



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

HILDERNANDO LEANDRO DE MENEZES

ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E PROCESSUAIS DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

SOUSA - PB
2006

HILDERNANDO LEANDRO DE MENEZES

ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E PROCESSUAIS DA 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 Esp. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2006

HILDERNANDO LEANDRO DE MENEZES

ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E PROCESSUAIS DA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Esp. Jacyara Farias Souza
Orientador(a)

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
Novembro-2006

À Livia. Camila e Lucas, o futuro.

"Todo direito que existe no mundo foi alcançado através da luta; seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados em um combate contra legiões de opositores; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma através de uma disposição ininterrupta para a luta.

O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustém em uma das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança."

(Rudolf Von Ihering, *A Luta pelo Direito*)

RESUMO

O estudo do controle de constitucionalidade é um dos mais importantes do mundo do Direito; visto que, todo o complexo jurídico está em consonância com a Constituição, sendo inaceitável a validade de uma regra jurídica em discordância com a Lei Maior. Tal premissa é a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, uma vez que, todos os comandos legais inferiores têm que estar em concordância com as normas de grau superior, que é a Constituição. A Constituição de 1988 estabeleceu, originariamente no parágrafo único de seu art. 102, que ao Supremo Tribunal Federal caberia apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, na forma em que a lei dispusesse. Nesta seara, o presente estudo tem por objeto a análise do instituto que regulamentou o mencionado dispositivo constitucional, sob um enfoque crítico, identificando as vantagens e desvantagens, demonstrando claramente sua aplicação na atual conjectura do controle concentrado de constitucionalidade de normas. A importância deste estudo é latente, uma vez que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulada através da Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999, veio completar o quadro de ações abstratas. Como prevista na Lei, a arguição tem caráter subsidiário, podendo ser proposta contra qualquer ato do Poder Público, estes não apenas normativos, inclusive leis e atos normativos municipais e anteriores a Constituição, ou seja, pré-constitucionais, tendo em vista o fim de impedir violação de preceito constitucional (forma preventiva) ou reparar lesão causada pela violação (forma repressiva). Deduz-se o conceito de preceito fundamental, bem como prevê hipótese de regulamentação temporal dos efeitos da decisão cautelar e final, frente aos órgãos do Poder Público e rol de legitimados a propô-la. Com a arguição de descumprimento de preceito fundamental acabou sendo concretizado no Brasil um processo puramente objetivo, cuja característica de subsidiariedade acaba por transformá-la em uma ação destinada precipuamente ao controle de atos não-normativos e leis e atos normativos municipais e pré-constitucionais, quando estes violem preceito fundamental.

Palavras-chave: controle abstrato. preceito fundamental e inconstitucional.

ABSTRACT

The study of the constitutionality control he is one of most important of the world of the Right; since, all the legal complex is in accord with the Constitution, being unacceptable the validity of a rule of law in discord with the Law Biggest. Such premise is the guarantee of the basic rights of the citizen, a time that, all the inferior legal commands have that to be in agreement with the norms of superior degree, that is the Constitution. The Constitution of 1988 established, originariamente in the only paragraph of its art. 102, that to the Supreme Federal Court it would fit to appreciate the challenge of descumprimento of decurrent basic rule of the Constitution, in the form where the law made use. In this seara, the present study has for object the analysis of the institute that regulated the mentioned constitutional device, under a critical approach, identifying to the advantages and disadvantages, demonstrating clearly its application in the current conjectura of the intent control of constitutionality of norms. The importance of this study is latent, a time that the challenge of descumprimento of basic rule, regulated through Law 9,882 of 03 of December of 1999, came to complete the picture of abstract actions. As foreseen in the Law, the challenge it also has subsidiary character, being able to be proposal against any act of the Public Power, these not only normative, municipal and previous laws and normative acts the Constitution, that is, daily pay-constitutional, in view of the end to hinder breaking of constitutional rule (preventive form) or to repair injury caused for the breaking (repressive form). The concept of basic rule is deduced, as well as foresees hypothesis of secular regulation of the effect of the action for a provisional remedy and final decision, front to the agencies of legitimated the Public Power and roll of propô it. With the challenge of descumprimento of basic rule it finished being materialize in Brazil a purely objective process, whose characteristic of subsidiariedade finishes for precipuamente transforming it into an action destined to the control of not-normative acts and municipal laws and normative acts and daily pay-constitutional, when these violate rule basic.

Word-key: abstract control. basic and unconstitutional rule.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	10
1.1 Noções de controle de constitucionalidade	10
1.2 Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil.....	11
1.3 Controle de constitucionalidade à luz do direito comparado.....	15
1.3.1 Institutos semelhantes à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	15
1.3.1.1 Alemanha: a <i>Vesfassungsbeschwerde</i> ou recurso constitucional alemão.....	15
1.3.1.2 Espanha: o recurso de amparo espanhol.....	17
1.4 Da criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no ordenamento jurídico pátrio.....	18
CAPÍTULO 2 NOÇÕES DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA CONSTITUIÇÃO.....	20
2.1 Natureza jurídica da ADPF e seu fundamento constitucional.....	20
2.2 Conceito de preceito fundamental.....	21
2.3 Objeto da ação.....	27
2.3.1 Atos do Poder Público.....	28
2.3.1.1 Atos Políticos.....	28
2.3.1.2 Atos realizados por particulares no exercício de atividades públicas... ..	30
2.3.2 Leis e atos normativos municipais e distritais	31
2.3.3 Normas anteriores à Constituição.....	33
2.4 Espécies de ADPF.....	34
2.4.1 Quanto ao momento de sua propositura.....	34
2.4.2 Em relação a sua natureza.....	35
CAPÍTULO 3 ASPECTOS PRINCIPAIS DO PROCESSO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	37
3.1 Princípio da subsidiariedade.....	37
3.2 Da legitimidade ativa	39
3.3 Requisitos da petição inicial e procedimento.....	41
3.4 Medida liminar em sede de ADPF.....	46
3.5 Efeitos da decisão proferida na ADPF.....	47
3.5.1 Efeitos <i>erga omnes</i> e vinculante aos órgãos do Poder Público.....	48
3.5.2 Efeitos <i>ex nunc</i> ou <i>ex tunc</i>	50
3.5.3 Efeito repristinatório.....	51
3.6 Reclamação e ação rescisória.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS.....	56
ANEXOS.....	59

