



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**AUGUSTO ACIOLY DA CUNHA BARROS**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

**SOUSA - PB  
2004**

**AUGUSTO ACIOLY DA CUNHA BARROS**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

**Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.**

**Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva  
Abrantes.**

**SOUSA - PB  
2004**

AUGUSTO ACIOLY DA CUNHA BARROS

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

BANCA EXAMINADORA

---

GIORGIA PETRUCCE LACERDA E SILVA ABRANTES  
Prof.<sup>a</sup> Ms ORIENTADORA

---

Prof. Francisco Dinarte de S. Fernandes

---

Prof. Guerrison Araújo Pereira de Andrade

SOUSA-PB  
2004

*Aos meus pais*

*Neiy e Delma,*

*E a minha noiva*

*Katarina.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, o criador de tudo e de todos, por ter me dado força para lutar e vencer todos os obstáculos, o que me permitiu está hoje, aqui, bem próximo da realização de um sonho, a graduação em Direito.

Aos meus queridos e amados pais. Ah! Sem eles eu nem existiria, e se por ventura existisse, não haveria chegado aonde cheguei sem suas presenças marcantes e fundamentalmente determinantes para que me tornasse capaz de chegar aonde cheguei.

A Dirley Júnior (o exemplo a ser seguido), um primo que sempre e inexplicavelmente dispensou-me uma atenção e um carinho incomensurável, o meu muito obrigado!

A Katarina (minha companheira), que apesar da distância sempre esteve bem próximo, e soube compreender a importância deste trabalho, quando por inúmeras vezes, houve de abdicar das minhas palavras ao telefone.

A tio Lucas (o incentivador), que sempre me apoio em todas as dificuldades ao longo do curso, excepcionalmente em férias e greves, e a tio Raimundão (o amigo de todos os momentos), aquele que desde quando eu era criança esteve ao meu lado demonstrando o quanto eu lhe sou importante.

E finalmente, a professora Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes pelas precisas e coerentes considerações, sem as quais essa pesquisa não se realizaria, pela orientação e apreço, na feitura dessa monografia de graduação, a quem os merecimentos atribuo e cujas falhas são de minha inteira responsabilidade.

## RESUMO

A pesquisa realizada é de natureza teórica, procedida de forma direta, numa abordagem dialética. Seu objeto consiste na análise da Lei 9.882/99 que regulamenta o artigo 102, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, e prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental. O tema desenvolvido denomina-se: "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental". Durante o estudo, pretendeu-se, como objetivos: estudar a arguição de descumprimento de preceito fundamental em seus aspectos doutrinários e legais, positivos e negativos; examinar o já citado artigo da Carta Máxima e observar a sua correta interpretação; investigar a correta aplicação da lei regulamentadora da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a sua função no sistema de controle de constitucionalidade pátrio. Tudo de molde a verificar se a arguição de descumprimento de preceito fundamental é o instrumento mais adequado à proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. O referencial teórico que fundamenta a pesquisa compõe-se do texto da Constituição Federal de 1988, da lei 9.882/99, de obras de autores nacionais, como Gilmar Ferreira Mendes e Dirley da Cunha Júnior, e internacionais, como J. J. Gomes Canotilho, e das demais informações retiradas de sites. À consecução da atividade proposta, apresentou-se oportuna à utilização dos métodos bibliográfico e de estudo comparativo, e apropriada técnica de pesquisa documental. Encerrada a pesquisa, logrou-se êxito na confirmação do problema e hipótese previamente elaborados, quais sejam: problema – A arguição de descumprimento de preceito fundamental é o instrumento mais adequado para proteção dos direitos fundamentais e da Constituição? Hipótese – A arguição de descumprimento de preceito fundamental é o instrumento mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais e da Constituição e é necessário que seja aplicada de forma efetiva sob pena do empobrecimento da jurisdição constitucional.

**Palavras-chaves:** controle, constitucionalidade, arguição, descumprimento, preceito, fundamental, subsidiariedade.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1-ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	11
1.1 Origem e Previsão Legal.....	11
1.2 Conceito.....	13
1.2.1 Argüição.....	13
1.2.2 Descumprimento.....	14
1.2.3 Preceito fundamental.....	15
CAPÍTULO 2-DOS INSTITUTOS AFINS NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	19
2.1 A <i>Verfassungsbeschwerde</i> do direito alemão.....	19
2.2 A <i>Beschwerde</i> do direito austríaco.....	21
2.3 O Recurso de Amparo do direito espanhol.....	22
2.4 O <i>Writ of Certiorari</i> do direito norte-americano.....	24
CAPÍTULO 3-OBJETO E FINALIDADE.....	26
3.1 Atos não normativos do Poder Público.....	26
3.1.1 Atos políticos.....	27
3.1.2 Atos realizados por particulares investidos em autoridade pública.....	28
3.1.3 Atos normativos secundários.....	29

3.1.4 Ato de interpretação e aplicação do regimento interno do Legislativo incompatível com o processo legislativo.....	29
3.1.5 Omissões do Poder Público.....	31
3.2 Leis ou atos normativos municipais.....	32
3.3 Leis ou atos normativos anteriores à Constituição.....	32
CAPÍTULO 4-PROCESSO E PROCEDIMENTO.....	35
4.1 Legitimidade e Competência.....	36
4.2 Modalidades da argüição.....	39
4.3 Da Decisão Cautelar e seus efeitos.....	41
4.4 Da Decisão Final e seus efeitos.....	44
CAPÍTULO 5-DA SUBSIDIARIEDADE.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

## INTRODUÇÃO

Na última década, o controle de constitucionalidade brasileiro regulamentado inicialmente apenas pela Constituição Federal de 1988, foi apresentado com duas leis que regram suas ações: a Lei n.º 9.868/99 que trata das conhecidas ação direta de inconstitucionalidade - instituída pelo legislador constituinte originário, e da ação declaratória de constitucionalidade - inserida em nosso texto maior pela Emenda Constitucional n.º 03/93, além da Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental - também instituída pelo legislador constituinte originário. Essas ações têm como finalidade precípua manter a ordem constitucional e garantir a supremacia e imperatividade da Constituição, acautelando todas as normas existentes no Pacto Fundamental e principalmente os direitos e as garantias fundamentais.

A finalidade da presente pesquisa é o estudo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que foi idealizada pelo texto constitucional e regulamentada pela Lei 9.882/99.

Tal ação é instrumento de jurisdição constitucional que proporciona ao Supremo Tribunal Federal exercer um controle concentrado de constitucionalidade. É objetivo deste trabalho, portanto, explicitar sua importância e alcance como meio de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição.

A procura por valores e desejos constitucionais, bem pelos reflexos destes na hermenêutica e aplicação do referido instituto, determinaram, juntamente com outros fatores a escolha e delimitação do tema ora versado.

Em um primeiro momento, apresentou-se a origem e previsão legal da mencionada ação, com o intuito de coletar e agrupar subsídios capazes de

demonstrar a importância de sua existência, e a necessidade premente de sua devida regulamentação para o enriquecimento da jurisdição constitucional pátria e efetiva proteção dos preceitos constitucionais fundamentais.

Feito isso, passou-se à devida conceituação, focalizando o significado dos termos essencialmente ligados ao objeto do trabalho, tais como: caracteres próprios da arguição, enquanto meio que proporciona um controle concreto de constitucionalidade; o descumprimento, como elemento constitucional da própria natureza do instituto; e uma expansiva interpretação da expressão preceitos fundamentais.

Com o fito de enriquecer o trabalho, teceu-se considerações breves acerca dos institutos afins no direito estrangeiro, quais sejam: a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, a *Beschwerde* do direito austríaco, o *Recurso de Amparo* do direito espanhol e o *Writ of Certiorari* do direito norte-americano, tudo isso para tornar explícita a atividade do legislador ordinário ao regulamentar o *novel* instituto; atuou com supedâneo nestes institutos alienígenas.

Em seguida, efetivou-se o estudo do objeto e finalidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, mediante a análise dos atos que podem, por ela, ser impugnados, a saber: a) Atos não normativos do Poder Público( a)1 atos políticos; a)2 atos realizados por particulares investidos em autoridade pública; a)3 atos normativos secundários; a)4 ato de interpretação e aplicação do regimento interno do Legislativo incompatível com o processo legislativo; a)5 omissões do Poder Público); b) Leis ou atos normativos municipais e c) Leis ou atos normativos anteriores à Constituição Federal vigente.

Em seguida, procedeu-se a pesquisa relacionada ao processo e procedimento obedecidos pela arguição, feita através do prisma constitucional, onde

se trata acerca da legitimidade para interpor, da competência para julgar, das modalidades de argüição existentes, das decisões cautelar e final e seus respectivos efeitos, tudo de forma a esclarecer o modo como se processa a utilização deste instrumento de proteção dos preceitos constitucionais fundamentais.

Por fim, abordou-se o caráter subsidiário atribuído pelo legislador ordinário para a argüição de descumprimento de preceito fundamental, e nela inserido através do artigo 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/99, apontando o entendimento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal em relação à referida subsidiariedade.

