modelo austríaco, que autoriza o diferimento da decisão até um ano de sua publicação" (2003, p. 122-123).

²⁵⁰ Sobre os requisitos para delimitação dos efeitos temporais pelo Supremo Tribunal Federal, ver LEAL, João Cláudio Gonçalves. **Os efeitos temporais no controle abstrato de constitucionalidade e a violação a direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdades Integradas de Vitória (FDV), Vitória, 2005.

Federal, quando necessária para a preservação da segurança jurídica ou no caso de excepcional interesse social.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O Supremo Tribunal Federal, como intérprete último da Constituição Federal e órgão competente para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, detém a relevante função de delinear o objeto, os pressupostos de admissibilidade e as características peculiares deste novo instrumento de controle de constitucionalidade.

Diante das novidades introduzidas pela ADPF no complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e à vista das dúvidas advindas tanto da redação do artigo 102, §1º, da Constituição Federal quanto da Lei nº 9.882/99, enorme será o papel do Supremo Tribunal Federal na disciplina desta nova ação constitucional. Tal aspecto foi abordado inclusive pela Ministra Ellen Gracie ao ponderar que:

Se isso é bom, porque deixa ao Tribunal ampla margem de discricionariedade na construção do instituto, corresponde também a enorme responsabilidade para com o futuro. (...) O Tribunal haverá, portanto, de agir na construção do instituto com a cautela e a serenidade que lhe têm assegurado, ao longo das décadas, o respeito e a credibilidade perante a comunidade jurídica e a Nação.²⁵¹

Dentre as 82 (oitenta e duas) Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizadas perante o STF²⁵², 43 (quarenta e três) não foram conhecidas, 1 (uma) foi convertida em ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade)²⁵³ e 33 (trinta e três) aguardam o pronunciamento da Corte Suprema acerca do juízo de admissibilidade²⁵⁴, sendo que 6 (seis) destas estão sobrestadas em virtude da ADIN nº 2.231²⁵⁵.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoEllen54-QQ.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2005.

²⁵² Esta pesquisa foi finalizada em 01º de Dezembro de 2005.

²⁵³ ADPF nº. 72.

²⁵⁴ ADPFs nºs. 02, 06, 07, 08, 09, 14, 15, 16, 24, 26, 36, 37, 40, 41, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 68, 70, 71, 73, 74, 76, 77, 81 e 82.

²⁵⁵ ADPFs nºs. 06, 08, 14, 16, 26 e 36.

No complexo das 43 APDF's que não foram conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, 23 (vinte e três) assim foram julgadas em virtude da ilegitimidade do argüente para propositura da ação²⁵⁶, 12 (oito) em razão da existência de outro meio eficaz para alcançar o efeito pretendido (cláusula da subsidiariedade)²⁵⁷, 3 (três) por ausência de capacidade postulatória²⁵⁸, 1 (uma) por ausência de interesse processual superveniente²⁵⁹, 1 (uma) por inépcia da inicial²⁶⁰, 1(uma) por impugnar veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo²⁶¹, 1 (uma) por impugnar projeto de emenda constitucional²⁶² e 1 (uma) por impugnar Súmula do STF²⁶³.

Apenas em 5 (cinco) das 82 (oitenta e duas) APDF's que foram ajuizadas perante o STF, este Tribunal, por decisão monocrática ou plenária, admitiu o cabimento das argüições, tendo deferido as medidas liminares pleiteadas. São as APDF's nºs. 04, 10, 33, 54 e 79.

No intuito de apresentarmos os contornos que o Supremo Tribunal Federal vem atribuindo à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, abordaremos inicialmente as principais questões que acarretaram a inadmissibilidade de várias argüições ajuizadas. Depois nós relataremos o julgamento das APDF's conhecidas pela Corte Suprema e, por fim, destacaremos questões relevantes observadas durante a pesquisa.

4.1 APDF'S NÃO CONHECIDAS

4.1.1 Ilegitimidade ativa

²⁵⁶ APDF's nºs. 11, 20, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 38, 42, 44, 48, 57, 58, 60, 61, 62, 69 e 75.

²⁵⁷ APDF's nºs. 03, 12, 13, 17, 18, 39, 56, 63, 64, 65, 66 e 78.

²⁵⁸ APDF's nº. 19, 21 e 32.

²⁵⁹ APDF nº. 45.

²⁶⁰ APDF nº. 05.

²⁶¹ APDF nº. 01.

²⁶² APDF nº. 43.

²⁶³ APDF nº. 80.

Em conformidade com o disposto no artigo 2º da Lei nº 9.882/99, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica ao restringir a legitimidade para o ajuizamento da ADPF aos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, quais sejam, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa de Assembleias Legislativas ou do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o partido político com representação no Congresso Nacional e a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal não alberga, portanto, as posições doutrinárias que sustentam a legitimidade de todo e qualquer cidadão para a propositura da ADPF (ver item 3.4.3).

Não figurando o argüente dentre as pessoas ou entes previstos no art. 103, I a IX da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal não conhece da ADPF em virtude da ilegitimidade ativa *ad causam*, dispensando maiores considerações a respeito do tema.

É pertinente a transcrição de excerto de decisão monocrática, proferida pela Ministra Ellen Gracie, que declarou a inadmissibilidade da ADPF nº 28 em virtude da ilegitimidade ativa do argüente:

o requerente não se encontra incluído no rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade ou a argüição de preceito fundamental, conforme previsto no art. 103 da CF, c/c o art. 2º, I da Lei nº 9.882/99. Falta-lhe, portanto, legitimidade ativa *ad causam*.²⁶⁴

Ressalva reiteradamente realizada pelo Supremo Tribunal Federal se refere à possibilidade do interessado, não incluído no rol do artigo 103 da Constituição

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 28. Relator: Ministra Ellen Gracie. **Diário de Justiça** Nr.151, Brasília, 08 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

Federal, solicitar a propositura da Argüição incidental ao Procurador Geral da República, nos termos do §2º, artigo 2º da Lei nº 9.882/99.

Outra questão alusiva à legitimidade ativa, que é reiteradamente abordada pelo Supremo Tribunal Federal, consiste na legitimidade ativa para impugnação de atos municipais. Conforme anteriormente destacado, a despeito da previsão de fiscalização e controle dos atos municipais, a Lei nº 9.882/99 não estendeu a legitimidade ativa da ADPF aos Prefeitos Municipais, às Câmaras de Vereadores ou aos outros entes municipais.

Ao declarar a inadmissibilidade da ADPF de nº 44, que foi ajuizada pelo Prefeito do Município de Ibema (PR) contra Lei Municipal 06/2003 que dispunha sobre infrações político-administrativo de Prefeitos e Vereadores, o Ministro Joaquim Barbosa asseverou que, apesar da Lei nº 9.882/99 prever a possibilidade de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra ato normativo municipal, *“o artigo 2º da Lei é taxativo ao limitar a legitimidade para a propositura da argüição ao rol dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade entre os quais, claramente, não se incluem os Prefeitos ou os Municípios”*.²⁶⁵

Diverso não foi o raciocínio que fundamentou o não conhecimento, por ausência de legitimidade ativa, das ADPF's ajuizadas, por diretórios municipais de partidos políticos, contra a Resolução nº 21.702 do Tribunal Superior Eleitoral, que dispôs acerca da diminuição do número de vereadores nas Câmaras Municipais. Ao proferir decisão monocrática em ADPF ajuizada pelo Diretório Municipal Democrático Trabalhista (PDT), o Ministro Marco Aurélio afirmou:

verifica-se (no caso) a ilegitimidade ativa. Consoante dispõe o artigo 2º da Lei nº 9882, de 3 de dezembro de 1999, podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Tratando-se de partido político, descabe agasalhar a atuação de diretório municipal.²⁶⁶

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.44. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005

²⁶⁶ _____. _____. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.60. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça** Nr. 22, Brasília, 01 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 nov. 2005

No que concerne à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Supremo Tribunal Federal também já decidiu que apenas o Conselho Federal da entidade ostenta tal legitimidade, não sendo cabível o ajuizamento de ADPF's por secção ou sub-secção regional da OAB. Neste sentido, a Ministra Ellen Gracie não conheceu, por ausência de legitimidade ativa, a ADPF nº 75, que foi ajuizada pela 3ª sub-secção da OAB/SP contra decisões judiciais determinativas de "invasão de escritórios de advocacia".²⁶⁷

Quanto à legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional, reiterando jurisprudência já pacífica quanto às demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal considera indispensável, para a caracterização da legitimidade ativa, a necessidade da pertinência temática, ou seja, a existência de uma relação lógica e direta entre as finalidades da entidade e a questão versada na lei ou no ato normativo impugnado.

Neste sentido, ao conhecer a ADPF de nº 54, que foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) contra a tipificação de crime de aborto no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, o Ministro Marco Aurélio Mello decidiu que:

Quanto à legitimidade da CNTS para propor a presente ADPF, entendo caracterizada, dado que se trata de confederação de âmbito nacional, com legítimo interesse no provimento jurisdicional em razão das implicações criminais em que podem incorrer os profissionais de saúde que venham a realizar o procedimento de antecipação do parto em caso de bebês portadores de anencefalia. Tenho, portanto, por atendido o requisito do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999²⁶⁸.

Em relação à legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ADPF, o STF exige ainda que a entidade seja composta por filiados ligados entre si pelo exercício de mesma atividade econômica ou profissional. Neste contexto, as entidades constituídas por membros de categorias profissionais ou

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.75. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 nov. 2005.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça** Nr. 125, Brasília, 01 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 nov. 2005.

econômicas diversas não possuem homogeneidade de interesses suficientes à caracterização da 'entidade de classe de âmbito nacional' prevista no artigo 103, IX da Constituição Federal.

Ao proferir a decisão monocrática que negou seguimento à ADPF nº 34, que foi ajuizada pela Associação Brasileira dos Fabricantes de Artigos de Puericultura (ABRAPUR) contra a Portaria nº 2.051/2001 do Ministério da Saúde, o Ministro Celso de Mello afirmou que, tratando-se de entidades de classe de âmbito nacional, estas não ostentarão legitimidade ativa para o ajuizamento de ADPF se possuírem composição híbrida. Neste caso específico, asseverou o Ministro, a composição híbrida da ABRAPUR emerge da possibilidade estatutária da presença, em seus quadros, de pessoas jurídicas e pessoas físicas, não exigindo sequer que estas últimas pertençam a uma categoria econômica específica.²⁶⁹

Em consonância com a jurisprudência já pacificada em relação às demais ações de controle abstrato de constitucionalidade, a Corte Constitucional exige também que os membros da entidade sejam os próprios integrantes da classe, sem intermediação de outro ente ou pessoa jurídica que os represente. Deste modo, não são consideradas entidades de classe as "associações das associações", assim consideradas as entidades compostas por pessoas jurídicas.