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, na seção que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, especificamente em seu art. 102, §1º, em razão das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional Nº 3 de 1993, trata, em termos singelos, de inovador instrumento de aferição da constitucionalidade, a denominada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

Disciplinada tardiamente através da Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, o dispositivo ordinário trata da regulamentação de matéria de alto grau de complexidade, visto que a ADPF veio acirrar as possibilidades de discussão pela Suprema Corte em face dos contornos de sua propositura sob o enfoque do instituto.

Repleto de pontos de extremo inconformismo, as discussões pairam em torno de vários aspectos contidos na Lei, bem como acerca da precisa acepção do termo "preceito fundamental".

O objetivo deste trabalho é analisar o instituto em apreço, em face destas questões polêmicas, indagando se a Lei que regulamentou a arguição atingiu os fins desejados, ou, se não logrou êxito, quais as falhas que, em tese, podem ser apontadas.

Com estes objetivos, estudar-se-á, inicialmente, o sistema de controle de constitucionalidade, enfocando seu aspecto histórico, bem como citando mecanismos similares a arguição na legislação alienígena. Procurar-se-á, também, conceituar o significado da expressão "preceito fundamental", em seguida analisando os aspectos processuais em sua essência, a legitimação para

sua propositura, suas formas, a decisão final e seus efeitos e a vinculação quanto aos órgãos do Poder Público.

Por fim, serão analisadas, de forma primária, as reclamações decorrentes do descumprimento das decisões proferidas pelo STF e a irrecorribilidade dos feitos, dando destaque a impossibilidade de ação rescisória nesta seara.

Tema de infinitas possibilidades, o presente estudo justifica-se pelo fato de tratar-se de um instrumento relativamente novo de controle de constitucionalidade, cujos principais aspectos serão aqui brevemente analisados.

CAPITULO 1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

1.1 Noções de controle de constitucionalidade

O conceito de controle de constitucionalidade corresponde à verificação da adequação de um ato jurídico, seja normativo ou administrativo, à Constituição.

Em outras palavras é um sistema jurídico imposto pela própria carta magna para garantir mecanismos e procedimentos especialmente destinados a impugnar atos ou normas incompatíveis com ela, de forma a garantir a harmonia da estrutura jurídica de um país.

Ligado a idéia de supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico, bem como à de rigidez constitucional e proteção aos direitos fundamentais, o controle em apreço denota um escalonamento normativo necessário, onde o texto maior, ou seja, a Constituição ocupa o ápice normativo.

A noção contemporânea de controle de constitucionalidade tem como pressuposto a existência de um texto rígido, tal liame é tamanho que no Estado onde inexistir o controle a Constituição será flexível, por mais que esta se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

A rigidez tem como conseqüência imediata o princípio da supremacia constitucional, este imperioso frente a dispositivos incompatíveis, tornando-se necessário que um órgão, independente do órgão encarregado da função normativa, fiscalize se a norma inferior esta ou não contrariando seu texto, para o fim de retirá-la do mundo jurídico e, conseqüentemente, restabelecer a harmonia.

Desta feita, sempre que tal órgão estiver realizando este confronto estará efetivando o denominado "controle de constitucionalidade".

Paulo e Alexandrino (2003, p. 07) argumentam que:

No plano axiológico, podemos situar o controle como, simultaneamente, base e corolário: (1) de um Estado Democrático de Direito; (2) do princípio da separação de poderes; (3) da garantia maior do indivíduo frente ao Estado na proteção de seus direitos fundamentais; (4) da garantia da rigidez e supremacia da constituição.

Moraes (2002, p. 578) cita com muita propriedade o conceito de Hans Kelsen quanto ao controle das leis, senão vejamos:

O Controle de Constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinado ser deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

1.2 Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição Imperial de 1824, marcada por preceitos ideológicos franceses de separação rígida entre poderes, não consagrava qualquer sistema de controle de constitucionalidade, outorgava, tão somente, ao Poder Legislativo a prerrogativa de fazer leis, interpretá-las e revogá-las, bem como para velar na guarda da constituição, inexistindo, assim, o mais rudimentar modelo de controle, posto que se tal prerrogativa fosse conferida a um dos poderes, ter-se-ia, segundo àquela concepção, a cisão do equilíbrio e harmonia que deveria existir entre eles a fim de impedir abusos derivados da concentração de poderes.

O início do controle judicial, no Brasil, ocorreu com a promulgação da Constituição de 1891, esta profundamente influenciada pelo constitucionalismo dos Estados Unidos da América.