Na consecução deste mister, escolheu-se a utilização dos métodos de pesquisa comparativo e bibliográfico, associados à técnica operacional de pesquisa documental para a coleta de dados, os quais perfizeram-se devidamente apropriados à resolução do problema elaborado e confirmação da hipótese proposta, quais sejam: problema - A argüição de descumprimento de preceito fundamental é o instrumento mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais e da Constituição? Hipótese - A argüição de descumprimento de preceito fundamental é o instrumento mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais e da Constituição e é necessário que seja aplicada de forma efetiva sob pena do empobrecimento da jurisdição constitucional.

Firmados nesse posicionamento, é possível declarar desde já, a filiação à corrente daqueles que se posicionam contrários ao caráter subsidiário da argüição, na crença de que, a argüição, como ação específica para a proteção dos preceitos magnos não pode jamais, ser utilizada como segunda opção, pois assim acontecendo estaremos diante de uma patente inconstitucionalidade.

## CAPÍTULO 1

### ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

#### 1.1 Origem e Previsão Legal

O Controle de Constitucionalidade brasileiro surgiu de forma extremamente tímida na Constituição Imperial de 1824, onde a existência do Poder Moderador podava qualquer possibilidade de um efetivo e eficaz exercício desse mesmo controle de constitucionalidade.

Contudo, depois de um longo processo evolutivo iniciado com a Constituição de 1891, e passando pelas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 (Emenda Constitucional 01/69), chegamos aos dias atuais com a vigência da Carta Magna de 05 de outubro de 1988.

Com efeito, no que tange ao Controle de Constitucionalidade, além das já conhecida ação direta de inconstitucionalidade (Adin), e suas modalidades, como também a ação declaratória de constitucionalidade, inserida em nosso texto maior pela Emenda Constitucional 03/93, o legislador constituinte originário havia previsto em nossa atual Carta Magna a chamada argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), todas essas com a idêntica função precípua de manter a ordem constitucional.

Inserida em nossa Constituição Federal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental foi apresentada através de uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, uma norma constitucional não auto-aplicável, que

necessita de lei regulamentadora para sua aplicação. (SILVA, 1998 *apud* MANDELLI JÚNIOR, 2003).

Senão, vejamos o artigo 102, § 1.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, *ipsis literis*: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Entretanto, em março de 1997, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da deputada Sandra Starling, que objetivava disciplinar, dar efetividade ao instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o nome de "*reclamação*".

Não obstante, os professores Celso Ribeiro Bastos e Gilmar Ferreira Mendes vinham realizando estudos paralelos ao referido projeto, no intuito de saber se poderia a arguição de descumprimento de preceito fundamental tornar-se um instituto hábil a colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do Supremo Tribunal Federal (STF).

Depois de algumas modificações, chegou-se à conclusão de que o texto inicialmente elaborado pelos ilustres Celso Ribeiro Bastos e Gilmar Ferreira Mendes deveria ser apreciado por uma comissão de especialistas, o que foi feito através da portaria nº 572, publicada no Diário Oficial União(DOU) de 07 de julho de 1997, editada pelo então Ministro da Justiça Íris Resende.

Eram membros dessa comissão: Celso Ribeiro Bastos (presidente), Ives Gandra da Silva Martins, Arnoldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes.

O já citado projeto de Lei da Deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator Prisco Viana, e foi aprovado em forma de substitutivo. A despeito

disso, o novo projeto buscou inspiração direta nos estudos realizados por aquela comissão. O texto foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, referendado pelo plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, e posteriormente sancionado, com vetos, pelo Presidente da República.

Surgiu assim, a Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999, que regulamentou o artigo 102, § 1º da Constituição Federal de 1988.

## 1.2 Conceito

Antes de conceituarmos o que seria a argüição de descumprimento de preceito fundamental, entendemos ser de suma importância o tratamento de cada um dos seus vocábulos, de maneira a determinar quais os parâmetros jurídicos que devem ser considerados para uma coerente conceituação. Vejamos:

### 1.2.1 Argüição

O vocábulo "argüição" é um termo polissêmico e, portanto, possui vários significados. Usualmente o termo "argüição" significaria o mesmo que argumentação, acusação, ação de argüir (OBIOL, 1982, p. 74). Contudo, o termo "argüição" presente no artigo 102, § 1º, da CF/88 quer dizer "ação", ou seja, meio adequado, instrumento adequado, colocado à disposição do controle de constitucionalidade para disciplinar uma possível violação a preceito fundamental. Conforme dispõe Maria Helena Diniz (1998) *apud* Mandelli Júnior (2003) "[...] alegação feita perante STF de infração de norma constitucional".

Esta interpretação é admitida tendo em vista que o legislador constituinte, em outras oportunidades, já havia se referido à "ação" sob outras terminologias, como por exemplo, a "representação" de inconstitucionalidade prevista no artigo 125, § 2º da Constituição Federal<sup>1</sup>.

Desta forma, ao tratarmos da "argüição" prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição deveremos entendê-la como "ação" *latu sensu*, ou seja, como instrumento processual capaz de proteger os preceitos constitucionais fundamentais (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 103).

### 1.2.2 Descumprimento

O termo "descumprimento", em linguagem coloquial, traduz a idéia de deixar de cumprir, deixar de fazer algo que deveria ser feito (OBIOL, 1982, p. 248). No caso específico, deixar de cumprir um preceito constitucional fundamental.

Desta forma, "descumprimento" é espécie do gênero inconstitucionalidade. Qualquer que seja a espécie de descumprimento a preceito fundamental, deve ser ele declarado inconstitucional.

O descumprimento de preceito fundamental pode ocorrer das mais variadas formas (MANDELLI JÚNIOR, 2003, P. 111/112), quais sejam:

1) formal ou material: formal quando decorre, por exemplo, de vício de incompetência do órgão do qual emana o ato do Poder Público; material quando se verifica uma incompatibilidade com o conteúdo do preceito constitucional fundamental;

---

<sup>1</sup> Cf. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Art. 125, § 2º: Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

2) total ou parcial: total quando vicia todo o ato e parcial quando atinge apenas parte do ato;

3) ação ou omissão: ação quando se pratica ato comissivo e omissão quando se deixa de praticar ato de maneira a ferir preceito constitucional fundamental;

4) originário ou superveniente: originário quando se viola um preceito constitucional fundamental vigente; superveniente quando se viola um preceito constitucional fundamental, inicialmente em acordo com a Constituição Federal, mas que posteriormente passa a descumpri-lo seja por alteração formal da constituição ou por alteração na forma de interpretação;

5) imediato ou derivado: imediato quando o descumprimento decorre diretamente de ato do Poder Público; derivado quando o descumprimento surge de um reflexo de ato praticado pelo Poder Público.

6) direto ou indireto: direto quando o ato ferir preceito constitucional explícito; indireto quando ferir preceito constitucional implícito.

### 1.2.3 Preceito fundamental

O termo "preceito" indica aquilo que se recomenda como regra e ensinamento; regra de proceder (OBIOL, 1982, p. 668). Já o vocábulo "fundamental" quer dizer necessário, indispensável (OBIOL, 1882, p. 369). Da junção dessas expressões temos que preceito fundamental é toda regra ou ensinamento necessário, indispensável.

Os preceitos constitucionais são as normas base, fundamentais, do Estado Democrático de Direito, de maneira que todos os preceitos inseridos na Constituição

Federal devem ser havidos como preceitos fundamentais. Pelo princípio da unidade da Constituição não podemos admitir hierarquia entre preceitos constitucionais de uma mesma Carta Magna.

Isto posto, como poderíamos considerar, para efeito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a existência de preceitos fundamentais e de preceitos não fundamentais?

Apesar de os preceitos constitucionais emanarem de uma mesma força imperativa, devemos observar os valores trazidos por cada um destes, na hipótese de observação axiológica de todos os preceitos constitucionais, para que possamos determinar quais os preceitos constitucionais e quais os preceitos constitucionais fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2003, p. 54).

Isto posto, percebemos a possibilidade de que na Constituição Federal estejam inseridos preceitos constitucionais e preceitos constitucionais fundamentais, sendo que esses preceitos constitucionais buscam subsídios nos preceitos constitucionais fundamentais.

Senão, vejamos a lição de J. J. Gomes Canotilho (1997, p. 1047) *in verbis*:

[...] articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização.

Quais seriam então os Preceitos Constitucionais Fundamentais?

A princípio, é mister destacarmos que preceito fundamental não é sinônimo

É certo que existe consenso em relação aos princípios fundamentais do título I da Constituição Federal, que tratam da configuração básica da estrutura política do Estado (artigos 1.º ao 4º); os direitos e garantias fundamentais, que equilibram a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana (expressos tanto no título II como também pelo § 2.º do artigo 5.º); os princípios constitucionais sensíveis, cujo desrespeito pode gerar intervenção federal (artigo 34, VII) e as cláusulas pétreas explícitas ou implícitas.