A respeito do tema, é igualmente esclarecedora a decisão do Ministro Celso de Mello na já mencionada ADPF nº 34:

(...)Impõe-se registrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivos pronunciamentos, tem salientado, a propósito do tema ora em exame, que não se qualificam como entidades de classe, para efeito de instauração da fiscalização normativa abstrata, aquelas organizações, que, congregando pessoas jurídicas, constituem, como a ABRAPUR, verdadeiras associações de associações. O fato irrecusável é que, em tais hipóteses, esta Suprema Corte tem recusado, a entidades como a ABRAPUR, a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente organizadas como instrumentos de representação de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma, falecendo-lhes, em consequência, legitimidade ativa para a

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.34. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça** Nr. 229, Brasília, 28 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 nov. 2005.

instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (...). Sendo assim, e pelas razões expostas, não conheço da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que falece, à autora, a pertinente legitimidade ativa ad causam, restando prejudicada, em conseqüência, a apreciação do pedido de medida cautelar.²⁷⁰

Outra questão que também ensejou o não conhecimento de diversas ADPF's propostas perante a Corte Suprema foi a existência de outro meio judicial eficaz para o alcance da finalidade pretendida, ou seja, o pressuposto da subsidiariedade previsto no artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99.

4.1.2 Existência de outro meio judicial eficaz para alcançar o efeito pretendido – Pressuposto da Subsidiariedade

Nos termos do artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental não será conhecida quando houver outro meio eficaz de sanar a lesão. Denominado de Pressuposto da Subsidiariedade, tal requisito é considerado “uma condição especial e específica da ação”²⁷¹ que, inexistente, impede o seu conhecimento.

Conforme anteriormente destacado, dentre as 82 (oitenta e duas) ADPFs ajuizadas até a presente data, o Supremo Tribunal Federal não conheceu 12 (doze) delas em virtude da existência de outro meio apto e eficaz para a tutela do direito invocado pelo argüente, fundamentando-se na Cláusula da Subsidiariedade para decidir pelo não conhecimento de tais argüições.

O Supremo Tribunal Federal explicitou, em diversas oportunidades, que a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), e não a ADPF, seria o instrumento processual adequado para a impugnação dos atos administrativos ou legislativos suscitados. Neste sentido foram os julgamentos das ADPFs propostas contra Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (ADPF nº 65), Portaria do Conselho Superior da

²⁷⁰ Cf. nota 266 deste capítulo.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.3. Relator: Ministro Sidney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

Magistratura do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (ADPF nº 13), lei orçamentária estadual (ADPF nº 63), dispositivo de lei federal (ADPF nº 39) e Emenda Constitucional (ADPF nº 78).

Ao proferir decisão que declarou a inadmissibilidade de ADPF ajuizada contra dispositivo de lei federal, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que:

o pedido principal (da arguição) não logra disfarçar que o seu objeto é a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos legais. Para isso, no entanto, a via adequada é a ação direta de inconstitucionalidade. Ora, dispõe o art. 4º da Lei 9.882/99, no §1º que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.²⁷²

A interpretação inicialmente preponderante no Supremo Tribunal Federal era a de que o pressuposto da subsidiariedade devia ser aferido diante de todos os instrumentos processuais disponíveis para a impugnação do ato. Deste modo, havendo qualquer outro instrumento de impugnação do ato, ainda que por meio de ações ou recursos individuais, o cabimento da ADPF era inadmissível. Realizava-se assim uma interpretação meramente literal do § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99.

O pressuposto da subsidiariedade representava, portanto, a necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis, inclusive ações ou recursos individuais, para a admissão da ADPF.

Ao apreciar a admissibilidade da ADPF nº 12, que foi proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que manteve a declaração de nulidade da eleição para a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa catarinense, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

No caso dos autos, como se constata da simples leitura da inicial, a arguição tem por objetivo, exatamente, a reforma de decisão do Presidente

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.39. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça** Nr. 44, Brasília, 06 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

do Superior Tribunal de Justiça, decisão esta passível de reexame por meio de agravo regimental que, inclusive, foi manifestado pelo argüente em 14.03.2001 e se encontra aguardando atualmente julgamento. Evidente, deste modo a ausência do requisito previsto no referido artigo 4º, §1º da Lei 9.882/99, uma vez que a eventual lesividade do ato impugnado pode ser sanada por meio eficaz que não a argüição de descumprimento de preceito fundamental.²⁷³

Na ADPF de nº 17, proposta pelo Governador do Estado do Amapá contra atos de nomeação e de investidura de 06 (seis) Desembargadores do Tribunal de Justiça local em virtude de alegadas transgressões aos princípios constitucionais previstos nos artigos 1º, III, e 5º, XXXVII, LIII e LIV da Constituição Federal, o STF também não conheceu a ação em virtude da incidência do artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99. Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello destacou que a ADPF somente é cabível se for demonstrado, pelo interessado, o prévio esgotamento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento positivo, capazes de cessar a situação de lesividade ou de potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados. No caso em questão, o Ministro considerou que o Argüente dispunha de outro meio processual idôneo para afastar a situação de lesividade, qual seja, a ação popular.

Apesar de não conhecer a ADPF de nº 17, o Ministro Celso de Mello registrou importante diretriz hermenêutica ao asseverar que, para a incidência do pressuposto da subsidiariedade, é essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação que se pretende tutelar.²⁷⁴ Deste modo, somente quando existente outro instrumento processual apto ao alcance dos efeitos que se pretende alcançar com a ADPF é que incidirá o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99.

Assim, se determinada situação ensejar a propositura de um Mandado de Segurança, *v. g.*, mas este não for apto para produção dos efeitos *erga omnes* e

²⁷³ _____. _____. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.12. Relator: Ministro Ilmar Galvão. **Diário de Justiça** Nr. 59, Brasília, 26 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 nov. 2005.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.17. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça** Nr. 176, Brasília, 28 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

vinculantes que se pretenda alcançar, não há que se afastar o cabimento da ADPF em virtude do Pressuposto da Subsidiariedade.

Diverso não foi o fundamento utilizado pelo Ministro Nery da Silveira para não conhecer da ADPF de nº 18, ajuizada por servidor público cearense contra ato de demissão assinado pelo Governador do Estado após processo administrativo disciplinar. Apesar de obter uma decisão favorável nas instâncias ordinárias, a reintegração do argüente não fora cumprida pelo Governo do Estado. Neste contexto, o argüente sustentou a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade apontada, pois jamais encontrara amparo nas decisões do Tribunal de Justiça local, suscitando inclusive a suspeição da referida Corte para o julgamento das ações relativas ao servidor demitido.

Instado a se manifestar nos autos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu Acórdão mantendo a decisão monocrática em todos os termos por considerar que, já tendo sido obtida decisão favorável ao interessado em ação ordinária contra o Estado do Ceará, não era cabível a propositura da ADPF para assegurar a imediata execução da decisão pendente de cumprimento. Ademais, a afirmação da suspeição do Tribunal de Justiça local para o julgamento da questão não foi reputada suficiente para a comprovação da inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão.²⁷⁵

É pertinente também a referência ao Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF de nº 3. Cuida-se de ADPF, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra decisões do Tribunal de Justiça daquele Estado que, em dissonância com o disposto na Emenda Constitucional nº 19, determinaram o pagamento de vencimentos aos servidores públicos estaduais sem as restrições estabelecidas pelo “teto de vencimentos” previsto na referida Emenda Constitucional.

Ao proferir voto acolhido, por unanimidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sidney Sanches asseverou que, sendo cabível, em tese, a

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.18. Relator: Ministro Néri da Silveira. **Diário de Justiça** Nr. 178, Brasília, 02 out. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

interposição de Agravo Regimental, a impetração de Mandado de Segurança ou o ajuizamento de Reclamação contra os atos judiciais impugnados, é evidente a incidência do artigo 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99, com a conseqüente inadmissão da ADPF. O Ministro destacou ainda que, somente se o Governador do Ceará não obtivesse medida eficaz para sanar a alegada lesão é que seria cabível a ADPF.²⁷⁶

Ao exercer a interpretação literal do disposto no artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99, inviabilizando a propositura da ADPF quando existe qualquer outro meio processual apto, em tese, à tutela do direito pleiteado pelo argüente, a Corte Suprema restringia excessivamente o âmbito da ADPF, pois sempre haverá instrumento processual apto à tutela de uma lesão ou ameaça a direito, ainda que decorrente do poder cautelar geral do Magistrado.

Esta interpretação meramente literal do § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 foi substituída, perante a Corte Suprema, por uma hermenêutica que analisa o pressuposto da subsidiariedade em face apenas dos demais instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade.

Ao apreciar a admissibilidade da ADPF nº 33, que foi ajuizada pelo Governador do Estado do Pará contra ato do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou que, na análise do pressuposto da subsidiariedade, deve predominar um enfoque objetivo e de proteção da ordem constitucional positiva.²⁷⁷

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.3. Relator: Ministro Sidney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

²⁷⁷ Ao declarar a admissibilidade da ADPF 33, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes estabeleceu um marco divisor na interpretação do pressuposto da subsidiariedade pelo Supremo Tribunal Federal. Neste propósito, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes lecionou: “À primeira vista 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 venha introduzir entre nós 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 art. 4º da Lei nº 9.882, de 1999, há de ser compreendido no

Deste modo, somente na hipótese de cabimento dos demais processos objetivos de controle de constitucionalidade, deverá ser declarada a inadmissibilidade da ADPF com fundamento no § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99. A possibilidade do ajuizamento de ações subjetivas ou a interposição de recursos não acarreta, portanto, a inadmissibilidade da APDF.