Diversamente da anterior, o texto de 1891 abandonava o sistema estritamente político no qual somente o legislativo realizava a fiscalização da validade de suas leis, passando a outorgar competência ao Poder Judiciário para afastar a aplicação, em face de um caso concreto, de lei conflitante com o texto pátrio.

Neste limiar, inaugura-se o sistema de controle difuso no Brasil, em que a aferição da compatibilidade das leis com a Constituição é possível mediante provocação dos litigantes diretamente interessados, por via incidental, aos órgãos do Poder Judiciário, federais ou estaduais.

Portanto, não havia, ainda, possibilidade de arguição de inconstitucionalidade abstrata.

O texto de 1934, promulgado após a Revolução Constitucional de 1932, trouxe importantes inovações: o recurso para o STF passou a ser denominado de recurso extraordinário; firmou-se a prerrogativa do senado suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo e inaugurou-se o controle concentrado ou abstrato com a criação da ação de inconstitucionalidade interventiva, sendo legitimado o Procurador Geral da República.

Bastos (1999, p. 401) assevera em sua obra Curso de Direito Constitucional que:

Grande passo foi assim dado no sentido da implantação do controle de constitucionalidade por via de ação e não apenas de exceção. O sistema defendido pela Constituição de 1934 já permitia o alargamento dos efeitos da decisão judicial, após intervenção do Senado Federal, que passou dessa maneira a

suspender para todos os casos os efeitos do ato infraconstitucional, e não apenas naquele *sub judice*.

A Constituição do Estado Novo (1937), como se deu em praticamente todos os campos, notabilizou-se principalmente por possibilitar ao chefe do Poder Executivo submeter ao congresso lei declarada inconstitucional pelo STF, sendo que, caso obtida a confirmação do texto por 2/3 (dois terços) de cada uma das casas legislativas, tornar-se-ia sem efeito a declaração da corte.

É notório o enfraquecimento do Poder Judiciário ante a possibilidade de revisão da matéria provocada pelo Presidente da República, sendo crível que, de um modo geral, houve quase a abolição do princípio da separação entre os poderes.

A carta de 1946 trouxe de volta as disposições suprimidas pela carta outorgada de 37.

O controle por via difusa passou a ser exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário, sem possibilidade de outro poder tornar "sem efeito" as suas decisões, restaurando a competência do Senado Federal para suspender a execução das leis eivadas de vícios constitucionais, sempre por meio do controle difuso, porquanto inexistente, até aqui, o controle abstrato no ordenamento pátrio.

O controle concentrado de atos normativos federais e estaduais foi estabelecido com a Emenda Constitucional de nº 16/1965, sendo a legitimação para a propositura conferida exclusivamente ao Procurador Geral da República.

Paulo e Alexandrino (2005, p. 05) argumentam:

Somente a partir dessa emenda o sistema jurídico brasileiro passou a admitir a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em tese de atos normativos do Poder

Público, mediante controle concentrado, pela via direta – e não mais somente diante de casos concretos, pela via incidental.

Corroborando a assertiva, Bastos (1999, p. 403) dispõe:

A introdução pela Emenda n.16, no seu art. 2º, dentre as competências do Supremo Tribunal Federal, daquela de processar e julgar originalmente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiam anteriormente.

Dada a permanência do controle difuso, temos, desde então, um sistema misto de controle de constitucionalidade, com um progressivo fortalecimento da via concentrada.

A carta de 1967 manteve o controle judicial nos critérios concreto e abstrato, tal como previsto anteriormente no texto de 1946.

O ano seguinte ao fatídico dezembro de 1968, lembrado pela edição do Ato Institucional nº. 5, marcou-se pela Emenda Constitucional nº. 01/69, que na verdade era uma nova Constituição outorgada. Nela, imperava a marca positiva da criação da intervenção federal de Estado-membro em Município, de competência dos Tribunais de Justiça, sempre que ato municipal violar princípios constitucionais sensíveis esculpidos na carta estadual.

A respeito da função do Poder Judiciário nesta seara, é oportuno transcrever este registro de Bastos (1999, p. 404-405):

Ao pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de lei em tese, o Poder Judiciário se sobreleva ao normal de suas funções, quando se coloca na posição de terceiro equidistante das partes litigantes, para alçar-se em nível de órgão máximo encarregado da defesa do interesse público traduzido na permanência dos princípios e

normas constitucionais. Ele se identifica com esse próprio interesse cuja defesa lhe foi constitucionalmente outorgada.

A constituição cidadã de 1988 trouxe expressivas mudanças.

Dentre elas, alterou a nomenclatura da representação de inconstitucionalidade para Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN; aumentou o rol de legitimados a propô-la e admitiu a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face Constituição Estadual, vedando a legitimação para agir a um único órgão.

Atribuiu-se ao Advogado Geral da União competência para defender as leis e atos impugnados.

Em 1933, publica-se a Emenda Constitucional nº. 3, onde o legislador constituinte criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON, passando a permitir que seja pleiteado diretamente perante o Supremo a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com o fim de pôr termo a controvérsia sobre sua validade.

Deve-se ressaltar, ainda, que em dezembro de 2004 entra em vigor a Emenda Constitucional nº. 45, em que o legislador aumentou o rol de legitimados a propor à ADIN, bem como atribuiu também a estes, legitimação para propor a ADECON.