Para alguns acrescentam-se a estes, ainda, as normas de organização política do Estado e as de organização dos próprios Poderes. (CUNHA JÚNIOR, 2003, p. 56).

Contudo, caberão à Doutrina e a Jurisprudência determinar quais devem ser os preceitos fundamentais passíveis de serem argüidos através do *novel* instituto, ou melhor, quais são os preceitos constitucionais fundamentais.

Unindo em breve síntese todos os argumentos considerados acima, poderíamos afirmar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação judicial própria da jurisdição constitucional, cuja finalidade precípua é determinar a inconstitucionalidade de atos comissivos ou omissivos do Poder Público que lesionem ou ameacem lesionar qualquer das normas ou princípios basilares do Estado Democrático de Direito, com a intenção de manter intacta a ordem constitucional.

Ademais, vejamos a lição de Dirley da Cunha Júnior (2003, p. 49):

[...] a arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma ação judicial especial destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada no Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do Poder Público.

## CAPÍTULO 2

### DOS INSTITUTOS AFINS NO DIREITO ESTRANGEIRO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, em conformidade com a regulamentação dada pela Lei n.º 8.882/99, apresenta alguns caracteres semelhantes a outros institutos do Direito Internacional, haja vista que estes instrumentos têm como função precípua fiscalizar a constitucionalidade de forma direta ou mediante incidentes de inconstitucionalidade<sup>2</sup>.

Destarte, a doutrina tenta estabelecer um paralelo entre certos caracteres da arguição de descumprimento de preceito fundamental brasileira com a *Verfassungsbeschwerde* alemã, a *Beschwerde* austríaca, o *Recurso de Amparo* do Direito Espanhol e, com menos veemência, o *Writ of Certiorari* do Direito Norte Americano.

Portanto, faz-se imprescindível a realização de algumas considerações acerca dos referidos institutos, a fim de que possamos apreender o conteúdo amplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

#### 2.1 A *Verfassungsbeschwerde* do Direito Alemão

A *Verfassungsbeschwerde* do Direito alemão é uma ação colocada à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica que se sentir lesada pelo Poder

---

<sup>2</sup>Trata-se do incidente de constitucionalidade inspirado no direito alemão, que permite seja antecipada a posição do STF sempre que for suscitado, em qualquer processo, o problema de constitucionalidade, com fundamentos relevantes. No caso, a Corte Suprema se limitaria a decidir a matéria constitucional, prosseguindo, em seguida, normalmente o feito na instância em que se encontrava... Trata-se, no fundo, de uma espécie de tutela antecipada de caráter constitucional, em

Público em qualquer de seus direitos constitucionais fundamentais, sendo esta ação apreciada e decidida pelo Tribunal Constitucional (MANDELLI JÚNIOR, 2003, 76/77).

O instituto alemão, quando protege o cidadão ou quando controla os atos do Poder Público, realiza, respectivamente, uma função subjetiva de proteção dos direitos subjetivos e uma função objetiva de proteção da supremacia constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2003, p. 48).

Ademais, o referido instituto também requer a utilização e esgotamento das instâncias judiciais inferiores, implicando na inevitabilidade do instrumento por ser este o único meio adequado e eficaz de sanar a suposta lesão.

Entretantes, poderá o remédio jurídico, excepcionalmente, ser utilizado de forma direta, comprovado um interesse geral ou, ainda, demonstrada a intenção de evitar um grande e insofismável prejuízo para o autor. Seria, então, o recurso analisado sem a necessidade de esgotamento das vias judiciais<sup>3</sup>.

Percebemos, então, o caráter subsidiário do recurso, tendo em vista ser imprescindível o exaurimento das vias judiciais ordinárias, com o óbice, é claro, de que se o esgotamento da vias judiciais inferiores não estiver objetivamente realizado, poderá ser interposto de forma imediata, caso não seja subjetivamente exigível do autor o dito exaurimento.

---

virtude da qual ocorre no processo, uma cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes". (WALD, 1999, *apud* MANDELLI JUNIOR, 2003).

<sup>3</sup> Segundo dispõe o § 90 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão: "(1) Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em alguns de seus direitos fundamentais (...); (2) Se está proporcionada à via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o 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 primeiro a via judicial". (CUNHA JÚNIOR, 2003, p. 48).

São objeto da *Verfassungsbeschwerde* tanto os atos comissivos como os atos omissivos, desde que venham a lesionar princípios constitucionais. (HECK, 1995 *apud* MANDELLI JÚNIOR, 2003).

São semelhanças entre a Arguição de descumprimento de preceito fundamental brasileira e a *Verfassungsbeschwerde* alemã: 1- a apreciação originária do instituto pelo tribunal guardião da Constituição; 2- a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade de ato do Poder Público, seja ele comissivo ou omissivo; 3- a possibilidade do controle sobre atos pré-constitucionais; 4- o princípio da subsidiariedade; 5- a preocupação com um controle objetivo da constitucionalidade, em defesa da própria Constituição (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p.80).

Distinguem-se, entretanto, no seguinte: 1- a impossibilidade de ajuizamento da arguição brasileira por qualquer indivíduo que teve lesionado seu direito fundamental. *Graças a veto presidencial*. (artigo 2.º, I, da Lei n.º 9.882/99) (grifo nosso); 2- a *Verfassungsbeschwerde* refere-se à violação, genericamente, de direitos fundamentais – neles também incluídos outros preceitos; 3- os atos passíveis de impugnação pela ação direta de inconstitucionalidade, no direito brasileiro, devem ser excluídos da arguição, em virtude do princípio da subsidiariedade; 4- o prazo para interposição dos institutos, que existe no direito alemão e não existe no direito brasileiro (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p.80).

## 2.2 A *Beschwerde* do Direito Austríaco

O instituto da *Beschwerde* é anterior a *Verfassungsbeschwerde* alemã, e acreditamos ter o legislador alemão buscado inspiração no instituto austríaco, não

apenas pela ordem cronológica dos referidos institutos, mas, principalmente, pelas semelhanças existentes entre eles.

Com a *Beschwerde* austríaca permite-se que, por meio de um incidente de inconstitucionalidade, seja suspenso o processo ou na primeira instância ou no tribunal, submetendo a questão constitucional à decisão do Tribunal Constitucional.

O recurso austríaco deve ser interposto no prazo de seis meses a contar da prática do ato inconstitucional do Poder Público (MORAES, 2001, p. 20).

O Tribunal Constitucional, após resolver a questão constitucional suscitada, devolve o conhecimento da matéria ao tribunal competente para solver, de acordo com a questão constitucional já resolvida, a matéria de mérito que estava prejudicada.

No direito austríaco como no alemão, qualquer pessoa pode interpor a referida ação, de maneira que não existem restrições quanto à legitimidade ativa do instituto.

Dadas as similaridades, sobretudo em relação ao que foi explicitado, as considerações feitas em relação às semelhanças e diferenças entre a *Verfassungsbeschwerde* alemã e a arguição de descumprimento de preceito fundamental brasileira se aplicam, deveras, em relação a *Beschwerde* austríaca.

### 2.3 O Recurso de Amparo do Direito Espanhol

O *Recurso de Amparo* está previsto na Constituição espanhola de 1978, tendo buscado, igualmente, subsídios no Direito Alemão, haja vista possuir algumas semelhanças com a *Verfassungsbeschwerde* alemã, não obstante, claro, as suas particularidades.

De forma similar à prevista pelo sistema de controle de constitucionalidade da Alemanha, pode o juiz ordinário na Espanha enviar ao Tribunal Constitucional uma questão em que o mesmo tenha dúvida sobre a constitucionalidade de uma disposição legislativa que deva aplicar (FAVOREU, 1994 *apud* MANDELLI JÚNIOR, 2003).

É de se observar que o *Recurso de Amparo*, tanto quanto a *Verfassungsbeschwerde* alemã e a *Beschwerde* austríaca, também pode ser interposto por qualquer pessoa, e é devidamente expressa a possibilidade da interposição pelas pessoas jurídicas, o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal - Ministério Público Espanhol. (SEGADO, *apud* MANDELLI JÚNIOR, 2003).

Ademais, o referido instituto também possui dupla função, quais sejam: a) possibilitar a manutenção da supremacia constitucional, garantindo o devido cumprimento dos preceitos fundamentais (aspecto objetivo); b) proporcionar a proteção dos direitos dos indivíduos (aspecto subjetivo).

Dentre as principais semelhanças entre o *Recurso de Amparo* espanhol e a arguição de descumprimento de preceito fundamental brasileira, destacamos o fato de que ambas propiciam um controle de constitucionalidade concreto e concentrado, que deve ser realizado pelo Tribunal encarregado de proteger a Constituição, quais sejam: no Brasil, o Supremo Tribunal Federal e, na Espanha, o Tribunal Constitucional, ambos com o intuito de defesa da Constituição, possibilitando a declaração da inconstitucionalidade de ato do Poder Público.