Evidenciando que interpretação atualmente prevalecente no Supremo Tribunal Federal é aquela que considera o pressuposto da subsidiariedade tão-somente em relação aos demais processos objetivos de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico pátrio, ao conhecer a ADPF nº 79, o Ministro Nelson Jobim afirmou que:

contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão que parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. (...) Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse passo, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla geral e imediata -, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos 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. (...) 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 o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias. (...) Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula, que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental. Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário e de outros meios. Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre as partes) (grifo nosso). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça** Nr. 186, Brasília, 02 dez. 2002). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

[...] este SUPREMO vem entendendo que a subsidiariedade exigida pelo art. 4º, § 1º da L. 9.882/99 não pode ser interpretada com raciocínio linear e fechado. A subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude que a própria ADPF. Em se tratando de decisões judiciais, não seria possível o manejo de qualquer ação de nosso sistema de controle concentrado. Da mesma forma, o recurso extraordinário não daria resolução de maneira definitiva como a ADPF. É que muito embora a tendência do SUPREMO em atribuir dimensão objetiva ao recurso extraordinário, a matéria ainda não é totalmente pacificada o que coloca o efeito vinculante da ADPF como instrumento processual-constitucional ideal para o combate imediato dessas decisões judiciais (art. 10, § 3º, da L. 9.882/99).²⁷⁸

Deste modo, conforme a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando não for cabível outra ação de controle concentrado de constitucionalidade, por se tratar, por exemplo, de atos normativos municipais, atos pré-constitucionais ou atos concretos do Poder Público, será admitida a ADPF. A admissibilidade da ADPF independe, portanto, do cabimento de outras ações ou recursos individuais.

A despeito de reconhecida doutrina advogar o caráter prioritário da ADPF e, por conseguinte, propugnar o cabimento desta ação constitucional sempre que houver violação a preceito constitucional fundamental, afastando assim a aplicabilidade do pressuposto da subsidiariedade (ver item 3.2.3.2), a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou neste sentido.

O pressuposto da subsidiariedade e a ilegitimidade ativa motivaram o não conhecimento da maioria das ADPFs ajuizadas perante a Corte Suprema. Entretanto, algumas arguições não foram conhecidas por motivos diversos, tais como a ausência de interesse processual superveniente, a impossibilidade de impugnação de emenda constitucional e a ausência de capacidade postulatória, revelando-se pertinente a análise da Jurisprudência relativa a estes pressupostos de admissibilidade da ADPF.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 79 MC/PE. Relator: Ministro Cezar Peluso. Decisão: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2005.

4.1.3 Ausência de interesse processual superveniente

Ao doutrinar acerca do interesse de agir na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, André Ramos Tavares assevera que, a despeito da pertinência temática – que se encontra diretamente vinculada à legitimidade ativa do argüente, a existência do ato impugnado é suficiente para admitir-se a presença do interesse de agir do argüente²⁷⁹. É exatamente neste sentido a única manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do interesse de agir na ADPF.

O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) ajuizou a ADPF 45 objetivando, em síntese, a impugnação do veto, aposto pelo Presidente da República, ao § 2º do artigo 55 da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), *in verbis*:

§2º. Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiadas com recursos do Fundo de Combate à Pobreza.

Diante da superveniência de projeto de lei encaminhado pelo Senhor Presidente da República que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o texto normativo anteriormente vetado, o Ministro Relator da ADPF 45 proferiu decisão monocrática julgando “*prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto*”.²⁸⁰

Não obstante o não conhecimento da referida Argüição, o Exmo. Ministro Relator Celso de Mello apresentou relevantes considerações acerca do cabimento da ADPF para o controle e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas, as quais serão apresentadas adiante.

²⁷⁹ TAVARES, 2001a. p. 327-329.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça** Nr. 84, Brasília, 04 maio 2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso: 20 ago. 2005.

4.1.4 Projeto de Lei ou Projeto de Emenda Constitucional

Em conformidade com a Jurisprudência já pacificada em relação às demais ações de controle abstrato de constitucionalidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considera ser incabível o controle de constitucionalidade de Proposta de Emenda Constitucional por meio de ADPF.

Na ADPF 43, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra a Proposta de Emenda Constitucional nº 40, o autor alegou a violação ao artigo 60, §4º, III e IV da Constituição Federal.

Ao decidir pelo não conhecimento da referida ADPF, o Ministro Carlos Ayres Britto consignou que, não sendo a Proposta de Emenda Constitucional um ato pronto e acabado, não é um ato do Poder Público passível de impugnação por uma ação constitucional:

à luz do art. 1º caput, da Lei nº 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental deve recair sobre ato do Poder Público.(...) É de se reconhecer, contudo, que a proposta de emenda constitucional não se insere na qualidade de ato do Poder Público, porquanto este pressupõe algo já definido (pronto e acabado, portanto), enquanto que aquela se revela como um ato normativo in fieri. Logo, suscetível de alterações.²⁸¹

Ratificando o inteiro teor da decisão acima mencionada, ao julgar o Agravo interposto pelo Argüente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acrescentou que:

a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio a completar o sistema de controle objetivo de constitucionalidade. Se assim é, cumpre ponderar que o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, impugnando ato com tramitação em aberto, ostenta nítida feição de controle preventivo de constitucionalidade em abstrato. Controle esse que, na esteira da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.43. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário de Justiça Nr.199, Brasília, 15 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

Federal, não encontra nenhum suporte em norma integrante do Ordenamento Jurídico pátrio.²⁸²

Deste modo, diante da inexistência de ato acabado e à vista da impossibilidade de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro, o STF considera ser incabível a propositura de ADPF para impugnação de proposta de lei ou emenda constitucional.

4.1.5 Súmula do Supremo Tribunal Federal

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria ajuizou ADPF, autuada sob o nº 80, contra a Súmula 666 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que:

Súmula 666. A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados do sindicato respectivo.

O Argüente sustenta que, ao excluir da obrigação de contribuir para o sindicato todos aqueles que não integram determinada entidade de classe, a Súmula 666 do STF descumpriu preceito constitucional fundamental previsto no artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal.

Em decisão monocrática apreciativa do juízo de admissibilidade da ADPF nº 80, o Ministro Eros Grau não conheceu da referida argüição por considerar que as Súmulas não são atos impugnáveis por ADPF, pois não se enquadram dentro da definição de “ato do Poder Público” previsto na Lei nº 9.882/99:

Os enunciados de Súmula nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. Não se confundem com a súmula vinculante do artigo 103-A da Constituição do Brasil. Esta consubstancia texto normativo, aqueles enunciados não. Por isso não podem ser concebidos como ato do poder público lesivo a preceito fundamental. Esta

²⁸² Ibid., Nr. 246, Brasília, 19 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

circunstância afasta irretorquivelmente o cabimento da presente argüição. 5. A argüente pretende, em verdade, a revisão do entendimento desta Corte --- que lhe é desfavorável ---, emitido no exercício da competência atribuída pelo artigo 102 da Constituição do Brasil.²⁸³

4.1.6 Ausência de Capacidade Postulatória

Conforme destacamos anteriormente, quando a ADPF for ajuizada por pessoa ou entidade enumerada nos incisos VIII e IX do artigo 103 da Constituição Federal, faz-se necessária a juntada da procuração outorgada ao Advogado subscritor da petição inicial. As autoridades enumeradas nos incisos I a VII do artigo 103 possuem capacidade postulatória plena, dispensando a representação por advogado.

Sendo a capacidade postulatória um pressuposto de validade da relação processual, o Supremo Tribunal Federal negou seguimento às Argüições de Descumprimento de Preceito Fundamental de números 19, 21 e 32, nas quais os Argüentes não se encontravam representados por Advogados regularmente inscritos na OAB.

Após apresentarmos as Argüições de Descumprimento de Preceito Fundamental não conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, é importante registrar a existência de algumas argüições suspensas em virtude da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231.

4.2 ADPF'S SUSPENSAS EM VIRTUDE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.231

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o nº 2.231, alegando a inconstitucionalidade da íntegra da Lei nº 9.882/99, mormente do parágrafo único do artigo 1º²⁸⁴, §3º do

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 80. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso: 14 dez. 2005.

²⁸⁴ Lei nº 9.882/99: Art.1º. (...) Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

artigo 5º²⁸⁵, caput e §3º do artigo 10 ²⁸⁶, bem como do artigo 11²⁸⁷ do referido diploma legal.

Ao apreciar o pedido liminar formulado pelo Conselho Federal da OAB, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente a medida pleiteada para suspender o §3º do artigo 5º e, com relação ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, excluir de sua aplicação “*controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo*” até o julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade.²⁸⁸

Diante da existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade argüindo a inconstitucionalidade da Lei nº 9.882/99, com o respectivo provimento liminar parcial, 06 (seis) ADPF’s encontram-se suspensas perante o Supremo Tribunal Federal.²⁸⁹

A título de ilustração, efetuamos a transcrição da decisão proferida nos autos da ADPF nº 36, oportunidade em que o então Ministro Relator assim decidiu:

Determino seja sobrestado o julgamento do presente feito até que o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADI 2231) seja decidido. Intime-se. Brasília, 26 de setembro de 2002. Ministro Maurício Corrêa Relator.²⁹⁰

²⁸⁵ Lei nº 9.882/99: Art.5º. (...) § 3º *A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.*

²⁸⁶ Lei nº 9.882/99: Art.10. *Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. (...)§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.*

²⁸⁷ Lei nº 9.882/99: Art. 11. *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2.231. Relator: Ministro Néri da Silveira. **Diário de Justiça** Nr. 218, Brasília, 17 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

²⁸⁹ ADPF’s nºs. 6, 8, 14, 16, 26, 36.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.43. Relator: Ministro Maurício Corrêa. **Diário da Justiça** Nr. 192, Brasília, 04 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

Não obstante a expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.231, o próprio Tribunal vem conhecendo, admitindo e até mesmo deferindo liminares em determinadas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme destacado no item seguinte.

4.3 ADPF'S CONHECIDAS

Dentre todas as 82 (oitenta e duas) Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizadas até a presente data, apenas 05 (cinco) foram conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal: as ADPF's de números 4, 10, 33, 54 e 79.

4.3.1 ADPF 04

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a ADPF nº 04 contra a Medida Provisória nº 2.019/04, que fixou o valor do salário mínimo. Ao fundamentar a sua pretensão, o PDT sustentou, em síntese, a violação ao preceito fundamental previsto no artigo 7º, IV da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:(...)
IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Durante a apreciação, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da admissibilidade da ADPF 04, houve empate em relação à incidência do § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99. Os Ministros Octávio Gallotti (Relator), Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves proferiram voto pelo não conhecimento da ADPF nº 04 em virtude da existência de outro meio eficaz para sanar a lesão suscitada, no caso a ADIN por omissão.

Por outro lado, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Carlos Velloso votaram pelo conhecimento da ADPF nº 04 por considerarem que a outra medida judicial cabível (ADIN por omissão) não seria eficaz para sanar a suscitada lesão.²⁹¹

Ao proferir o voto de desempate, o Ministro Néri da Silveira decidiu pela admissibilidade da ADPF nº 04:

(...) se o Supremo julgar que a ação é procedente, vai definir a forma pela qual deve ser compreendido o inciso IV do artigo 7º da Constituição.(...)
Do exame do ato normativo tido como lesivo ao preceito fundamental afirmará o descumprimento ou não pela autoridade que o fixou, estabelecendo os exatos parâmetros a serem seguidos, conforme a vontade da Constituição interpretada pela Corte Suprema, na função de guarda e seu exegeta maior.²⁹²

Após a admissibilidade da ADPF nº 04, os autos foram remetidos para o gabinete da Ministra Ellen Gracie, Relatora por sucessão (art. 38, IV do RISTF), encontrando-se conclusos até o encerramento desta pesquisa.