1.3 Controle de constitucionalidade à luz do direito comparado

1.3.1 Institutos semelhantes à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

1.3.1.1 Alemanha: a *Vesfassungsbeschwerde* ou recurso constitucional alemão

Previsto no art. 94, alínea 4.a da Constituição da República Federal da Alemanha, o recurso constitucional ou queixa constitucional elevou-se a status constitucional em 1951.

Prevendo mecanismos de controle da atuação do ente público frente aos Direitos Fundamentais, através da *Vesfassungsbeschwerde* qualquer pessoa, seja física ou jurídica, que tenha sofrido lesão em seus direitos elementares poderá recorrer ao tribunal constitucional alemão com vista à apreciação direta da questão.

Apesar de não ser taxativo, podemos citar como direitos resguardados pelo recurso em apreço, o direito de residência, o direito a igualdade e cidadania, direito ao voto, proibição dos tribunais de exceção, o princípio do juiz natural, bem como àqueles afetos ao réu e as garantias na privação da liberdade.

Moraes (2000, p. 129) assevera em sua obra *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais atos do poder público passíveis de atuação do recurso constitucional germânico*, senão vejamos:

[...] a) por parte do Poder Legislativo: leis em sentido formal sejam federais ou estaduais, ou, ainda, pré-constitucionais ou pós-constitucionais, como, também, as normas jurídicas materiais e as omissões, sejam absolutas ou relativas; b) por parte do Poder Executivo: os atos administrativos federais, estaduais e municipais e as omissões relacionadas a este poder; e c) por parte do Poder Judiciário: as decisões dos Tribunais da Federação (exceto o Tribunal Constitucional Federal) e dos Estados (incluindo os Constitucionais estaduais), bem como as omissões relacionadas a este poder.

É marcante a presença do princípio da subsidiariedade neste mecanismo, posto que sua tutela só poderá ser argüida, caso ocorra o exaurimento de todas as possibilidades judiciais para o direito pretendido pelo interessado. Contudo, há

exceções a esta forma de concessão de tutela jurisdicional, ou seja, quando há um interesse social em sua apreciação para que se forme um precedente ou quando a via ordinária causar um prejuízo grave, escusável ao promovente.

Fácil notar que, na Alemanha, quando houver dúvida acerca da constitucionalidade de um ato do Poder Público pelo tribunal ordinário, este deve remeter o feito ao Tribunal Constitucional que, ante ao que dispõe os artigos 90 a 93 do texto alemão, deverá decidir sobre sua constitucionalidade, criando, assim, um incidente que deve ser resolvido antes do feito principal.

1.3.1.2 Espanha: o recurso de amparo espanhol

Com características semelhantes ao modelo germânico, o recurso de amparo espanhol fora incluído naquele ordenamento com a Constituição de 1978.

Conceitua-se como meio de impugnação extraordinário e subsidiário ante atos do poder público que afetam os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pelo texto maior (princípio da igualdade, direito à vida, integridade física e moral, liberdade ideológica, religiosa e ao culto, segurança, liberdade, intimidade e a própria imagem, honra, entre outros).

Quanto à legitimidade, observamos que além das pessoas físicas ou jurídicas poderiam propor o recurso em tela o Defensor do Povo, assim como o Ministro Fiscal (Ministério Público Espanhol).

Se de um lado se visa declarar um direito, reconhecendo-o e anulando atos incompatíveis, de outro, infere-se o restabelecimento do direito ou liberdade violada, daí concluirmos que o amparo possui natureza declaratória e condenatória à luz da processualística.

Tem-se, pois, comparativamente a Arguição de Descumprimento Fundamental, o caráter de proteção não só das primícias fundamentais, mas também da guarda da constituição, realizada pelo controle concreto, concentrado através do Tribunal Constitucional.

1.4 Da criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no ordenamento jurídico pátrio

Promulgada a Constituição de 1988, tornava-se evidente que o mecanismo de defesa da constituição apresentava contornos mais eficazes, contudo ainda irregulares.

A aplicação do mecanismo se restringia à menção da existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A Constituição Federal previu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF em seu art. 102, parágrafo único, depois alterado, pela Emenda Constitucional nº 3/93, para § 1º, nos termos seguintes:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *na forma da lei*. (Grifo nosso).

Em sua literalidade o dispositivo enfoca a idéia de norma constitucional de eficácia limitada, posto que necessitava de normatividade complementar para sua total eficácia.

Moraes (2002, p. 41) atesta que:

Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.

A proposta de regulamentação do dispositivo consistiu no Projeto de Lei nº 2.872, de março de 1997, cuja autora, Sandra Starling, atribuía como objeto a ADPF resultante da aplicação ou exegese dos regimentos internos das casas legislativas no processo legislativo de elaboração das normas.

Aprovado em ambas as casas, o Congresso Nacional editou a Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em complementação ao art. 102, § 1º, da Constituição Federal, tornando-a integrante de nosso controle de constitucionalidade.

CAPITULO 2 NOÇÕES DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

2.1 Natureza jurídica da ADPF e seu fundamento constitucional

Pode-se afirmar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. É cabível também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Bastos (*in* Tavares e Rothenburg - Orgs., 2001, p 76-84) atribui conceito mais amplo ao instituto, sem distingui-lo das ações de controle de constitucionalidade, ao dizer que a argüição "é medida de cunho judicial, que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, desde que emanados do Poder Público".