## 2.4 O *Writ of Certiorari* do Direito Norte-americano

O instituto do Direito Norte-Americano (*Writ of Certiorari*) também se identifica com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, postas determinadas convergências em alguns pontos.

A *Writ of Certiorari* faculta, de forma similar à arguição de descumprimento de preceito fundamental, a possibilidade de que uma questão decidida ou ainda pendente de decisão seja apreciada pela *Supreme Court*, desde que existam importantes e especiais razões para isso.

Acerca disso, Cunha Júnior (2003, p. 47) escreve:

[...] o *writ of certiorari* do Direito Norte-Americano, que consiste num pedido formulado à *Supreme Court* por quaisquer das partes de um processo em curso perante outra instâncias judiciais, a fim de que a Corte dirima determinada questão já decidida, ou ainda pendente de decisão (*certiorari before judgement*), quando existam importantes e especiais razões para isso – circunstância que revela o considerável grau de discricionariedade do Tribunal em admitir ou não o pedido.

Assim sendo, resta explícita a semelhança entre os dois institutos. A possibilidade de uma questão ser apreciada pelo tribunal guardião da Constituição, tendo como requisito principal a importância e especial razão para o Direito norte-americano e a violação de preceito fundamental no Direito brasileiro, já denota a paridade existente entre os parâmetros de interposição dos referidos institutos.

Vê-se, pois, que os institutos de Direito Comparado estudados concorreram para a regulamentação da Lei n.º 9.882/99, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Entretanto, é de se reconhecer que em alguns pontos estes institutos distinguem-se do brasileiro, sobretudo no que tange à legitimidade ativa. Nos institutos alienígenas, possui capacidade postulatória qualquer pessoa que tenha

vido afetada pela lesão a preceito fundamental<sup>4</sup>, e entre nós, infelizmente, graças a veto presidencial, a legitimidade ativa sofre restrições, consoante demonstraremos mais adiante.

---

<sup>4</sup> Entender "Preceito Fundamental" acima utilizado em sentido *latu sensu*, ou seja, como os parâmetros necessários para interposição dos respectivos institutos no direito estrangeiro.

## CAPÍTULO 3

### OBJETO E FINALIDADE

O artigo 1.º da Lei 9.882/99 prevê que a arguição de descumprimento de preceito fundamental “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”. Em vista disso, a finalidade precípua do instituto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. Depreende-se, ainda, que são passíveis de impugnação por este instrumento os atos do Poder Público.

No mesmo artigo, inciso I, parágrafo único, o legislador cuidou de explicitar as espécies normativas sujeitas à arguição, dispondo:

Caberá também a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Neste ponto, cumpre dividir os objetos da arguição de forma didática e objetivando um melhor entendimento da matéria, da seguinte forma: a) atos não normativos do Poder Público; b) leis ou atos normativos municipais; e c) leis ou atos normativos anteriores à Constituição.

#### 3.1 Atos não Normativos do Poder Público

Para Hely Lopes Meirelles (2001, *apud* MANDELLI JÚNIOR, 2003) atos do Poder Público são:

[...] atos jurídicos, revestidos de finalidade pública, que emanam de órgãos ou instituições de natureza pública, criados para realizar os fins do Estado, sejam federais, estaduais, distritais ou municipais, os quais se encontram em situação de autoridade relativamente aos particulares, por perseguirem o interesse público.

Destarte, não são sindicáveis pela ADPF os atos jurídicos não veiculados pelo Poder Público, tais como os atos normativos estrangeiros, as normas de natureza privada e os atos do poder público que forem regidos pelo direito privado.

Dentre os atos não normativos do Estado é mister destacarmos a sindicabilidade dos atos políticos, dos atos realizados por particulares investidos em autoridade pública, dos atos normativos secundários e ainda, das omissões do Poder Público.

### 3.1.1 Atos políticos

Os atos políticos, também conhecidos por atos de governo, são aqueles atos praticados pelo Poder Público com certa margem de discricção e observando as normas constitucionais no exercício de funções apenas políticas. Como exemplo de atos políticos temos a iniciativa de lei pelo Poder Executivo, a decretação de intervenção, a nomeação de ministros de Estado e a concessão de indulto, dentre outros.

Os atos de governo são passíveis de serem objeto da ADPF, haja vista que são atos do Poder Público e podem vir a ferir preceito fundamental, de maneira que não poderia a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5.º, XXXV, da CF/88).

### 3.1.2 Atos realizados por particulares investidos em autoridade pública

É tido como certo que apenas os atos praticados pelo Poder Público são passíveis de serem objeto da arguição; contudo, merecem destaque os atos realizados por particulares investidos em autoridade pública.

Entendemos que, tal como ocorre em sede de mandado de segurança<sup>5</sup>, a arguição de descumprimento de preceito fundamental deve ser cabível quando os atos praticados por particulares ferirem ou ameaçarem de lesão um preceito fundamental, desde que estejam eles investidos em autoridade pública.

Este também é o entendimento de Daniel Sarmento (2001, p. 91/92). Senão, vejamos:

A expressão ato do Poder Público, empregada pelo legislador, deve ser compreendida em seu sentido mais lato, e alcança também, em nosso entendimento, os atos de particulares que agem investidos em autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. Parece-nos, neste particular, perfeitamente cabível a analogia com o mandado de segurança, que pode também ser impetrado contra os atos de pessoas jurídicas de direito privado, no exercício de atribuições do Poder Público.

Nos dias atuais, onde o Estado cada vez mais faculta a realização de suas atividades por particulares através de privatizações, terceirizações e parcerias, urge que estes atos sejam passíveis de fiscalização, e uma interpretação generosa da Lei n.º 9.882/99 possibilitaria englobar essa situação.

---

<sup>5</sup> Cf. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5.º, LXIX. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

### 3.1.3 Atos normativos secundários

Atos Normativos Secundários são aqueles que expressam um comando geral do Executivo, explicitando a correta aplicação da lei. Esses atos não são lei em sentido formal, são leis apenas em sentido material, de maneira que a ela se equiparam para fins de controle judicial, podendo, portanto, serem atacados e invalidados direta e imediatamente pelas vias judiciais comuns e também por mandado de segurança, desde que venham a ferir direito líquido e certo (MEIRELLES, 2001, p. 170).

Nesta linha de raciocínio, concluímos que os atos normativos secundários, espécies que são de atos do Poder Público, a exemplo dos decretos e regulamentos, também devem ser passíveis de impugnação pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, desde que firam ou ameacem de lesão preceito constitucional magno.

### 3.1.4 Ato de interpretação e aplicação de regimento interno do Legislativo incompatível com o processo legislativo

Apesar de o Supremo Tribunal Federal se recusar a apreciar os atos ofensivos ao regimento interno das casas legislativas, conforme se observa em sua ampla jurisprudência, sob o argumento de tratar-se de questão *interna corporis* do referido órgão<sup>6</sup>, entendemos, ser descabida tal posição, haja vista contrapor-se aos

<sup>6</sup> MS 22.183, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 12.12.1997: "MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, QUE INDEFERIU, PARA FINS DE REGISTRO, CANDIDATURA AO CARGO DE 3.º SECRETÁRIO DA MESA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 8.º DO REGIMENTO DA CÂMARA E DO § 1.º DO ART. 58 DA CONSTITUIÇÃO. 1. Ato do Presidente da câmara que, tendo em vista a impossibilidade, pelo critério proporcional, do preenchimento de dois cargos da Mesa pelo mesmo partido, defere, para fins de registro, para o cargo de Presidente e indefere para o de membro titular da Mesa. 2. Mandado de

princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial e do devido processo legal, também aplicáveis ao processo legislativo. (CUNHA JÚNIOR, 2003).

Este também é o entendimento de Daniel Sarmento (2001, p. 97):

O Supremo Tribunal Federal vem mantendo o entendimento, que nos parece absolutamente desacertado, de que a violação das normas regimentais no processo legislativo é insuscetível de controle jurisdicional, por se tratar de questão *interna corporis* do Poder Legislativo. Tal orientação, em nosso entendimento, revela-se incompatível com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como a cláusula do devido processo legal, que, como não poderia deixar de ser, estende-se também ao processo legislativo. O Supremo Tribunal Federal não pode furtar-se do ônus de apreciar tal questão, pois ela diz respeito à regularidade formal das normas jurídicas, matéria diretamente afeta aos direitos não só dos parlamentares, mas de toda a população, destinatária destas normas.

Não nos parece sensato permitir que qualquer ato, seja ele público, privado, omissivo, comissivo, legislativo (inclusive os *interna corporis*), executivo ou de qualquer natureza, possam se sobrepor a Constituição; se sobrepor sim, pois quando qualquer ato não pode ser controlado em face da Constituição é como se fugisse da esfera de controle de constitucionalidade, o que os colocaria acima da Carta Máxima, e isto afronta diretamente o princípio da Supremacia Constitucional.

A Lei n.º 9.882/99 continha, em sua redação inicial, no artigo 1.º, parágrafo único, inciso II, permissão para que o Supremo Tribunal Federal controlasse tais questões, todavia o Presidente da República, infelizmente, vetou tal dispositivo com a alegação de que “a intervenção autorizada do Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais” (SARMENTO, 2001, p. 98).