4.3.2 ADPF 10

A ADPF de nº 10 foi ajuizada, pelo Governador do Estado de Alagoas, contra os artigos 353 e 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Estadual, que estabeleciam o cabimento de reclamação para a preservação da competência e autoridade das decisões do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Em 22 de Agosto de 2001, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu suspender o processamento da ADPF nº 10 até o julgamento final da ADIN nº 2.231/DF.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.4. Relator: Ministra Ellen Gracie. **Diário da Justiça** Nr.147, Brasília, 01 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

²⁹² Notícia de 17 de abr. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 08 set. 2005.

Entretanto, em 04 de Setembro de 2001, considerando o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de lesão ao direito suscitado, o Ministro Relator deferiu, *ad referendum* do Tribunal Pleno, o pedido de suspensão da vigência dos artigos impugnados e, por conseguinte, determinou a suspensão de todas as reclamações em trâmite perante o Tribunal de Justiça de Alagoas.

Na oportunidade, o Ministro Relator consignou:

(...) Resta evidente, contudo, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de que, antes do julgamento deste processo, ocorra grave lesão ao direito do requerente, em virtude das ordens de pagamento e de seqüestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas. 4. Ante tais circunstâncias, com base no artigo 5., 1., da lei n. 9.882/99, defiro, *ad referendum* do Tribunal Pleno, o pedido cautelar e determino a suspensão da vigência dos artigos 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do estado de Alagoas, de 30 de abril de 1981, e, em conseqüência, ordeno seja susgado o andamento de todas as reclamações ora em tramitação naquela Corte e as demais decisões que envolvam a aplicação dos preceitos ora suspensos e que não tenham ainda transitado em julgado, até o julgamento final desta argüição.²⁹³

Apesar de ter sido deferida *ad referendum* do Tribunal Pleno, até o encerramento da presente pesquisa a decisão liminar ainda não havia sido apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, encontrando-se o processo pendente de julgamento final.

Duas questões processuais verificadas no trâmite da ADPF nº 10 merecem destaque. Primeiro foi a oportunidade, concedida ao Procurador Geral do Estado de Alagoas, para apresentação de sustentação oral, nos termos do artigo 6º, § 2º da Lei nº 9.882/99. A outra foi a comunicação, antes mesmo da publicação da decisão no Diário Oficial da União, ao Governador do Estado de Alagoas e ao Presidente do Tribunal de Justiça local, do resultado da concessão da liminar, nos termos do artigo 10, § 2º e § 3º da Lei nº 9.882/99.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.10. Relator: Ministro Mauricio Correa. **Diário da Justiça** Nr.165. Ata Nr.125, Brasília, 13 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

4.3.3 ADPF 33

Ajuizada pelo Governador do Estado do Pará, a ADPF nº objetiva a declaração de “não-recepção”, pela Constituição Federal de 1988, do artigo 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), que vincula a remuneração dos funcionários ao salário mínimo vigente no país.

O argüente sustenta que o referido dispositivo legal viola preceito fundamental previsto no inciso IV do artigo 7º da Carta Constitucional, que veda expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer finalidade, além de transgredir o princípio federativo (artigos 1º e 18, CF), pois vincula a remuneração de servidores do Estado do Pará à decisão do Governo Federal.

Alegando grave lesão à economia do Estado e o comprometimento à ordem jurídica, o argüente requereu a concessão de medida liminar determinativa da suspensão de todos os processos, bem como dos efeitos das decisões judiciais que versassem sobre a aplicação do dispositivo impugnado.

Ao apreciar o pedido de medida liminar, destacando que a aplicação do ato normativo impugnado poderia comprometer as finanças do Estado do Pará e acarretar dificuldades financeiras para o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes deferiu a medida liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno para “determinar a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais que versem sobre a aplicação do dispositivo ora questionado, até o julgamento final desta ADPF”.²⁹⁴

Ao submeter a matéria à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Relator analisou o cabimento e a pertinência da ADPF nº 33, tecendo importantes considerações acerca da constitucionalidade dos artigos 1º e 5º da Lei nº 9.882/99, sobretudo em virtude da existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade que visa à declaração de inconstitucionalidade da referida Lei.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**. Nr. 231, Brasília, 02 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

Outra importante questão constitucional abordada no julgamento da ADPF 33 foi o conceito de ‘preceito fundamental decorrente da Constituição’. Ao proferir o voto condutor do Acórdão, o Ministro Relator salientou não haver dúvida quanto à expressa previsão de alguns desses preceitos 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).

(...)

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.

(...)

Na espécie, cuida-se da autonomia do Estado, base do princípio federativo amparado pela Constituição, inclusive como cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso I).²⁹⁵

Acompanhado, à unanimidade, pelos demais integrantes do Supremo Tribunal Federal, a definição de preceito fundamental apresentada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes encontrou resistência tão-somente na concepção do Ministro Carlos Ayres Britto:

(...) tenho a tendência de fixar constitucionalmente a expressão ‘preceito fundamental’ enquanto direito ou garantia que a própria Constituição chama de fundamental. E a Constituição só usa o adjetivo “fundamental” em duas oportunidades: para caracterizar os princípios (Título I – Dos Princípios Fundamentais); e para caracterizar certos direitos e garantias (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Por isso é que me inclino a pensar, cada vez mais, que ‘preceito fundamental’ é apenas

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Ementário nº 2.158-1. Tribunal Pleno. Brasília, p. 6, 06 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

aquele inserto no Título II da Constituição, é aquela regra que está a serviço de um princípio fundamental da República.²⁹⁶

No que concerne à possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade de normas pré-constitucionais, o julgamento da ADPF nº 33 iniciou verdadeira alteração na hermenêutica do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Superando jurisprudência anteriormente prevalente²⁹⁷, o STF admitiu a inconstitucionalidade de normas anteriores à Constituição.

Ao sustentar a inconstitucionalidade superveniente do ato normativo impugnado, Gilmar Ferreira Mendes asseverou, no voto condutor da ADPF nº 33, que a inconstitucionalidade é questão atemporal. Destarte, para fins de controle de constitucionalidade, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, pois o que importa para averiguação da inconstitucionalidade é a contrariedade do ato à Constituição atual.

Após ressaltar a relevância do controle concentrado de constitucionalidade dos atos pré-constitucionais para a segurança jurídica, Gilmar Ferreira Mendes destacou a importância da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria, sobretudo com o advento da Lei nº 9.882/99. Segundo o Ministro, ao disciplinar a ADPF e admitir expressamente o controle de constitucionalidade de atos normativos pré-constitucionais, a Lei nº 9.882/99 preencheu importante lacuna no sistema constitucional brasileiro, permitindo que questões constitucionais relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solucionadas diretamente pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante.²⁹⁸

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudência/it/in_processo.asp>. Acesso em: 24 ago. 2005.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2/DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ, 21 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2005.

²⁹⁸ Quanto à possibilidade de inconstitucionalidade das normas pré-constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes destacou o seguinte: “Nos termos do art. 102, III, a, b e c, da Constituição, o recurso extraordinário somente poderá ser admitido quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. Embora a doutrina e a jurisprudência não tenham dúvida em afirmar o cabimento de recurso extraordinário, se se assevera a inconstitucionalidade da lei em face de Constituições anteriores, parece inequívoco que o constituinte concebeu esse instituto, fundamentalmente, para a defesa da Constituição atual. Tanto é que nos casos das alíneas a e c do art. 102, III, estabelece-se, expressamente, que o recurso será cabível

Quanto à inexistência de outro instrumento processual eficaz para o saneamento da lesividade suscitada, a ADPF 33 iniciou nova orientação jurisprudencial no STF ao estabelecer que, na análise do pressuposto da subsidiariedade, deve preponderar um enfoque objetivo e de proteção da ordem constitucional positiva.

Alicerçando-se em tais premissas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal conheceu da ADPF 33 referendou em todos os termos da decisão monocrática, estabelecendo assim a suspensão de todos os processos em curso, bem como dos efeitos das respectivas decisões judiciais, que versassem sobre a aplicação do artigo 34 do Regulamento do IDESP até o julgamento final da ação.

Em 07 de Dezembro de 2005, mantendo a orientação acima exposta, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do ato

quando a decisão contrariar a Constituição ou quando julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. É fácil ver que o constituinte não concebeu a contrariedade a esta Constituição, em qualquer de suas formas, inclusive no que concerne à aplicação de leis pré-constitucionais, como simples questão de direito intertemporal, pois do contrário despicendo seria o recurso extraordinário. Da mesma forma, afirmar a validade de lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição não parece traduzir juízo de mera compatibilidade entre o direito ordinário e a Constituição, tendo em vista também o postulado da lex posterior. Essa conclusão resulta ainda mais evidente da cláusula contida no art. 102, III, b, que admite o recurso extraordinário contra decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Significa dizer que qualquer juízo sobre a incompatibilidade entre a lei federal ou o tratado pré-constitucional e a Constituição atual levado a efeito pela instância *a quo* é valorado pela Constituição como declaração de inconstitucionalidade, dando ensejo, por isso, ao recurso extraordinário. Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins de controle de constitucionalidade incidenter tantum no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade, e não de mero conflito de normas a se resolver com aplicação do princípio da lex posterior. Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria. A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei no 9.882, de 1999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, 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 proposição de ação direta de inconstitucionalidade propor arguição de descumprimento. Também essa solução vem colmatar um lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante. No caso presente, cuida-se de norma de direito estadual editada em 1986, anterior, portanto, à Constituição de 1988, e que com esta se teria tornado incompatível em virtude da vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7o, IV), com notória afronta ao princípio federativo. É relevante, pois, o pedido.” (grifo nosso) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.33. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário de Justiça** Nr. 186, Brasília, 02 dez. 2002). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005

normativo impugnado, que vinculava o vencimento dos servidores do IDESP ao salário mínimo nacional, e julgou procedente a ADPF nº 33²⁹⁹.