Sua natureza de ação constitucional foi confirmada com a previsão da lei 9.882/99, estabelecendo um instrumento especial de provocação da jurisdição pátria perante o tribunal especial.

Embora o termo argüição incite idéia de um incidente, no que pese o bojo de seu disciplinamento, evidencia-se que o legislador conferiu caráter de ação constitucional ao mecanismo em comento.

A Lei nº. 9.882/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, estabelecendo um instrumento especial de provocação da jurisdição maior.

Neste enfoque, constatamos que não só questões até então não passíveis de apreciação no âmbito do controle abstrato, via ADIN-ADECON, passaram a poder serem objeto de exame, mas também o fato de afastar-se, por completo, pelo legislador, da natureza de recurso ou de mero incidente de inconstitucionalidade.

Mota ressalta que até o advento desta lei ordinária o STF classificava o art. 102, § 1º como um dispositivo constitucional de eficácia limitada institutiva, e, dentro deste contexto, desprovido de qualquer aplicabilidade.

Bastos (*in* Tavares e Rothenburg - Orgs., 2001, p 76-84) atribui conceito mais amplo ao instituto, sem distingui-lo das ações de controle de constitucionalidade, ao dizer que a arguição “é medida de cunho judicial, que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, desde que emanados do Poder Público”.

Dantas vê no instituto natureza de ação subsidiária à ação direta de inconstitucionalidade e nega a natureza de recurso¹.

Atualmente, pela posição ocupada por este mecanismo na conjectura do sistema de controle normativo, à ADPF vem completar o quadro de ações objetivas para o controle de constitucionalidade.

2.2 Conceito de Preceito Fundamental

A Constituição brasileira, bem como a Lei nº. 9.882/99, ao estabelecer a competência ao Supremo Tribunal Federal para a apreciação da ADPF não

¹ Constituição & processo: introdução ao direito processual constitucional, p. 421

enumerou as normas constitucionais que devem ser consideradas "preceitos fundamentais".

Ante o que reza o art. 102, § 1º da CF, tem-se a impressão de que o constituinte originário pressupôs que era cediço da comunidade jurídica o significado desta expressão. De fato, as maiores críticas lançadas contra o dispositivo constitucional referem-se diretamente à sua concisão, posto que não forão elencados sequer parâmetros que auxiliassem na identificação destes preceitos.

A definição do conteúdo axiológico da expressão Preceito Fundamental é de fatal importância para o decorrer do entendimento acerca da ADPF.

No dizer de Tavares (2001, p. 113) em Revista de Direito Constitucional e Internacional:

Não há como aplicar-se, aqui, uma interpretação sistemática ancorada em algum outro dispositivo da Constituição que, por ter se utilizado da mesma expressão, pudesse ser tomado como parâmetro revelador de um maior detalhamento para sua compreensão dentro de uma hermenêutica própria.

A ausência de parâmetros acaba por transformar o termo preceito fundamental em uma expressão geral que, a princípio, não apresenta "casos simples" em que sua aplicação pode ser considerada incontestável. Como consequência desta situação, toda classificação cujo desígnio é apontar quais são os preceitos fundamentais que decorrem de nossa Constituição tende a ser especulativa, consoante entendimento do nobre Elival da Silva Ramos (*in* Tavares e Rothenburg - Orgs., 2001, p.124):

Adverta-se que, à falta de maior clareza da disposição de base, qualquer esforço exegético em relação à tentativa de compreensão do que é um preceito fundamental, enquanto causa remota de pedir da medida judicial instituída pelo art. 102, § 1º, da Constituição Federal, será sempre insatisfatório, uma vez que jamais logrará fornecer ao aplicador segurança suficiente para lidar com o instrumento.

Uma vez que nem a Constituição delineou o conceito de preceito fundamental e nem o legislador aventurou-se a fazê-lo, a doutrina passou a expor quais seriam estes preceitos fundamentais.

Silva (1998, p 557) entende que:

Os preceitos fundamentais abrangem os princípios fundamentais e as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.

Já Bastos e Vargas (2000, p. 71) entendem que:

Constituem preceitos fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Dantas (2001, p. 133) adota a mesma classificação.

Ramos (*in* Tavares e Rothenburg (Orgs.) 2001, p. 124) aponta como **rol dos preceitos fundamentais:**

[...] os Princípios Fundamentais do Título I da Constituição, assim como as 'cláusulas pétreas' (art. 60, §4º), os que tratam da repartição da competência entre os entes federados e os 'princípios sensíveis' do art. 34, VII, cujo menoscabo é autorizador da intervenção federal.

Rothenburg (2001, p. 213) coloca entre os preceitos fundamentais "as cláusulas pétreas, os princípios sensíveis e os princípios fundamentais, traduzidos em fundamentos (art. 1º), objetivos (art. 2º) e princípios retores das relações internacionais (art. 4º)".

Por fim, há mesmo quem afirme que todos os preceitos constitucionais são fundamentais para efeito de serem tutelados pela arguição².

Diante da celeuma conceitual, faz-se necessário exteriorizar, inicialmente, o conceito de preceito, para posteriormente confrontá-lo com o de princípios.

Preceito, conforme dito no dicionário Aurélio, tem como significado "*regra de proceder, norma, ensinamento, doutrina, ordem, determinação, prescrição*". Por dedução, Preceitos Constitucionais são todos os mandamentos contidos na Constituição, que tem por razão de existência regular o sistema jurídico-social da nação.