---

segurança impetrado para o fim de anular a eleição da Mesa da Câmara e validar o registro da candidaturas ao cargo de 3.º Secretário. 3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente a composição da Mesa e indicação de cargos (art. 8.º). 3.1. O fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeito a apreciação do Poder Judiciário. 3.2. Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1.º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário. 4. Mandado de segurança não conhecido, por

### 3.1.5 Omissões do poder público

É sabido que os atos jurídicos podem ser praticados mediante ações e omissões. Assim, com os atos do Poder Público não poderia ser diferente. Atos omissivos do Poder Público que lesionem ou ameacem preceito fundamental, devem ser objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que nos ensina Dirley da Cunha Júnior (2003, p. 68):

Realce-se, ademais, que o conceito de ato do Poder Público, para os fins de argüição, envolve também e necessariamente as omissões estatais, porquanto o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais pode verificar-se tanto por ação quanto por omissão.

Com efeito, na ADPF n.º 4-DF, Rel. Min. Octavio Gallotti (DJU, 2002 apud Cunha Júnior, 2004, p.625) o Supremo Tribunal Federal, apreciando preliminar sobre a admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT, contra MP 2.019/2000, que fixa o valor do salário mínimo, teve a oportunidade de conhecer da argüição por entender que a medida judicial existente – ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio eficaz para sanar alegada lesividade, não se aplicando a espécie o § 1.º, do artigo 4.º, da Lei 9.882/99. Vencidos os Ministros Octavio Galloti, relator Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves, que não conheciam da ação. Em seguida, suspendeu-se a conclusão do julgamento para que os autos fossem encaminhados, por sucessão, à Ministra Ellen Gracie.

### 3.2 Leis ou Atos Normativos Municipais

Com o advento da Lei n.º 9.882/99, tornou-se possível um controle concentrado de constitucionalidade das leis ou dos atos normativos municipais, dada a previsão de fiscalização dos referidos atos pela ADPF (art. 1.º, parágrafo único, I, da referida Lei).

Ademais, as leis e os atos normativos estaduais e federais já eram objeto do controle concentrado de constitucionalidade através da ação direta de inconstitucionalidade, conforme artigo 102, I, a, da CF/88.

Outrossim, vale ressaltar que as leis ou atos normativos municipais que contrariem preceito constitucional não fundamental podem ser atacados apenas pelo controle difuso de constitucionalidade, o que já acontecia antes da edição da referida lei.

### 3.3 Leis ou Atos Normativos anteriores à Constituição

As leis ou os atos normativos anteriores à Constituição hodierna não eram admitidos como objeto de ação direta de inconstitucionalidade (Adin), em virtude de construção jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal sempre entendeu que, nesses casos, o que se configura não é hipótese de inconstitucionalidade e sim de incompatibilidade com a nova ordem constitucional, de maneira que o problema se resolveria tão-somente pelo fenômeno da recepção.

Outrossim, o entendimento do STF é o seguinte: se lei ou ato normativo é contrário à norma constitucional superveniente, a referida lei ou ato está revogado

por não haver sido recepcionado pela nova ordem constitucional instalada. Não sendo, pois, caso de inconstitucionalidade, mas de revogação.

O referido entendimento gera uma insegurança jurídica, haja vista que a solução de controvérsias relevantes que envolvem a recepção ou não, de normas infraconstitucionais, não conta com um instrumento definitivo de solução dos conflitos de eficácia *erga omnes*.

Destarte, as leis ou atos normativos revogados não geram efeitos *erga omnes*, posto que a recepcionalidade ou não, pela Constituição, de referida lei ou ato normativo só é passível de análise pelo controle difuso de constitucionalidade, e seus efeitos ficam adstritos ao caso concreto em que foi suscitada a inconstitucionalidade.

É de ver-se, porém, que o entendimento de que seria a lei ou os atos normativos passíveis de declaração de inconstitucionalidade através, por exemplo, da Adin, geraria efeito *erga omnes*, o que, indubitavelmente, proporcionaria uma maior segurança jurídica e certeza perante o ordenamento jurídico vigente.

Vejamos, então, o entendimento de J. J. Gomes Canotilho (1997, p. 833/834):

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

A oportunidade da apreciação das leis ou dos atos normativos anteriores a Constituição através do controle concentrado de constitucionalidade foi trazida pela lei que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, (artigo

1.º, parágrafo único, I, parte final) de maneira que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro passou a contar com um instrumento capaz de fiscalizar a constitucionalidade do direito precedente.

Convém ressaltar que o referido controle só é cabível se a norma infraconstitucional precedente à constituição lesionar preceito fundamental.

Do exposto, podemos concluir que são passíveis da arguição de descumprimento de preceito fundamental todos os atos do Poder Público, desde que sejam ofensivos aos preceitos constitucionais fundamentais porque, ainda que a lei se refira a todos os atos, não podemos olvidar a indispensabilidade, para a propositura do referido instituto, da violação de preceito constitucional fundamental e de não qualquer preceito constitucional.

## CAPÍTULO 4

### PROCESSO E PROCEDIMENTO

No que toca ao processo e ao procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, algumas considerações devem ser feitas sobretudo em relação à legitimidade, à competência, às modalidades de arguição e ainda, as decisões cautelar e final e seus respectivos efeitos.

A Lei n.º 9.882/99 não previu a existência de prazo final para o ajuizamento da ADPF, distinguindo-se, portanto, dos modelos austríaco e alemão; não obstante, em seu artigo 3.º elencou alguns requisitos essenciais da petição inicial, quais sejam: "a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido e suas especificações; e se for o caso a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental".

Depois de proposta a arguição de descumprimento de preceito fundamental não se admite desistência, haja vista tratar-se de processo objetivo de constitucionalidade, vigendo sobre tal o princípio da indisponibilidade de instância.

De acordo com o artigo 6.º, *caput*, da já citada lei após a decisão do pedido de liminar o relator "solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias". Pode também, se entender necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Admite-se, com

autorização do relator, a possibilidade de haver sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

#### 4.1 Legitimidade e Competência

A *priori*, vale ressaltar a inexistência de partes, no sentido de sujeitos que litigam pela defesa de direitos pessoais, no processo objetivo de provocação da jurisdição constitucional.

Podemos falar em legitimidade ativa na medida em que a Lei n.º 9.882/99 previu, em seu artigo 2.º, I, que “podem propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

A Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, prevê em seu artigo 2.º que podem propor a ação: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou o Governador 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.

O inciso II do referido artigo, como já anteriormente afirmado, foi vetado pelo Presidente da República. Tal inciso estabelecia a possibilidade da propositura da ADPF por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada em decorrência de ato do Poder Público”.

As justificativas para o veto do inciso que possibilitava a legitimidade aberta para a ADPF referem-se ao fato de que o acesso individual e irrestrito ao controle

concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público provocaria um acúmulo excessivo de ações, inviabilizando a funcionalidade do Supremo Tribunal Federal. Ainda segundo o veto, os interessados já possuem um amplo acesso ao controle difuso de constitucionalidade, sendo, portanto, desnecessária a legitimação aberta.

Apesar das críticas feitas ao veto presidencial, cabe realçar que o § 1.º do artigo 2.º da Lei n.º 9.882/99, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, XXXIV, a, da Constituição Federal, que prevê o direito de petição, estabelece:

Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

Contudo, se o Procurador-Geral da República pugnar pela não promoção da arguição, nada poderá o interessado fazer, haja vista que o § 2.º do artigo 2.º da já mencionada lei, que previa a possibilidade de representação em cinco dias perante o Supremo Tribunal Federal, em caso de indeferimento do pedido do interessado por parte do Procurador-Geral da República, foi também vítima de veto presidencial.

Não obstante a importância das referidas críticas, passemos às espécies de legitimação.

A legitimação ativa pode ser universal ou especial. A mencionada divisão refere-se a exigência ou não da pertinência temática, que na lição de Alexandre de Moraes (2003, p. 624) “é o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”. Em outras palavras, é o interesse de agir em determinadas situações de lesão a preceito fundamental.

Legitimidade universal é aquela em que os legitimados, em razão de suas atribuições, não precisam satisfazer os requisitos da pertinência temática. São eles:

o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, Congresso Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional.

Já a legitimidade especial é aquela em que os legitimados precisam satisfazer o requisito da pertinência temática. São eles: o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a Mesa da Assembléia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, a confederação sindical e as entidades de classe de âmbito nacional.

No que concerne à legitimidade passiva, serão legitimadas as autoridades ou os órgãos do Poder Público responsáveis pela edição, omissão ou realização do ato impugnado.

De acordo com a Carta Magna, em seu artigo 102, § 1.º, "a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal será julgada pelo Supremo Tribunal Federal". Assim sendo, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal julgar a ADPF intentada contra atos do Poder Público que firmam ou possam vir a ferir preceito constitucional fundamental.