4.3.4 ADPF 54

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por seu Advogado, o constitucionalista Luís Roberto Barroso, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental requerendo, em síntese, que, mediante a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126, 128, I e II do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a incidência de tais dispositivos na hipótese de antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, reconhecendo-se assim o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento médico sem autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

A CNTS destaca, ao justificar sua pretensão, que a anencefalia, vulgarmente conhecida como “ausência de cérebro”, importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, sendo fatal na totalidade dos casos. Acresce que, além da inviabilidade do feto, a permanência do feto anencéfalo no útero da gestante é altamente perigosa, podendo causar danos e até a morte da mulher.

Quanto à pertinência e ao cabimento da ADPF no caso vertente, a Requerente aponta que o ato do Poder Público capaz de provocar a lesão é “o conjunto normativo extraído dos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal”, ou mais propriamente, a interpretação inadequada dos dispositivos conferida por aqueles Magistrados que os consideram como suficientes à caracterização de crime de aborto no caso de fetos anencefálicos.

Ao destacar a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade, o argüente ressalta que o “exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional”. Como os

²⁹⁹ Notícia de 07 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2006.

dispositivos legais invocados (arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal) estão previstos em Lei pré-constitucional (Decreto-Lei nº 2.848/40), torna-se inviável o manuseio de qualquer outra ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Após justificar o cabimento da ADPF, a Requerente sustenta que a interpretação, que tipifica sendo crime de aborto a antecipação do parto no caso de feto anencefálico, viola os seguintes preceitos constitucionais fundamentais: a) Dignidade da Pessoa Humana, pois impõe à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração; b) Princípio da Legalidade, (art. 5º, II, da CF), tendo em vista que a antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico não se encontra vedada pelo ordenamento jurídico pátrio; c) Direito à Saúde da gestante, expressamente previsto nos artigos 6º, *caput*, 196 a 200 da Constituição Federal.

Salientando a relevância do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal para a supressão das ofensas à dignidade e à saúde das gestantes causadas por decisões judiciais divergentes da melhor hermenêutica constitucional, a Requerente pleiteou a concessão de medida liminar para a imediata suspensão dos processos ou efeitos das decisões judiciais que tipificaram, como crime de aborto, a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos, pleiteando ainda o reconhecimento do *“direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento aqui referido, e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia descrita na ação”*.

Dias após o ajuizamento da ADPF 54, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) protocolizou petição requerendo o seu ingresso nos autos, como *amicus curiae*, nos termos do artigo 6º, §1º da Lei nº 9.882/99, tendo o Ministro Relator indeferido o pleito sob o seguinte argumento:

o pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.882/99, que disciplina também processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º,

§2º da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação via recursal.³⁰⁰

Utilizando os mesmos fundamentos, o eminente Ministro Relator indeferiu o ingresso, nos autos, das seguintes entidades: Católicas pelo Direito de Decidir³⁰¹, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família³⁰² e Associação de Desenvolvimento da Família (ADEF).³⁰³

Diante do encerramento do semestre judiciário sem a apreciação da matéria pelo Plenário do STF, invocando o artigo 5º, §1º da Lei nº 9.882/99 e “diante do perigo de grave lesão”, em 01º de julho de 2004 o Ministro Relator proferiu Decisão monocrática deferindo integralmente o pedido de medida cautelar pleiteado na inicial, dispondo para tanto que:

os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. (...)

Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza superior a 100%. (...)Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. (...)trata-se de situação concerte que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade. A saúde(...)fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação. Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça** Nr. 125, Brasília, 01 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça** Nr. 156, Brasília, 13 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

³⁰² _____. **Diário da Justiça** Nr. 160, Brasília, 19 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

³⁰³ _____. **Diário da Justiça** Nr. 167, Brasília, 30 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que está é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há sim de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante em submeter-se à operação terapêutica de parto dos fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. Ao plenário para o crivo pertinente. 4. Publique-se. Brasília, 1º de julho de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.³⁰⁴

Instado a se manifestar nos autos, o então Procurador-Geral da República, Exmo. Sr. Cláudio Fontelles, apresentou parecer sustentando o não cabimento da ADPF 54 em virtude da impossibilidade da utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição no caso vertente e, quanto ao mérito, opinou pela improcedência da ADPF em virtude da supremacia jurídica do direito à vida sobre os demais direitos suscitados pela argüente.³⁰⁵

³⁰⁴ _____. **Diário da Justiça** Nr. 147, Brasília, 02 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

³⁰⁵ Ao sustentar o não cabimento da interpretação conforme à Constituição invocada pelo Requerente, sustenta o Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, então Chefe do Ministério Público Federal, utilizando-se da doutrina de Rui Medeiros, afirmou que:“(…) **deve ficar claro que está vedada aos juízes a ‘feitura’ de uma nova lei com conteúdo diferente da anterior: a interpretação conforme à Constituição não pode, em caso algum, converter-se em instrumento de revisão do Direito anterior à Constituição. (...)A correlação da lei significa apenas correção da letra da lei, não podendo ser realizada quando os sentidos literais correspondem à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teologia imanente à lei. Para além disso, por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete (...). Razões extremamente ponderosas (sic) de segurança e de defesa contra o arbítrio alicerçam esta conclusão. Isto já para não falar do princípio da separação de poderes. A interpretação correctiva da lei em conformidade com a Constituição não se traduz, portanto, numa revisão da lei em conformidade com a Lei Fundamental. Pelo contrário, à semelhança de GOMES CANOTILHO, o nosso ponto de partida é o de que o **Tribunal Constitucional, entre nós, desempenha e não pode deixar de desempenhar fundamentalmente a função de jurisdicção: não é um legislador, ou, mesmo, superlegislador apócrifo.(...)A idéia fundamental é a de que ao juiz constitucional só compete averiguar se a lei é ou não contrária à Constituição, mas não lhe compete substituir-se ao legislador na formulação das soluções conformes à Constituição. Aqui continuam a ter plena validade as limitações decorrentes do princípio da maioria e da separação dos poderes. É a maioria democraticamente legitimada para governar que compete fazer as leis e não aos juízes, mesmo ao juiz constitucional. A este só compete verificar se aquele legislou contra a Constituição. A introdução de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis não retira, portanto, à lei a sua posição de centralidade no ordenamento jurídico-constitucional. (...) Daí a importância da afirmação da regra de que o Tribunal Constitucional só pode declarar (ou não****

O Procurador-Geral da República afirmou ainda que os artigos suscitados pela Requerente, quais sejam, os artigos 124 e 126 do Código Penal, são unívocos. Já o artigo 128, segundo Fontelles, não comporta divergências acerca das únicas hipóteses excludentes de ilicitude do aborto. Não se enquadrando o aborto de fetos anencefálicos dentre as hipóteses claramente previstas no artigo 128, não há que se falar em antijuridicidade de tal conduta. Considerando o sentido unívoco dos referidos preceitos legais, o Procurador-Geral da República propugnou ser incabível, no caso vertente, a utilização de interpretação conforme a Constituição.

Quanto ao mérito da ADFP 54, imputando a condição de ser humano ao feto no estado intra-uterino, o Chefe do Ministério Público Federal sustentou a primazia do direito à vida em face dos demais direitos supostamente infringidos, como a dor da gestante. Asseverou ainda que, sendo a construção de uma sociedade solidária um dos alicerces da Constituição de nossa República (art. 3º, I, CF), a possibilidade de doação de órgãos do bebê anencéfalo a outros bebês deve ser considerada, revelando-se contrária aos propósitos de solidariedade a pretensão aduzida pela Requerente.

Após a apresentação do parecer acima referido, o Procurador Geral da República suscitou questão de ordem referente à inadequação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na hipótese concreta e, por conseguinte, requereu a submissão do processo ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em decisão monocrática determinativa da remessa dos autos ao Plenário do STF para apreciação da questão de ordem suscitada pela Procuradoria Geral da República, considerando “a repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar” e diante do disposto no artigo 6º, §1º da Lei nº 9.882/99, o Ministro Relator determinou a realização de audiência pública para oitiva das entidades que haviam requerido o ingresso nos autos como *amicus curiae*, como a CNBB, a Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-

declarar) a inconstitucionalidade (ou ilegalidade) da norma em causa, mas não pode substituí-la por outra norma por ele criada. (...)A função do Tribunal Constitucional é uma função de controle, de carácter essencialmente negativo. (...) Ele é um contralegislador e não outro legislador.” (grifo nosso) (Parecer do Ministério Público Federal à ADFP n.54. Disponível em: <<http://providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2005.

família, a Associação de Desenvolvimento da Família, bem como da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, da Sociedade Brasileira de Genética Clínica, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, do Conselho Federal de Medicina, da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, da Escola de Gente, da Igreja Universal, do Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero e do Deputado Federal José Aristodermo Pinotti.

Apresentada a questão de ordem ao Plenário do STF, o Tribunal decidiu acolher proposta do Ministro Eros Grau e deliberar sobre a revogação da liminar concedida. Na oportunidade, facultou-se ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral.

Prosseguindo no julgamento, o STF referendou a primeira parte da liminar concedida, mantendo o sobrestamento dos processos e dos efeitos das decisões não transitadas em julgado, restando vencido o Ministro Cezar Peluso. Por outro lado, também por maioria, a Corte Constitucional revogou a liminar deferida quanto ao reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, tendo sido vencidos os Ministros Relator, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.³⁰⁶ Após, os autos foram remetidos ao Ministro Carlos Ayres Britto para apreciação da questão de ordem relativa à inadequação da ADPF 54.

Ao proferir voto contrário ao acolhimento da questão de ordem, o Ministro Carlos Ayres Britto sustentou a existência de pelo menos três interpretações possíveis sobre a questão constitucional levada à apreciação da Corte Suprema:

21. A primeira dessas interpretações é a de que **a antecipação terapêutica do feto anencefalo é crime**. Basta o fato em si da intencional cessação da gravidez, com o fito de destruir o ser que lhe serve de objeto, para que a regra legal da pena passe a incidir. (grifo nosso)

(...)

22. A segunda interpretação é mais discursivamente sutil: **inexiste o crime de aborto** naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça** Nr. 84, Brasília, 04 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005.

gravidez que tenha por objeto um 'natimorto cerebral'...O que já importa proclamar que se a gravidez é 'destinada ao nada' – a figuração é do ministro Sepúlveda Pertence-, sua voluntária interrupção é penalmente atípica.(grifo nosso)

(...)