É crível que essa idéia de comando, determinação de valores constitucionais, está embutida no conceito de preceito constitucional, que poderá ser revelado tanto na forma de regras como de princípios constitucionais, haja vista estas serem espécies de normas constitucionais.

Em que pese os vários critérios propostos, fácil é concluir que são complexos os termos para se diferenciar as regras dos princípios. Alexy (1993, p.86 - 87) sugere que:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não

<<http://www.jus.com.br/doutrina/lei9882b.html>>.

só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Ao contrário, as regras só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio.

Isto posto, ante a previsão de que os preceitos englobam tanto regras como princípios, a consequência basilar de se adotar tal posição é de que preceitos, portanto, não se confunde com princípios. Desta feita, não se poderia conferir àquele o mesmo significado que este, uma vez que ambos foram utilizados pela carta magna.

Conclui-se, então, que se a Constituição quisesse se referir a preceitos como princípios não teria razão para ter-se utilizado de dois termos distintos, esta é posição de Tavares (2001, p. 51) :

Isto é tanto mais verdadeiro quanto se verifica que, logo no primeiro de seus títulos, a Constituição abriga o que denominou 'Dos Princípios Fundamentais'. Ora, em matéria de tal relevância, apresentada desde o pórtico dos direitos da nação, seria de causar espécie que o constituinte, pretendendo referir-se novamente ao mesmo conjunto de normas, viesse a empregar termo diverso daquele já empregado em posição de grande destaque, ou seja seria insustentável que houvesse optado deliberadamente, e sem maiores esclarecimentos, pela equivocidade.

E complementa (2001, p 114-115):

E que a doutrina assinala ser hermeneuticamente incorreto atribuir-se a dois vocábulos diversos empregados pela Constituição um sentido semântico idêntico, a não ser que haja razões suficientes para tanto. Estar-se-ia violando esta importante

orientação se se pretendesse fazer coincidir, aqui, os significados dos termos 'princípio' e 'preceito', ambos utilizados textualmente na Constituição.

Penso que a utilização da palavra "preceito" em vez de "princípio" teve como objetivo evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse restrito aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição Federal. Além disso, a utilização de uma expressão mais genérica, "preceito", permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que, possa ser qualificada como fundamental.

No aspecto jurisdicional, transcrevo o voto do Ministro Néri da Silveira na ADPF - 1 - 7 - RJ de suma importância no detalhamento da matéria, Sena vejamos:

Guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental, cujo desrespeito pode ensejar a arguição regulada na Lei n.º 9.882, de 3.12.1999. Nesse sentido, anota o Ministro Oscar Dias Corrêa, in 'A Constituição de 1988, contribuição crítica', 1, ed. Forense Universitária, 1991, p. 157: 'Cabe exclusivamente e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro - a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los'. Noutro passo, observa: 'Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admitase: os princípios do Estado democrático, vale dizer: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas

relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário'...enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática, devem ser cumpridos'. (op.cit. p. 157).³

Ressalte-se, outrossim, consoante decisão transcrita, que compete ao Supremo Tribunal Federal definir quais são os preceitos fundamentais em face da não conceituação do que seja tais preceitos na Constituição Federal, bem como pela ausência de definição na lei n°. 9.882/99, daí se atribui ao conceito a mais ampla interpretação, podendo referir-se a preceitos decorrentes direta e indiretamente da Constituição, bastando que sejam fundamentais, isto porque tais preceitos são constituídos de princípios e normas.

Em seguida, veremos o objeto e o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, na forma em que foi disciplinada pela Lei n°. 9.882/99.

2.3 Objeto da ADPF

Ponto crucial na temática, refere-se ao delineamento disposto na Lei Ordinária quanto ao aludido controle de constitucionalidade.

Conforme preceitua o art. 1º da Lei n°. 9.882/99, "a arguição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por *objeto* evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público". (Grifo nosso)

O mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, inciso I afirma que:

³ Voto disponível, na íntegra, no site <http://www.stf.gov.br>. Consulta em 13/10/2006.

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

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

Diante dos dispositivos supra transcritos, fácil é concluir que a arguição, destarte, tem potencialmente como objeto qualquer ato ou omissão do Poder Público, incluídos os não normativos, que cause lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, mas também leis e atos normativos federais, estaduais, municipais, abrangidos os anteriores ao texto maior, desde que exista acerca de sua aplicação relevante controvérsia constitucional e que a aplicação ou a não aplicação desses atos implique lesão ou ameaça de lesão ao mencionado preceito.

Desta feita, torna-se imprescindível abordar, simploriamente, os focos de incidência desta ação que, incontestavelmente, veio completar o quadro de ações objetivas.

2.3.1 Atos do Poder Público

2.3.1.1 Atos Políticos

Segundo Meireles (2004, p. 682):

Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos.

Em sede de controle jurisdicional, percebe-se que o STF ao analisar matéria relativa a atuação discricionária, ou seja, política do Poder Legislativo e Judiciário, posicionou-se no sentido de não permitir o controle de constitucionalidade via ADPF, de tais atos, senão vejamos:

A primeira ADPF- nº. 1 (RJ) teve como objetivo principal impugnar veto do Prefeito do Rio de Janeiro contra lei municipal sobre o IPTU. Na temática, a suprema corte entendeu que o veto, como ato político, refulgiria ao controle jurisdicional, sujeitando-se apenas ao crivo do Poder Legislativo, que possui a prerrogativa de derrubá-lo.