Discute-se, ainda, acerca da possibilidade das Constituições Estaduais estabelecerem o instituto da arguição para defesa de seus preceitos fundamentais.

Para Cunha Júnior (2003, p. 66) isto é plenamente possível, tanto que opina:

Somos integralmente concordes com essa possibilidade, com base no critério da simetria, de modo que as Cartas Estaduais podem perfeitamente introduzir em seus sistemas de defesa da supremacia de suas normas, a arguição de descumprimento em tela, para a proteção específica dos preceitos fundamentais que consagra. Nesse caso, a competência para julgá-la certamente caberá, com exclusividade, aos Tribunais de Justiça.

Se a Constituição Federal instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental e as Constituições Estaduais nela podem se espelhar sem contrariá-la, nada impede que, analogicamente, permita-se à instituição da arguição para

proteção dos preceitos fundamentais dos Estados-membros. Decerto, caberá aos Tribunais de Justiça dos Estados o seu julgamento. Com efeito, já temos como exemplo Alagoas e Rio Grande do Norte.

#### 4.2 Modalidades da Arguição

A Lei n.º 9.882/99 em seu artigo 1.º previu dois ritos distintos para o processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No *caput* do referido artigo estabeleceu um processo de natureza objetiva e no inciso I, parágrafo único do mesmo artigo um processo de natureza subjetivo-objetiva.

Senão, vejamos a lição de Cunha Júnior (2004, p. 573):

Estabeleceu, assim, (a) um processo de natureza objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de qualquer controvérsia, para a defesa exclusivamente objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público e (b) um processo de natureza subjetivo-objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, em razão de uma controvérsia constitucional relevante, em discussão perante qualquer juízo ou tribunal, sobre a aplicação de lei ou ato normativo do poder público questionado em face de algum preceito fundamental.

A arguição direta ou autônoma é aquela que deriva do processo de natureza objetiva e a arguição incidental é a proveniente do processo de natureza subjetivo-objetiva.

Convém ressaltar que a referida distinção refere-se apenas aos ritos que serão seguidos, desta forma, não há de se falar em dois tipos de arguição, ou ainda, que a lei instituiu duas modalidades. A referida diferenciação, que é meramente processual, é feita pela doutrina e refere-se especificamente aos pressupostos que são exigidos para uma e para a outra modalidade de arguição de descumprimento.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental em sua modalidade direta ou autônoma é uma ação característica do controle abstrato de

constitucionalidade, à similitude da ação direta de inconstitucionalidade (Adin), da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Lei 9.882/99, ao regulamentar o § 1.º do artigo 102 da Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 4.º, § 1.º, que a ADPF autônoma somente deve ser utilizada quando essas outras ações não forem admissíveis, ou não se revelem eficazes para afastar ou impedir lesão a preceito fundamental da Constituição Federal.

Já a arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental da forma como concebida nos artigos 5.º, § 3.º, e 6.º, § 1.º da lei supracitada, apresenta-se como uma ferramenta apta a possibilitar a passagem direta e imediata ao Supremo Tribunal Federal de uma celeuma constitucional relevante, discutida no âmbito das instâncias judiciais ordinárias, desde que envolva a interpretação e a aplicação de um preceito constitucional fundamental.

Todavia, a Corte Suprema ao apreciar a arguição incidental opera uma “separação” entre a questão de natureza constitucional e as demais questões levantadas e debatidas pelas partes no caso concreto. O Supremo Tribunal Federal, portanto, limita-se a observar a problemática constitucional, devendo resolver essa questão de forma prática e eficaz, sem, contudo, manifestar-se acerca do objeto e da pretensão ligada ao caso concreto, o que cabe, sem sombra de dúvidas aos órgãos judiciários inferiores.

Vale, porém, observar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que ocorre nas demais decisões proferidas em sede de controle difuso através do incidente de inconstitucionalidade, vinculará não apenas o julgamento do caso concreto do qual emanou, mas também, a todos os outros sob

os quais pese a necessidade de se resolver a questão semelhante. Isso se depreende da leitura do artigo 10 e § 3.<sup>o</sup><sup>7</sup> da Lei 9.882/99.

Assim, o intuito do legislador ordinário foi possibilitar que a Corte Suprema antecipe decisões que versem sobre questões constitucionais relevantes, que anteriormente só chegavam a seu conhecimento muito depois, após um longo e moroso processo, que passa por todas as censuráveis vias recursais. Impede-se com isso, que se gere um clima de incerteza e insegurança jurídica proveniente de decisões conflitantes e ainda, um congestionamento de ações nos tribunais.

Destarte, as considerações feitas em relação aos requisitos da petição inicial, a legitimidade e a competência, aplicam-se às duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental acima tratadas.

#### 4.3 Da Decisão Cautelar e seus Efeitos

A possibilidade de decisão cautelar em sede de jurisdição constitucional retira seu fundamento do vasto poder geral de cautela que é dado pela Constituição Federal ao Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional. Desta feita, é pertinente à arguição de descumprimento de preceito fundamental a possibilidade de concessão de medida cautelar. Vejamos então, o escoreito ensinamento trazido à colação por Walter Claudius Rothenburg (2001, p. 231):

Da simples enunciação do cabimento da arguição de descumprimento tanto para evitar quanto para reparar lesão a preceito fundamental, extrai-se a possibilidade de tutela jurisdicional liminar e/ ou cautelar. Essa possibilidade já está ínsita ao princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5.<sup>o</sup>, XXXV, da Constituição, que alude à 'lesão ou a ameaça a direito') e encontra valiosa ilustração na previsão cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, p): se até o controle concentrado tradicional de constitucionalidade admite a tutela imediata, com muita maior

<sup>7</sup> Art. 10, § 3.<sup>o</sup>, da Lei 9.882/99: "A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público".

razão a nova modalidade de controle concentrado ( e eventualmente concreto).

Nos ensina Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 329):

A tutela cautelar fundamenta-se na segurança e garantia do eficaz desenvolvimento das demais atividades jurisdicionais (cognição e execução), criando condições para que seja atingido o escopo geral da jurisdição, assegurando o resultado do processo principal e eliminando situações de perigo.

Pois bem, se é admitida à decisão cautelar em jurisdições ordinárias, máxime em se tratando de jurisdição constitucional, onde os interesses e a segurança jurídica pertinentes a essa espécie de jurisdição são extremamente primordiais, supremos, haja vista emanarem da Carta Máxima.

Para a operação imediata do provimento cautelar é mister o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2002, p. 317), e em sede de jurisdição constitucional, a medida cautelar concedida pelo Supremo tribunal Federal condiciona-se aos seguintes requisitos (CLÉVE, 2000, apud MANDELLI JÚNIOR, 2003):

(a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

Ademais, a lei 9.882/99 previu expressamente em seu artigo 5.º a possibilidade de concessão de medida cautelar, *in verbis*: "O STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental".

Depreende-se do acima transcrito que a competência para a concessão da medida cautelar exige um *quorum* de maioria absoluta dos Ministros do STF. Convém diferenciar o *quorum* de instalação, previsto no artigo 8.º da referida lei: "a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será

tomada se presente na sessão pelo menos dois terços dos Ministros”, o que perfaz um mínimo de oito Ministros, do *quorum* de concessão (deferimento da pretensão) de maioria absoluta, onde é exigido um mínimo de seis Ministros. Em outras palavras, para que seja proferida qualquer decisão em relação à Arguição de Descumprimento devem estar presentes pelo menos oito Ministros, todavia, para a concessão da medida cautelar exige-se que pelo menos seis dos Ministros convirjam pelo deferimento.

Em casos extremos, conforme o artigo 5.º, § 1.º, da Lei 9.882/99, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”.

No que toca aos efeitos da decisão cautelar o § 3.º do artigo 5.º da mencionada lei estabelece:

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

Aduz o legislador que ao ser concedida medida liminar poderá ser suspenso o andamento do processo ou os efeitos das decisões judiciais proferidas, salvo as decorrentes da coisa julgada e que também poderão ser suspensos as outras medidas que apresentem relação com a ADPF, a exemplo de qualquer outro ato do Poder Público que lesione ou ameace lesionar preceito constitucional fundamental.

Assim aconteceu na liminar deferida na ADPF 10-AL, publicada no Diário da Justiça da União em 13.09.2001, onde o relator Ministro Maurício Corrêa deferiu a primeira liminar em arguição de descumprimento (DJU, 2001 apud MANDELLI JÚNIOR). Vejamos:

[...] 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

sequestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas. Ante tais circunstâncias, com base no art. 5.º, § 1.º, da Lei 9.882/99, defiro, *ad referendum* do Tribunal Pleno, o pedido cautelar e determino a *suspensão (grifo nosso)* da vigência dos arts. 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de 30.04.1981, e, em consequência, ordeno seja *sustado (grifo nosso)* o andamento de todas as reclamações ora em tramitação naquela Corte e demais decisões que envolvam a aplicação dos preceitos ora suspensos e que não tenham ainda transitado em julgado, até o julgamento final desta arguição. Comunique-se, com urgência, ao Governador do Estado de Alagoas e ao Presidente do Tribunal de Justiça Estadual.