24. Já a terceira das interpretações a que se prestam os arts. 124 e 126, assim como os incisos I e II do art. 128, todos do Código Penal, ela que se exprime no juízo de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo **é fato típico, sim, é aborto, sim, mas sem configurar prática penalmente punível**. Pois se a razão fundamental desse tipo de despenalização reside na consideração final de que o abalo psíquico e a dor moral da gestante são bens jurídicos a tutelar para além da potencialidade vital do feto, **essa mesma fundamental e definitiva razão pode se fazer presente na gestão anencéfala.**³⁰⁷ (grifo nosso)

Evidenciada a pluralidade de sentidos decorrentes dos artigos apontados pela Requerente, comprovada pela existência de decisões judiciais divergentes albergando cada um dos entendimentos acima identificados, o Ministro Carlos Ayres Britto considerou adequada a utilização da técnica de interpretação conforme e, por conseguinte, cabível a ADPF 54, votando pela sua admissão e prosseguimento.

Ao apreciar a questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República, o Ministro Joaquim Barbosa ponderou que as considerações atinentes ao sentido unívoco dos preceitos legais invocados pela Requerente deveriam ser apreciadas no julgamento do mérito da Argüição, devendo-se analisar inicialmente os pressupostos específicos de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Quanto à existência de lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, o Ministro Joaquim Barbosa considerou que a interpretação do Código Penal que tipifica como crime a antecipação do parto de fetos anencefálicos encerra verdadeira violação à dignidade e à capacidade de disposição autônômica da mulher, restando observado o disposto no art. 1º da Lei nº 9.882/99.

O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou ainda que a diversidade de pronunciamentos judiciais a respeito do tema cria uma insegurança jurídica inadmissível ao cidadão, revelando-se notória a relevância da controvérsia constitucional no caso em questão.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2005.

Por fim, lançando inéditas proposições acerca do tema, o Ministro Barbosa propugnou a utilização de uma postura menos rígida quanto à admissibilidade da ADPF, asseverando que, além do controle concentrado de constitucionalidade, esta ação deve ser compreendida como um instrumento de tutela dos direitos fundamentais, sobretudo dos grupos minoritários:

(...)a ADPF há de ser **utilizada** pelo STF como **instrumento especial** por meio do qual esta **Corte** chamará a si uma incumbência de natureza toda especial: a de conferir especial proteção a grupos minoritários, isto é, aqueles grupos sociais, políticos, econômicos que, por força de sua baixa representatividade ou da situação de quase impotência com que se apresentam no processo político-institucional regular, não dispõem de meios para fazer **valer de forma eficaz os seus direitos**.

A hipótese dos autos me parece uma ocasião magna para que o Supremo Tribunal Federal assumira essa nova postura.

Conheço, portanto, da ação, Senhor Presidente.³⁰⁸

O Ministro Celso de Mello também votou pelo conhecimento da ADPF 54, sustentando que *“esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da República”*.³⁰⁹

Admitindo a pertinência e o cabimento da ADPF para a apreciação da inconstitucionalidade da interpretação que impede a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes destacou que: i) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, da CF) e a cláusula geral de liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), consistem em preceitos constitucionais passíveis de tutela por meio da ADPF; ii) considerando que o juízo de subsidiariedade há de ser apreciado em face dos demais processos

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoBarbosaADPF54.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2005.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. . Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas>>. Notícia de 27 abr. 2005. *Supremo considera cabível ADPF para discussão de interrupção de gravidez de feto anencéfalo*. Acesso em: 27 abr. 2005.

objetivos já consolidados, não se vislumbra outro mecanismo de controle abstrato apto a trazer esta discussão à Corte Constitucional.³¹⁰

Dentre os votos vencidos, ou seja, que negaram cabimento à ADPF 54, encontra-se o voto da Ministra Ellen Gracie, que, utilizando lições expendidas em parecer assinado pelo outrora Ministro José Néri da Silveira, destacou :

(...) não há como deixar de conferir à pretensão da autora o evidente intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu, ao não aprovar projetos de lei, no Congresso Nacional, com objetivo de introduzir, no sistema do Código Penal, a hipótese de não-punição de aborto praticado, quando se comprovarem graves anomalias no feto, em termos a não apresentar condições de sobrevivência. (...). Assim sendo, não é de admitir-se que, por meio de interpretação conforme a Constituição, consoante pretende a autora, no bojo de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de normas, as quais explicitamente regulam instituto jurídico penal, com contornos específicos, se venha a instituir hipótese outra de excludente de punição, quando o legislador, de forma inequívoca e estrita, alinha os casos em que o crime em referência não se pune, máxime, na espécie, diante da existência de proposta legislativa em exame no Congresso Nacional.³¹¹

Declarando que a pretensão de introduzir, no Código Penal Brasileiro, uma hipótese de excludente de ilicitude do aborto diversa daquelas previstas no invocado art. 128, do Código Penal seria atribuição exclusiva do legislador pátrio, não podendo ser obtida por meio de pronunciamento jurisdicional, a Ministra proferiu voto declarando incabível a ADPF 54. A Ministra ressaltou ainda a inconstitucionalidade do § único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, sobremaneira quanto à previsão de controle concentrado de constitucionalidade das normas pré-constitucionais.

No mesmo sentido foi o voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso, que considerou ser incabível a ADPF 54 em virtude da inadmissibilidade de fiscalização de inconstitucionalidade, pelo STF, de direito pré-constitucional.³¹²

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoMendesADPF54.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2005.

³¹¹ BRASIL. União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro. Parecer do ex-ministro do STF Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.providaanaolis.org.br/pareneri.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2005.

³¹² Cf. nota 54 deste capítulo.

Por sua vez, o ministro Eros Grau entendeu ser inadequada a ADPF 54 pelo fato da CNTS pretender a criação, por via oblíqua, de nova hipótese de não punibilidade do aborto, convertendo a Corte Suprema em legislador positivo.³¹³

No mesmo sentido, o ministro Cezar Peluso votou pela inadmissibilidade da ADPF 54 por considerar que não há controvérsia constitucional que justifique o pronunciamento da Corte Suprema, sendo que a argüente pretende tão-somente criar uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto, o que não é admitido em sede de controle de constitucionalidade das leis.³¹⁴

Último a votar, o Ministro Nelson Jobim julgou admissível a ADPF nº 54 e, por conseguinte, declarou a admissão da ADPF 54, por sete votos a quatro. Após declarar o resultado, os autos foram remetidos ao Ministro Relator Marco Aurélio para prosseguimento do feito.

4.3.5 ADPF 79

A ADPF de nº 79 foi ajuizada, pelo Governador do Estado de Pernambuco, contra decisões judiciais, proferidas pelo Tribunal de Justiça local ou pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, que determinaram a equiparação do salário de professores da rede pública estadual com base no Decreto Federal nº 67.332/70.

Ao alicerçar sua pretensão, o Governador do Estado de Pernambuco alegou que a interpretação, conferida pelas referidas decisões judiciais ao Decreto Federal Decreto Federal nº 67.332/99, viola os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade administrativa, da autonomia dos Estados membros da Federação e a regra constitucional que proíbe a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF).

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas>>. Notícia de 27/04/2005 - 20:30. *Supremo considera cabível ADPF para discussão de interrupção de gravidez de feto anencéfalo*. Acesso em: 18 ago. 2005.

³¹⁴ Cf. nota 56 deste capítulo.

[...]A situação atual e a série de interpretações do princípio da isonomia do âmbito do Judiciário local, que estão a causar sérios danos de impacto orçamentário ao Estado, violariam os seguintes preceitos fundamentais: (i) violam o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da Carta Magna e, mais especificamente o princípio da reserva legal absoluta para aumento e equiparação de vencimentos (§ 1º do art. 39 em sua redação originária e § 1º, II, a, do art. 61 da Constituição Federal); (ii) violam o princípio da moralidade administrativa, ao aplicar exegese flagrantemente inconstitucional de modo a elevar indevidamente e sem base legal ou constitucional os vencimentos de servidores públicos; (iii) atentam contra a autonomia do Estado-membro, em detrimento do equilíbrio federativo (art. 1º e 18), pois subtraem do Estado de Pernambuco o poder de estabelecer a remuneração de alguns de seus servidores, vinculando-a a índice fixado pelo Governo Federal e, ainda, (iv) violam o art. 7º, IV, parte final, da Constituição, que veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim.³¹⁵

O Argüente destacou ainda, ao fundamentar o seu pedido de medida liminar para a suspensão dos processos e dos efeitos das decisões judiciais proferidas acerca do tema, que os atos impugnados comprometem seriamente as finanças públicas do Estado de Pernambuco.

Ao declarar a admissibilidade da ADPF nº 79, o Ministro Nelson Jobim ressaltou que o princípio da subsidiariedade não era obstáculo ao conhecimento da referida argüição, tendo em vista que, conforme orientação pacífica na Corte Suprema, o artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 deve ser analisado tão somente em relação às demais ações de controle concentrado de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico nacional.

Quanto à violação aos preceitos constitucionais argüidos, o Ministro Nelson Jobim destacou que, fundamentando-se em uma interpretação equivocada e inconstitucional do Decreto Federal 63.322/70, as decisões judiciais impugnadas violaram o princípio da Separação dos Poderes, a autonomia dos Estados e o próprio pacto federativo³¹⁶.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.79. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 22 ago. 2005.

³¹⁶ [...]o TJ/PE atribuiu ao Decreto Federal 63.322/70 uma interpretação destoante do entendimento fixado no âmbito do SUPREMO. Inegavelmente, o art. 1º daquele Decreto simplesmente estabelecia um critério para a liberação de recursos do Fundo de Participação para os Estados. Não se tratava de uma norma federal que obrigava os Estados a pagar determinado valor aos professores do ensino médio. Por óbvio, que tal interpretação é visivelmente inconstitucional por atentar contra a autonomia dos Estados e contra o próprio pacto federativo. Na seqüência, essa decisão, já após a Constituição de 1988, foi tomada como paradigma para uma elevação injustificada do salário de outros tantos professores. Ou seja, por conta de uma situação absolutamente pessoal - o fato de terem sido

Alicerçando-se em tais argumentos jurídicos e considerando que “os números das finanças do Estado a serem comprometidos com a continuidade do entendimento jurisprudencial no Estado nesse caso específico praticamente inviabilizarão a administração local”, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, deferiu a medida liminar pleiteada para, nos termos do artigo 5º, §3º da Lei nº 9.882/99, determinar a imediata suspensão dos processos e dos efeitos das decisões judiciais que tratem da elevação dos vencimentos dos professores do Estado de Pernambuco com base na hermenêutica analisada na ADPF nº 79.