Segundo Sarmento, a orientação da Suprema Corte em não apreciar atos típicos do Poder Executivo se deve a uma inspiração da jurisprudência norte-americana, demonstrando sua clara preocupação em qualquer tentativa de intervenção do judiciário na seara do executivo. Sarmento (*in* Tavares e Rothenburg - Orgs., 2001, p. 99) cita Rui Barbosa que, apesar de não ser recente, está em perfeita sintonia com o contexto que ora se debate, ensina :

Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando direito nela consagrado.

Infelizmente, o STF posicionou-se no sentido inverso, pois ao julgar a citada ADPF impetrada pelo Partido Comunista Brasileiro em face do Prefeito da cidade do Rio, buscando anular veto do projeto de lei que não apresentasse motivação, entendeu que os atos políticos não se incluem no conceito de ato do Poder Público.

Sem embargo dessa importante orientação, filio-me a corrente de Sarmiento, posto que, a nosso ver, há atos estritamente políticos que não se sujeitam ao controle de constitucionalidade por via ADPF, contudo o conceito de ato político deve ser interpretado restritivamente, não deixando de lado princípios como o da Supremacia da Constituição, e da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo insidicável, apenas, aqueles cuja constituição deferir com exclusividade à discricionariedade do Executivo ou do Legislativo, sem estabelecer parâmetros de controle por via jurisdicional.

2.3.1.2 Atos realizados por particulares no exercício de atividades públicas

A expressão ato do Poder Público, empregada pelo legislador no caput do art. 1º da Lei em comento, em tese exclui da incidência da ADPF atos praticados por particulares.

E cediço que os atos praticados por particulares via de regra são regulados pela legislação cabível, civil em geral, sem a intervenção do Poder Público, salvo se a demanda judicial é pleiteada pelas partes envolvidas.

Contudo, existem atos que emanam de entes privados revestidos de autoridade pública, é o que ocorre nas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.

Nestes, entende-se cabível ação, haja vista tais atos serem praticados por particular no exercício de atividade própria do Poder Público, aplicando-se, por analogia, o mandado de segurança albergado no art. 5º, inc. LX da Carta Magna.

Sarmiento (2001, p. 95-116) assevera em sua obra *Apontamentos sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* que:

Parece-nos que os atos privados que, por sua natureza, forem equiparáveis à ação estatal, poderão sujeitar-se também ao controle por via de ADPF, caso inexista outro meio para sanar a lesividade. Num contexto como o atual, em que a tónica constitui a substituição do Estado por atores privados, por meio de desestatizações, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada, e outros mecanismos assemelhados, é assaz importante vincular estes atores ao respeito aos direitos fundamentais e à Constituição, mediante todos os meios e remédios disponíveis.

Corrobora tal entendimento Paulo e Alexandrino (2005, p.191-192):

Entendemos que a expressão 'ato do Poder Público' abrange não só os atos (bem como as omissões) dos órgãos estatais e das entidades integrantes da Administração Pública, mas também os atos de particulares que estejam exercendo, por delegação, qualquer parcela de poder público, analogamente ao que ocorre no caso da impugnação do "ato de autoridade" mediante mandado de segurança.

Desta forma, atos praticados por empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, desde que inexista outro meio eficaz de sanar a lesividade, são em tese, passíveis de apreciação em sede de ADPF.

2.3.2 Leis e atos normativos municipais e distritais

Instituto inovador e de maior relevo, em que pese ao controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos municipais e distritais, este ante sua competência municipal, fora a inclusão da possibilidade de discussão do controle de tais atos via ADPF.

Até então, não havia controle abstrato das leis municipais em face da CF, tendo em vista o teor do Art. 102, inc. I, alínea a, estas submetiam-se apenas ao controle difuso e abstrato, contudo, somente em face das Constituições Estaduais, realizado pelos Tribunais de Justiça, consoante art. 125, § 2º da Lei Maior.

Atualmente, a constitucionalidade de tais atos pode ser averiguada via controle concentrado, desde que enquadrem no conceito de “preceito fundamental” ou realmente exista o que seja relevante, ou seja, a denominada controvérsia constitucional.

Apesar de maciço o entendimento na doutrina e jurisprudência, o mestre Moraes (2002, p. 616) discorda deste posicionamento alegando que “viola o desígnio do constituinte originário de restringir este controle as normas federais e estaduais, cristalizado na relação do art. 102, I, alínea a, do texto magno”.

Em sentido contrário, Sarmiento (*in* Tavares e Rothenburg - Orgs., 2001, p.93):

— contrário do que afirma Alexandre de Moraes, não se trata, em nosso entendimento, de extensão da competência do Supremo Tribunal Federal por meio de lei, o que efetivamente seria vetado, já que a competência do Supremo foi discriminada, de modo exaustivo, pelo texto constitucional. Na verdade, há expressa previsão constitucional da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento d ADPF, e a Lei 9.882/99 cingiu-se a regular o dito instituto, como lhe determinara a Constituição.

Isto posto, percebe-se que não se trata de ampliação da competência do STF por força de disposição ordinária, o que é vetado, mas de competência previamente prevista pelo texto maior para a apreciação da ADPF pelo STF, vindo o legislador ordinário apenas regulamentá-la.