Antes da decisão da medida cautelar poderá o relator, se entender necessário, ouvir as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República em um prazo comum de cinco dias.

#### 4.4 Da Decisão Final e seus Efeitos

A decisão final da arguição de descumprimento de preceito fundamental está ligada ao pedido e à existência do descumprimento de preceito constitucional fundamental, pelo ato do Poder Público.

No que se refere ao *quorum* de instalação e de decisão ou julgamento, aplica-se à decisão final o que foi explicitado em relação à decisão cautelar na subseção anterior. Isso porque o § 1.º do artigo 8.º da Lei 9.882/99, que previu um *quorum* idêntico ao da instalação, ou seja, dois terços dos Ministros, fora vetado no momento da deliberação executiva. Isto posto, impõe-se a aplicação do artigo 97 da Constituição Federal<sup>8</sup>, que exige voto da maioria absoluta dos Ministros do STF. Essa solução é fortalecida pelo fato de que, se para julgar a decisão cautelar é

<sup>8</sup> Art. 97 da Constituição Federal. 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.

necessário maioria absoluta, seria um contra-senso que para a decisão final somente fossem exigidos dois terços. Nesse ponto, foi feliz o veto presidencial.

Antes de julgar a ação deverá o relator solicitar informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado, que disporão de um prazo de dez dias para prestá-las, já após o julgamento da ação o Supremo Tribunal Federal comunicará às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato impugnado “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

Convém ressaltar que não cabe recurso da decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a referida decisão não pode ser objeto nem de ação rescisória.

O artigo 11 da referida lei estabelece que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá o STF, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, pela maioria de dois terços dos votos de seus Ministros, restringir os efeitos da declaração e decidir a partir de quando ela terá eficácia.

A decisão final da arguição de descumprimento produz eficácia oponível *erga omnes*, ou seja, confere uma força obrigatória geral à decisão. Observe-se, também, que a referida decisão possui efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

É cabível reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para exigir o cumprimento das decisões por ele proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, isto se depreende da leitura do artigo 14 da Lei 9.882/99.

## CAPÍTULO 5

### DA SUBSIDIARIEDADE

A Constituição Federal, segundo ensina Kelsen (2000, p.247) em sua teoria do escalonamento jurídico, encontra-se no ápice da pirâmide hierárquica das normas, constituindo, o fundamento supremo de todas as demais normas jurídicas.

A Carta Magna se sobressai do restante do ordenamento jurídico estatal como norma maior, na lição de Canotilho (1997, p. 826), porque:

[...] ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*), quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos da vida humana. A idéia de Constituição como norma reguladora da produção jurídica (*superlegalidade formal*) justifica a tendencial rigidez das Leis Fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, 'agravadas' ou 'reforçadas' relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição (*superlegalidade material*). Da conjunção dessas duas características – superlegalidade formal e superlegalidade material da Constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, que encerra a idéia de que os atos normativos só estarão conformes a Constituição quando não violarem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

Desta feita, observa-se que todas as normas do ordenamento jurídico devem estar materialmente e formalmente em conformidade com a Constituição sob pena de desrespeitar os princípios da supremacia e da imperatividade constitucional.

O legislador pátrio, buscando subsídios da Verfassungsbeschwerde e do Recurso de Amparo, institutos do direito alemão e do direito espanhol respectivamente, condicionou a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental ao prévio esgotamento das vias judiciais, esculpindo a regra segundo a qual “não será admitida argüição de descumprimento de preceito

fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Lei 9.882/99, art. 4.º, § 1.º).

O citado regramento consagra o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental em nossa jurisdição constitucional, pelo qual a argüição só será admitida quando não houver outro meio eficaz, célere, hábil a sanar totalmente e terminantemente, a lesão ou ameaça de lesão a preceito constitucional fundamental.

Com efeito, o legislador constituinte ao inserir a argüição de descumprimento de preceito fundamental na Constituição Federal de 1988 destinou um espaço especial para que a mesma possa servir unicamente e exclusivamente aos preceitos constitucionais fundamentais, que são os preceitos mais importantes e relevantes para a manutenção e própria subsistência do ordenamento jurídico constitucional. Dessa forma, procurou separar a argüição das demais ações existentes no âmbito constitucional dando a ela o caráter especial de zelar pelos preceitos constitucionais fundamentais, da seguinte maneira: *“A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”* (art. 102, § 1.º da CF/88).

Seguindo esse raciocínio, observa-se que o constituinte posicionou a argüição de descumprimento de preceito fundamental em um lugar à parte em relação às demais, destinando-a à proteção dos preceitos fundamentais e colocando a ação direta de inconstitucionalidade e a *novel* ação direta de constitucionalidade, em segundo plano no que se refere a proteção dos preceitos constitucionais magnos.

Como pôde o legislador ordinário, ao estatuir a Lei 9.882/99 limitar a atuação da argüição de descumprimento de preceito fundamental - “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro

meio eficaz de sanar a lesividade” (art. 4.º, § 1.º) - , se assim não o fez o legislador constitucional ? Vale ressaltar que o legislador assim não procedeu porque não quis, porque esta não era a sua intenção. A intenção do legislador constituinte ao estatuir a arguição, era a de que ela fosse uma ação de jurisdição constitucional especial, já que preservaria os mais importantes preceitos constitucionais: os fundamentais.

Tal afirmação não é somente nossa e encontra apoio nas lições de André Ramos Tavares (2001, p. 233/234) para quem a arguição é cabível sempre, absolutamente sempre, desde que haja violação a preceito fundamental, devendo haver exclusão das demais medidas existentes no sistema processual constitucional.

Afirma o autor:

[...] não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da arguição, o mais coerente e constitucionalmente admissível será para ela desviarem-se todos – insista-se uma vez mais – todos os casos de descumprimento de preceitos fundamentais da Constituição. É o que impõe a própria sistemática constitucional. Com essa estruturação a medida estaria, como se percebe angariando parte do que, historicamente, tem pertencido à ação chamada genérica [...].

E diz mais (2001, p. 45):

A arguição [...] não é instituto com caráter residual em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para o 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 a vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a arguição será modalidade cabível, o que exclui as demais ações.

A arguição de descumprimento, vale ressaltar, ocupa uma posição de destaque no sistema de controle abstrato de controle de constitucionalidade, pois foi instituída para defesa, com exclusividade, dos preceitos constitucionais fundamentais.

Ademais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental jamais foi relegada pelo constituinte de 1988, é o que se descola dos ensinamentos de Cunha Júnior (2004, p. 619):

[...] a uma indigna e humilhante posição de ação secundária ou residual. A Constituição em hipótese alguma autoriza essa interpretação, sobretudo quando temos consciência de que a arguição foi originada da mesma fonte – poder constituinte originário – da qual resultou a ação direta de inconstitucionalidade, e nem por isso se onerou esta última da pecha de ação subsidiária. Por que então esse tratamento com a arguição? E por que não também com a ação declaratória de constitucionalidade, que foi originada, inclusive, a partir de mera reforma constitucional? Não há, assim, argumento jurídico que sustente, validamente, à luz do texto constitucional, a prevalência de um instituto sobre o outro.

Por essa perspectiva, não podemos entender como o legislador ordinário pode rebaixar a arguição de descumprimento de sua posição inicial no sistema de defesa dos preceitos fundamentais, para dar-lhe um caráter meramente subsidiário. Poderíamos imaginar que o legislador ordinário assim procedeu com o intuito de compor os espaços vazios não absorvidos pela ação direta de inconstitucionalidade, contudo, se para isso o fez, foi em desacordo com a Constituição Federal de 1988, o que é inadmissível, haja vista a supremacia e a imperatividade das normas constitucionais.

Entretanto, para Gilmar Ferreira Mendes (2002, p. 408) a subsidiariedade é admissível. Vejamos:

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 caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou 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.

Para Cunha Júnior (2004, p. 620) o caráter subsidiário somente é constitucional se aplicado em relação à arguição de descumprimento incidental, não sendo cabível, na modalidade direta ou autônoma. Afirma o autor:

Sem embargo dessas considerações, cremos que outro deve ser o entendimento em relação à arguição interposta como incidente de um processo concreto. E assim acreditamos porque, nesse caso, o legislador ordinário conferiu à arguição um processamento extraordinário, em virtude do qual se permite o trânsito direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal de questões constitucionais relevantes, ainda discutidas pelas partes numa demanda em curso nas instâncias judiciais ordinárias. Razão por que é de

se ter presente, para a modalidade específica da arguição incidental, o caráter subsidiário, nos mesmos moldes aliás, dos institutos do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo espanhol, que lhe serviram de inspiração. A não ser assim, estar-se-ia alçando o Supremo Tribunal Federal a uma Corte de 3.<sup>a</sup> instância ou de supercassação das decisões judiciais proferidas pelas instâncias ordinárias. De consequência, existindo nas instâncias ordinárias, meio eficaz para afastar, pronta e definitivamente, a lesão a preceito fundamental, não se admitirá arguição incidental.