4.4 OUTRAS QUESTÕES SUSCITADAS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Durante a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além dos pressupostos de admissibilidade da argüição, duas outras questões nos chamaram a atenção: o controle de políticas públicas e a conversão da ADPF em Ação Direta de Inconstitucionalidade:

4.4.1 Controle de Políticas Públicas – Veto como objeto da ADPF

vitoriosos em processo judicial, mesmo que com decisão final inconstitucional - o Judiciário local decidiu estender os vencimentos recebidos por um grupo de 161 professores para um novo grupo de 1.896 professores. Ignoraram, portanto, os efeitos irradiadores da decisão - que certamente serviria de incentivo para que os restantes 44.839 professores ingressassem no Judiciário em busca também de suas elevações de vencimentos. Em outras palavras, a premissa da qual partiu o Tribunal Estadual é que a condição privilegiada e pessoal (porque advinda de sentença judicial) de 161 professores (0,36% do magistério local) deveria ser estendida aos demais 99,64% dos professores. Além da falta de razoabilidade sob o enfoque da separação de poderes, a decisão é claramente contrária à Súmula 339 do STF que proíbe o aumento de vencimentos causados pelo Judiciário em virtude do princípio da isonomia. O caso é grave sob o ponto de vista das finanças estaduais e levante preocupações acerca da função do Judiciário e das conseqüências que decisões judiciais que não estejam devidamente valoradas podem causar para a Administração Estadual e, na seqüência, para a população do Estado. Não cabe ao Judiciário realizar escolhas políticas, decidir maneiras e formas de investimentos dos recursos financeiros, aumentar vencimentos indistintamente sob a motivação da isonomia entre servidores. Em outras palavras, não pode o Judiciário se atribuir papel administrativo ou legislativo e, assim, corromper nosso princípio estrutural da separação de poderes. É esse o fundamento primeiro da Súmula 339 do STF. A continuidade da situação orçamentária colocada no Estado de Pernambuco e causada por essa interpretação equivocada do princípio da isonomia corroborará e confirmará essa prática judicial nitidamente contrária ao nosso sistema republicano. O argumento se reforça quando se percebe que mesmo o caso paradigma dos primeiros 161 professores foi o resultado judicial de outra interpretação desfocada do Decreto Federal que também era contrária ao princípio federativo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.79. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso: 20 nov. 2005

Conforme anteriormente destacado, não cabe ao Judiciário apreciar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados pelo Legislativo ou pelo Executivo no exercício da competência política que lhes foi outorgada pela Constituição Federal. Entretanto, caso sejam estabelecidos os pressupostos legais ou constitucionais para a prática do ato, a questão torna-se também jurídica, autorizando a manifestação da Corte Suprema em caso de transgressão aos parâmetros constitucionais.

Neste sentido, é polêmica a possibilidade de impugnação, por ADPF, do veto aposto pelo Chefe do Executivo em projeto de lei (item 3.3.2).

A primeira Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada no Supremo Tribunal Federal referia-se exatamente à possibilidade de controle e intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.

Trata-se da ADPF nº 1, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) contra veto, aposto pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro, ao artigo 3º do Projeto de nº 1713-A/1999, que estabeleceria a manutenção, no exercício financeiro do ano de 2000, dos valores pagos em 1999 a título de Imposto Territorial Predial Urbano (IPTU), ressaltando-se apenas a correção monetária devida.

Ao emitir juízo de admissibilidade sobre a ADPF nº 1, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que, sendo um ato político de competência exclusiva do Chefe do Executivo, o veto não é passível de impugnação judicial.³¹⁷

³¹⁷ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial "quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da "separação de poderes", previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato indicado do Poder Executivo municipal é veto aposto a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter

Decorridos cinco anos desde a decisão acima referida, é possível identificar a alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da pertinência e do cabimento de ADPF contra veto do Poder Executivo. Para tanto, oportuna é a referência ao julgamento da ADPF nº 45.

Ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), a ADPF nº 45 visava impugnar o veto, apostado pelo Presidente da República, ao §2º do artigo 55 da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), o qual dispunha que:

§2º. Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiadas com recursos do Fundo de Combate à Pobreza.³¹⁸

O PSDB alegou, ao ajuizar a referida ação constitucional, que o veto presidencial reduzira consideravelmente o volume de recursos financeiros efetivamente aplicados nas ações e nos serviços públicos de saúde, consubstanciando verdadeira afronta ao preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, promulgada para assegurar a aplicação de recursos financeiros mínimos na saúde.

Ao proferir decisão nos autos referidos, o Ministro Celso de Mello afirmou que a ADPF é um instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, não podendo ser convertida em mais uma promessa constitucional

ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de "ato do Poder Público", para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado." (BRASIL.Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.01. Relator: Ministro Nery da Silveira. **Diário da Justiça** Nr. 216, Brasília, 07 nov. 2003). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 22 ago. 2005.

³¹⁸ BRASIL.Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/processos/adi/default.asp>>. Acesso em: 24 ago. 2005.

infrutífera diante da possibilidade de afronta a independência e competência dos demais órgãos do Estado.³¹⁹ Por fim, propugnando a relativização do Princípio da Separação dos Poderes diante da incapacidade dos governantes para a concretização dos direitos constitucionais, o Ministro Celso de Mello concluiu que:

parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.³²⁰

Não obstante as relevantes considerações apresentadas pelo Ministro Celso de Mello, que apontam para uma possibilidade de admissão da ADPF contra veto aposto pelo Poder Executivo, a ADPF 45 acabou não foi conhecida em virtude da superveniência de projeto de lei que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o texto normativo anteriormente vetado. Diante do exposto, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática julgando “*prejudicada a*

³¹⁹ “...que a ação constitucional em referência (ADPF), considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO), sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.(...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” RTJ 175/1212-1213, Relator: Ministro Celso de Mello. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça** Nr. 84, Brasília, 04 maio 2004). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 21 ago. 2005.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça** Nr. 84, Brasília, 04 maio 2004.

*presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto”.*³²¹

4.4.2 Conversão de ADPF em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Nos termos do §1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99, a APDF possui caráter subsidiário, sendo que, conforme a atual jurisprudência do STF, somente será admitida se não for cabível outra ação de controle concentrado de constitucionalidade.

O requerimento alternativo e subsidiário de conhecimento da APDF como Ação Direta de Inconstitucionalidade, no caso de o STF considerar incabível aquela para a tutela dos interesses postulados pelo Requerente, é formulado em diversas petições iniciais de ADPF.

Entretanto, somente na análise da ADPF nº 72 foi que o Supremo Tribunal Federal, em virtude do caráter subsidiário da ADPF (art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99), acolheu questão de ordem para conhecer, como Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADPF ajuizada pelo Governador do Estado do Maranhão contra Portaria editada pela Secretária Executiva de Estado da Fazenda do Pará:

Demonstrada a impossibilidade de se conhecer da ação como ADPF, em razão da existência de outro meio eficaz para impugnação da norma, qual seja, a ADI, porquanto o objeto do pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, restando observados os demais requisitos necessários à propositura da ação direta. Precedente citado: ADI 349 MC/DF (DJU de 24.9.90).³²²

Consideramos que, assim como verificado na hipótese vertente, caso seja constatado que o ato impugnado em ADPF viola norma constitucional não

³²¹ Cf. nota 61 deste capítulo.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.72. Relator: Ministra Ellen Gracie. **Diário da Justiça** Nr. 110, Brasília, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso: 20 ago. 2005

fundamental, deve-se reconhecer a fungibilidade entre os processos objetivos de controle de constitucionalidade e, por conseguinte, determinar a conversão da argüição em ação direta de inconstitucionalidade.

5 CONCLUSÃO

A Supremacia da Constituição e a rigidez constitucional são pressupostos suficientes para o exercício do controle de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade propriamente dita decorre da incompatibilidade entre um ato, público ou privado, e uma norma constitucional, seja esta uma regra ou um princípio. Entretanto, apenas os atos que encontram seu fundamento de validade imediato na Constituição podem ensejar uma violação direta do texto constitucional e, por conseguinte, caracterizar a inconstitucionalidade propriamente dita.

A inconstitucionalidade se manifesta sob diversas modalidades, sendo possível de constatação inclusive em relação às normas pré-constitucionais. Nestas hipóteses, caracterizada a incompatibilidade entre o direito ordinário anterior e a nova ordem constitucional, a Supremacia Constitucional e o Princípio da Continuidade da Ordem Jurídica impõem o reconhecimento, pela autoridade competente, da inconstitucionalidade dos atos pré-constitucionais, com a sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico.

Durante a trajetória constitucional brasileira, o ordenamento jurídico pátrio já experimentou a ausência do controle de constitucionalidade, o controle apenas difuso exercido por juízes e tribunais e o controle misto, que contempla as modalidades de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A partir da Constituição de 1988, constata-se um fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade. Ao completar lacunas existentes no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a regulamentação da ADPF pela Lei nº 9.882/99 fortaleceu ainda mais a concentração de competências do Supremo Tribunal Federal, erigindo-o em verdadeira Corte Constitucional.

A regulamentação da Lei nº 9.882/99 instituiu duas modalidades distintas de ADPF: a autônoma e a incidental. Apesar de algumas características peculiares a uma ou outra modalidade, ambas as espécies possuem pressupostos comuns de admissibilidade, dentre os quais estão o descumprimento de preceito constitucional fundamental decorrente da constituição e a relevância da questão constitucional.

Diferenciando-se da inconstitucionalidade propriamente dita ou *stricto sensu*, o descumprimento previsto no artigo 102, §1º da Constituição Federal de 1988 é uma categoria de inconstitucionalidade *lato sensu* que pressupõe, para sua ocorrência, a transgressão a um preceito constitucional fundamental. Deste modo, qualquer ato do Poder Público – e não apenas aqueles que encontram seu fundamento de validade direto na Constituição, pode descumprir preceito constitucional fundamental.

Inaugura-se, deste modo, a possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade, a ser exercido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, de todo e qualquer ato do Poder Público que desrespeite preceito constitucional fundamental, assegurando a Supremacia Constitucional não apenas em relação aos atos normativos, mas também em face dos atos concretos incompatíveis com o texto constitucional.

O termo preceito constitucional fundamental decorrente da Constituição, que define o âmbito dos atos impugnáveis por meio da ADPF, deve ser compreendido a partir das seguintes diretrizes hermenêuticas: a idéia de preceito equivale ao conceito de norma jurídica, englobando, portanto, tanto as regras como os princípios; as hipóteses de cabimento da ADPF encontram-se restritas àqueles casos de transgressão às normas constitucionais fundamentais, e não a qualquer norma constitucional; em virtude do termo *decorrente*, a ADPF é cabível no caso de descumprimento das normas expressa ou implicitamente previstas na Constituição Federal, tais como os princípios constitucionais implícitos.

Os preceitos constitucionais fundamentais decorrentes da Constituição não são passíveis de enumeração em um rol exaustivo. Compete ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua competência constitucional e mediante a análise das situações concretas que lhe serão apresentadas, definir quais são os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição tuteláveis pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O pressuposto da relevância da questão constitucional consubstancia verdadeiro 'filtro' para a seleção das ADPF's que serão apreciadas pelo Supremo Tribunal

Federal, devendo ser analisado em consideração ao interesse público envolvido no caso e a repercussão da decisão a ser proferida.

O pressuposto da subsidiariedade, previsto no § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99, que prevê o cabimento da ADPF apenas quando não for cabível outro meio eficaz de impugnação, é inconstitucional. Ao prever a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Constituição Federal não estabeleceu qualquer caráter residual ou subsidiário do instituto em face das demais ações de controle concentrado de constitucionalidade. Isto posto e em virtude da finalidade precípua de tutela dos preceitos constitucionais fundamentais atribuída pela Carta Magna à ADPF, o pressuposto da subsidiariedade é inconstitucional, sendo sempre cabível a arguição quando restar configurada a violação ou ameaça de lesão a preceito constitucional fundamental.

O objeto da ADPF engloba tanto os atos praticados pelo Poder Público quanto aqueles realizados por particulares no desempenho de atribuições públicas, não sendo cabível esta ação constitucional para impugnação de atos eminentemente privados.

Diante da ausência de ato jurídico passível de impugnação e à vista das competências constitucionais delineadas pela Constituição Federal, que outorga ao Chefe do Executivo a competência para o controle preventivo de inconstitucionalidade de projetos de lei, o veto é ato político insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Encontrando-se os atos jurisdicionais incluídos no conceito de “atos do Poder Público”, é possível a utilização da ADPF para impugnação de decisões judiciais. Faz-se necessário, contudo, que esta competência constitucional seja exercida tão-somente nos casos relevantes de violação a um preceito constitucional fundamental, sob pena de transformar-se o Supremo Tribunal Federal em intérprete único da Constituição, asfixiando assim a formação da convicção e a jurisdição constitucional dos Magistrados de instâncias ordinárias.

Suprindo lacuna outrora existente no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a ADPF apresenta-se como instrumento adequado ao controle de atos normativos municipais, bem como dos atos normativos pré-constitucionais de qualquer dos entes da federação.

A constitucionalidade do inciso I, do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99, que regulamentou o controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais e pré-constitucionais, deriva da competência outorgada ao legislador ordinário pelo artigo 102, §1º da Constituição Federal, encontrando-se tal regulamentação em perfeita sintonia com a Supremacia da Constituição e a rigidez constitucionais características do ordenamento jurídico pátrio.

O conceito do termo descumprimento dispensa a violação direta e imediata da Constituição Federal para sua configuração, sendo passível de constatação até mesmo por atos que encontrem seu fundamento de validade direto em normas infraconstitucionais. Inaugura-se, portanto, a possibilidade do controle de constitucionalidade de atos normativos secundários, tais como regulamentações, portarias, resoluções, bem como dos atos administrativos concretos, como os editais de licitação e os contratos administrativos.

A ADPF também é admissível para o controle de omissões inconstitucionais, sendo sempre cabível, em virtude de seu caráter principal, quando a inércia dos órgãos estatais ou dos particulares investidos de autoridade pública ameaçarem ou violarem preceitos constitucionais fundamentais.

Diante da inexistência de previsão constitucional e dos vetos ao projeto legislativo que culminou na Lei nº 9.882/99, não é possível o exercício do controle preventivo de constitucionalidade via ADPF. Assim como ocorre no mandado de segurança preventivo, o termo *evitar* lesão a preceito fundamental deve ser compreendido como a possibilidade do ajuizamento da Arguição autônoma preventiva para impedir a consumação da lesão a preceito fundamental, e não para a instituição do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

Os consideráveis esforços argumentativos, desenvolvidos por respeitável doutrina nacional, não são suficientes para elidir as conseqüências advindas do veto presidencial ao dispositivo do projeto de lei que previa a legitimidade de qualquer cidadão para a propositura da ADPF. A legitimidade ativa para propositura da ADPF restringe-se, portanto, aos entes arrolados no artigo 103 da Constituição Federal.

As decisões proferidas em ADPF não têm caráter dúplice ou ambivalente, pois, ainda que não transgrida um preceito constitucional fundamental, ensejando a improcedência da argüição, o ato impugnado pode ser inconstitucional por violar uma norma constitucional não fundamental.

Diferenciando-se da antiga avocatória instituída pela Emenda Constitucional nº 7/77, a medida liminar em ADPF encontra-se em conformidade com a Constituição Federal de 1988, revelando-se uma importante medida para a preservação da coerência da ordem jurídica e para a prevenção de situações contrárias à decisão final a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A decisão final proferida em ADPF possui efeitos *erga omnes* e vinculantes, sendo que a adequada interpretação do artigo 10, §3º da Lei nº 9.882/99 impõe a vinculação de todos os órgãos públicos, inclusive do Legislativo, ao pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal acerca da violação ao preceito constitucional suscitado.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADPF's já nos permitem delinear caracteres importantes para a compreensão do objeto e dos pressupostos de admissibilidade desta ação constitucional.

Quanto à legitimidade ativa, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que apenas os entes arrolados no artigo 103 da Constituição Federal podem ajuizar a ADPF, rejeitando assim a teoria de legitimidade ativa de todo e qualquer cidadão.

O pressuposto da subsidiariedade previsto no artigo 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 é outro grande empecilho ao conhecimento das ADPF's pelo Supremo Tribunal

Federal. Após considerar que tal pressuposto devia ser aferido em face de todos os instrumentos possíveis de impugnação do ato, tais como as ações e os recursos individuais, a hermenêutica atualmente vigente estabelece que a subsidiariedade deve ser analisada apenas em relação aos demais processos objetivos de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O desconhecimento da comunidade jurídica acerca do tema e a interpretação atualmente imposta pelo Supremo Tribunal Federal aos pressupostos de admissibilidade da ADPF, em especial à subsidiariedade, amesquinham a relevância do instituto, reduzindo o âmbito de impugnação desta ação constitucional basicamente aos atos normativos secundários, municipais ou anteriores à Constituição.

Faz-se necessária, portanto, uma revisão dos conceitos atualmente preponderantes em relação à ADPF, sobretudo quanto aos pressupostos de admissibilidade previstos na Lei nº 9.882/99 para que, analisando-os a partir e em conformidade com a Constituição Federal de 1988, seja assegurada a efetiva utilização da ADPF como principal instrumento de defesa dos preceitos constitucionais fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Veto. **Revista de Informação Legislativa** n.83, p. 141-214, jul./set. 1984.

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Cia. Imprensa, 1893.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

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

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Dez Anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo** n. 214. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 8, jan. 2000.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. A Argüição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2005.

_____. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2005.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade**. Brasília: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2005.

_____. Mensagem de Veto n. 1.807, Brasília, 3 dez. 1999. Disponível em : <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 ago.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança**: Comentários às Leis nºs 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v.1.

CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Estudos de Direito Constitucional**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. _____. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SaFe, 1984.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Formalização da linguagem – proposições e fórmulas**. **Direito - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC/SP**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do Controle de Constitucionalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVÈ, Clèmerson Merlin. **A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DAL COL, Helder Martinez. **O significado da expressão “Preceito Fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, §1º, da CF.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0034.htm>. Acesso em: 04 ago. 2005.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição Constitucional: Ação e Processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, ano 90, n.783, p. 115-133, jan. 2001.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 55, p. 50-70, abr. 2000.

DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e Silêncios Constitucionais no Exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito.** Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Sérgio. **Ação direta de inconstitucionalidade: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868/99 de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p.1-18, abr./jun. 2000.

_____. **Estado de Direito e Constituição.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA, Maria. Arguição de Descumprimento: Direito do Cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 99-106, jul./set. 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SaFe, 1998.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria da Constituição**. Vitória. Apostila, 2003.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber**. Tradução de Heloisa Monteiro e Francisco Settineri. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LEAL, João Cláudio Gonçalves. **Os efeitos temporais no controle abstrato de constitucionalidade e a violação a direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdades Integradas de Vitória (FDV), Vitória, 2005.

LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 379-394, jan./mar. 1947.

LOULA, Pedro; MELO, Teresa. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: um novo mecanismo de tutela das normas constitucionais? **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 357, p. 417-428, set./out. 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Traduzido por José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: em Defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003b.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.868 de 10-11-99. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 13, jun. 2000a. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/rev-13/arguides.htm>. Acesso em: 04 ago. 2005.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000b.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§ 1º do art. 102 da Constituição Federal). **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 7, dez. 1999b. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/rev_07/arguicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2005.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 4, ago. 1999c. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 04 set. 2005.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. **Controle de Constitucionalidade**: Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MEYER-PFLUG, Samantha. **Da Eficácia das Decisões na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/sumario70.htm>. Acesso em: 14 jun. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. Tomo II. Constituição e Inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2001. v. 4.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo I. 4.ed. rev. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Humberto Peña de. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista da EMERJ** n.13, p.135-148, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 5.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. rev. ampl. 2. tir. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: comentários à Lei nº 9.882/99. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**: Conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 5, n.17, p.113 -138, out./ dez. 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; STANZIOLA, Renato. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil**: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I. 1891 a 1898, Defesa das liberdades civis.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Um Resumo sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil**: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000.

SANDULLI, Aldo. Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati. **Rivista Trimestale di Diritto Público**. Roma: Giuffrè Editore, 1995, p. 329-370.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_16/artigos/art_arg%FCi%E7%A6o.htm. Acesso em: 14 ago. 2005.

SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

_____. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Traduzido por Francisco Ayala. 1. ed. 2. reimpr. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SEGADO, Francisco Fernández. La jurisdicción constitucional em Espana. In: BELAUNDE, Domingo Garcia; SEGADO, Francisco Fernández (Coords.). **La jurisdicción constitucional en Iberoamericana**. Madrid: Dykinson . 1997.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le tiers État?**. Traduzido por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coords.). **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil**: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de Argüição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. A Categoria dos Preceitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 105-133, jan./mar. 2001b.

_____. Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000a.

_____; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coords.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2000b.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. BIBLIOTECA CENTRAL. **Guia para normalização de referências bibliográficas**: NBR 6023/2000. 2 ed. Vitória: A Biblioteca, 2004.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. BIBLIOTECA CENTRAL. **Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos**: guia para alunos, professores e pesquisadores da UFES. 6. ed. ver. e ampl. Vitória: A Biblioteca, 2004.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis nº 9.868 de 10/11/99 e nº 9.882 de 03/12/99. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.