O Supremo Tribunal Federal já adotou este entendimento, e isto é o que se depreende da leitura de parte dessa decisão (DJU, 2001, apud Cunha Júnior, 2003, p. 620):

ADPF n.º 17-AP, Rel. Min. Celso de Mello. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que este postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Esse também é o entendimento de Celso Bastos (2001, p. 84):

A possível subsidiariedade da medida da arguição deve ser compreendida de maneira a não nulificar este novo instituto. Este terá incidência nos casos em que a celeridade dos meios existentes não refletir desejável correlata efetividade destes. [...] É necessário, pois, impedir que se mantenha a orientação redutora da arguição, cujo desenho constitucional e fórmula legalmente estabelecida estão a exigir maior amplitude e efetividade para o instituto.

Infelizmente o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo indiscriminadamente a norma prescrita no artigo 4.º, § 1.º da Lei 9.882/99, pois deixou de conhecer várias arguições já interpostas, com a justificativa de existir outros meios capazes de sanar, ou ainda, evitar, lesão a preceito fundamental. Das 42 (quarenta e duas) arguições já interpostas até a presente data, seis delas não foram admitidas em razão da subsidiariedade<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Foram as seguintes: ADPF 03/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18.05.2000, DJU de 02.06.2000; ADPF 12/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 20.03.2001, DJU de 26.03.2001, p.3; ADPF 13/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 29.03.2001, DJU de 05.04.2001, p.4; ADPF 17/AP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.09.2001, DJU de 28.09.2001, p. 64; ADPF 18/CE, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 24.09.2001, DJU de 02.10.2001, p.36 e ADPF 39/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 26.02.2003, p. 83.

A Corte Suprema vem se pronunciado em consonância com a fundamentação utilizada pelo Ministro Celso de Mello ao apreciar a ADPF 17-AP (DJU, 2001 apud Cunha Júnior, p.623/624):

O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei 9.882/99, art. 4.º, § 1.º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que este postulado possa legitimamente incidir – impedindo desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional. – A norma inscrita no art. 4.º, § 1.º da Lei 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.

E continua:

[...] o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público.

Ao que nos parece o Supremo Tribunal Federal vem tentando evitar o total esvaziamento da arguição, em decorrência da aplicação inadequada e indiscriminada da regra da subsidiariedade. Contudo, se o *novel* instituto não for efetivamente aplicado graças a subsidiariedade prevista no artigo 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/99, estará certamente fadado ao absoluto insucesso.

Isso também se percebe nas palavras de Cunha Júnior (2003, p. 624/625):

Assim a sorte da arguição de descumprimento irá depender de uma interpretação adequada do significado e alcance da subsidiariedade prevista naquele dispositivo, uma interpretação que não pode ser, evidentemente, de cunho rigorosamente literal, sob pena de ser cancelada toda a virtude que o instituto apresenta.

Dessa forma, é necessário que o Supremo Tribunal Federal imbuído na sua função máxima de proteção da Constituição, atribua a arguição de descumprimento de preceito fundamental à efetivação querida pelo legislador constituinte originário, desconsiderando, pois, o caráter subsidiário previsto na lei ordinária, e encare o *novel* instituto como o instrumento mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais e da Constituição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a sua introdução no direito brasileiro a jurisdição constitucional pátria vem sofrendo profundas alterações, colmatadas em um controle de constitucionalidade complexo, que pode se apresentar de forma difusa ou concentrada e manifestar-se concreta ou abstratamente através da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Tais modificações possibilitaram, por exemplo, o controle abstrato de constitucionalidade do direito ordinário preexistente, do direito municipal confrontado diretamente em face da Constituição Federal e dos atos normativos secundários (infralegais), tudo em moldes similares ao que já vinha acontecendo na Alemanha, Áustria, Espanha e Estados Unidos.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituto previsto constitucionalmente, tem como parâmetro de sindicabilidade os preceitos constitucionais fundamentais, revelados como normas constitucionais magnas, e possibilita um alargamento do controle de constitucionalidade, da liberdade e igualdade social a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, podemos indicar como preceitos constitucionais fundamentais: os princípios fundamentais do título I; os direitos e garantias fundamentais (não apenas os existentes no título II, haja vista que estão espalhados por todo o texto constitucional); os princípios constitucionais sensíveis (artigo 34, VII); as cláusulas pétreas explícitas (artigo 60, § 4.º, incisos I a IV) e as implícitas; e as normas de organização política do Estado (título III) e de organização dos próprios Poderes (título IV), todos da CF/88 vigente.

Com efeito, o artigo 102, § 1.º, da Constituição Federal, norma instituidora da ação de descumprimento, carecia de regulamentação, o que foi feito pela Lei 9.882/99 que prevê duas modalidades para a referida ação: a argüição direta ou autônoma e a argüição incidental. Tais ações distinguem-se, fundamentalmente, todavia, apenas no tocante aos ritos procedimentais a serem seguidos, ou seja, a diferenciação é meramente processual, não se podendo, pois, falar na existência de duas argüições de descumprimento de preceito fundamental.

Os objetos sindicáveis pelo instituto são os atos do Poder Público, sejam eles normativos, sejam eles de efeito concreto - inclusive os omissivos - desde que lesionem ou ameacem lesionar os preceitos constitucionais fundamentais e, segundo o legislador ordinário, somente será interposta se não existir outro meio eficaz para sanar a lesividade. O instrumento tem, portanto, de acordo com a Lei 9.882/99, em seu artigo 4.º, § 1.º, um caráter subsidiário.

O dispositivo normativo ordinário supracitado abordou a legitimidade para interpor a argüição rezando: "Art. 2.º Podem propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental: os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade", e estabeleceu, ainda, os efeitos da decisão cautelar e final em seus artigos 10 a 13.

Neste trabalho se defende que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 4.º, § 1.º, da Lei 9.882 - previsão legal do caráter subsidiário da argüição - tão-somente por se entender que jamais uma norma ordinária pode contrariar, ou ainda, limitar a atuação de uma norma constitucional (neste caso o artigo 102, § 1.º da CF/88) que convém ressaltar, é fruto da vontade do legislador constituinte originário, sob pena infringir os princípios da supremacia e imperatividade da Constituição.

Observe-se ainda, que a intenção do legislador constituinte originário era criar uma ação especial para a proteção dos maiores e mais importantes preceitos

constitucionais. Como pôde então o legislador ordinário limitar a aplicação da argüição de descumprimento, dando-lhe um caráter secundário, se esta, em momento algum, foi a intenção do legislador constituinte originário?

Dessa forma, é necessário que o Supremo Tribunal Federal proceda como *sede de Constituição*, desgarre-se dos antigos dogmas e enfrente-o novo com uma visão moderna para dar à argüição de descumprimento de preceito fundamental a efetividade merecida, pois o mais adequado instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição não pode, em hipótese alguma, ter limitada a sua aplicação, desmerecendo a vontade da Constituição.

Terminada a pesquisa, resta-nos a expectativa de que ela possa, de alguma forma, contribuir para a formação de uma ciência constitucional moderna e libertadora, fundamentada em uma jurisdição constitucional ampla e que defenda a força normativa da Constituição de forma ilimitada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Resende de. "O nó górdio do sistema misto". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 180-197.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ive Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 9 v.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 77-84.

BRASIL, *Constituição Federal: coletânea de legislação administrativa / organizadores Odete Medauar e Maurício Antonio Ribeiro Lopes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.868 de 13 de dezembro de 1994. *Coletânea de legislação administrativa / organizadores Odete Medauar e Maurício Antonio Ribeiro Lopes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999. *Coletânea de legislação administrativa / organizadores Odete Medauar e Maurício Antonio Ribeiro Lopes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Noções sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua natureza jurídica*. Publicado no Juris Síntese n.º 23, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. "A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a nova jurisdição constitucional brasileira". In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (coord.). *Estudos de direito constitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2003. p. 43-94.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, Júlio Aurélio Viana. *Lições de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 172-179.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 128-149.

\_\_\_\_\_. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, Ação popular, "Habeas Data", Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. "Comentários a Lei n.º 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 15-37.

MOTTA, Sylvio. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: [http://www.Vemconcursos.com/pinoao/index.phtml?page\\_ordem=recentes&page\\_id=210&page\\_parte=1](http://www.Vemconcursos.com/pinoao/index.phtml?page_ordem=recentes&page_id=210&page_parte=1). Acesso em: 07out.2003.

OBIOL, Salvador. *Moderno dicionário enciclopédico brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Educacional Brasileira.

RAMOS, Elival da Silva. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 109-127.

ROTHENBURG, Walter Claudius. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 198-237.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 150-171.

SARMENTO, Daniel. "Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n.º 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85-108.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. "Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei". In: \_\_\_\_\_. André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n.º 9.882/99*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 150-171.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.