No que tange as normas editadas pelo Distrito Federal no exercício de sua competência legislativa de natureza tipicamente municipal, é evidente que se pode utilizar da ADPF em sede de controle do Direito Municipal, posto que ao Distrito Federal, poder-se-á dar o mesmo tratamento em relação aos Municípios, em decorrência da competência que lhe foi auferida pela CF, quando legislar no âmbito municipal.

2.3.3 Normas anteriores à Constituição

O fenômeno da recepção da norma pré-constitucional pelo novo texto constitucional foi discutido na ADIN 02-DF, antes mesmo da promulgação da Lei 9.882/99.

É cediço que o controle dos atos normativos pré-constitucionais não era admitido pelo STF por via ADIN. Para o STF, o conflito entre o direito infraconstitucional pretérito e a nova ordem deveria ser equacionado por meio do critério cronológico de resolução de antinomias, e não pelo critério hierárquico.

Desta feita, criou-se um vácuo no controle abstrato das normas, prejudicial à segurança jurídica, ao ponto que a solução de controvérsias constitucionais envolvendo a recepção de tais normas deixou de contar com um instrumento definitivo de pacificação da celeuma, dotado de eficácia *erga omnes*.

Com o advento da lei ordinária, o legislador veio abarcar situações ainda não agraciadas pelos outros métodos de controle existentes, prevendo um mecanismo objetivo de fiscalização da constitucionalidade das normas inseridas no direito precedente, qual seja, ADPF.

2.4 Espécies de ADPF

2.4.1 Quanto ao momento de sua propositura

O art. 1º da Lei n.º. 9.882/99 diz que a ADPF proposta perante o STF terá por objeto *evitar* ou *reparar* lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

Utilizando-se dos processos hermenêuticos de interpretação, conclui-se que o legislador ordinário previu dois momentos distintos autorizares, para que os interessados ingressem no STF com a ADPF, ou seja, evitar lesão a preceito fundamental, este se referindo à possibilidade de declarar a inconstitucionalidade antes que o ato do Poder Público faça parte da ordem jurídica, e aquele, em sua forma repressiva, procura reparar a lesão causada pelo ato do Poder Público que já faz parte da ordem jurídica.

Quanto a classificação, Moraes (*in* Tavares e Rothenburg - Orgs., 2001, p. 19) informa que :

No entendimento do STF, o controle de constitucionalidade vigente no país será, em regra, orientado pela modalidade repressiva. O Pretório Excelso admite o controle preventivo de constitucionalidade apenas nas hipóteses de violação das regras constitucionais pertinentes ao processo legislativo, e ainda, na ofensa das cláusulas pétreas por projeto de Emenda Constitucional. Por orientação da Corte, a modalidade preventiva de controle de constitucionalidade apenas será possível pela via incidental, através de mandado de segurança impetrado por parlamentar que julga impossível sua participação no processo legislativo incompatível com a Carta Magna. Segundo o Supremo, não existe a possibilidade de qualquer cidadão de propor o controle preventivo de constitucionalidade, pela inexistência de previsão legal de aplicação do mesmo em violação a seu direito subjetivo.

No que dispõe a Lei, fora vetado a parte em que legitimava explícito amparo ao controle preventivo de constitucionalidade das leis, por via da ADPF (inciso I do § único do art. 1º, do § 4º do art. 5º e do art.9º da Lei nº. 9.882/99).

Na via repressiva poderam ser questionados atos violadores a um preceito fundamental com aqueles que resultem em criação de leis, decretos, regulamentos, portarias ou quaisquer atos de cunho legislativo, além dos executivos.

Conclui-se, portanto, que a violabilidade e a efetividade do controle das ilegalidades invariavelmente cometidas pelo Poder Público, agora, conta com um novo mecanismo de salvaguarda da Carta Fundamental contra atos atentatórios a sua integridade.

2.4.2 Em relação a sua natureza

Apesar de existirem posições contrárias na doutrina quanto a previsão de duas modalidades distintas da ADPF: uma arguição autônoma, com natureza de ação, e outra incidental ou paralela, que pressupõe a existência de uma ação original em função da qual os legitimados ativos para a propositura podem suscitar a arguição, levando a matéria constitucional à apreciação direta do STF, isso não significa, contudo, que exista uma ação de natureza objetiva (concentrada) e outra, incidental ou paralela, de natureza subjetiva.

O STF e a maior parte dos doutrinadores somente aceitam a ADPF em sentido objetivo, sem partes em sentido próprio, sem possibilidade de discussão ou tutela de interesses subjetivos, haja visto que, no caso da ADPF incidental, a

questão constitucional relevante emana de processos concretos, em que estão sendo discutidos interesses subjetivos.

Em que pese tal posicionamento, Paulo e Alexandrino (2005, p. 186) prelecionam:

Reforça o entendimento de que a Lei nº 9.882/1999 previu uma forma de ADPF de natureza incidental o § 1º de seu art. 6º, ao estatuir que 'se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição'. Ora, está clara nessa referência a 'processos que ensejaram a arguição' a possibilidade de a ADPF ser proposta a partir de ações concretas, nas quais há partes propriamente ditas, discutindo interesses subjetivos. Tais interesses, entretanto, não serão apreciados de forma alguma no âmbito da ADPF; nesta somente se trará a discussão em abstrato acerca da existência de lesão a preceito fundamental decorrente da Carta Política.

Ressalte-se, outrossim, que o "incidente" não pode, de forma alguma, ser provocado pelas partes, ou seja, no caso de controvérsia constitucional suscitada nos processos concretos deve, as pessoas legitimadas a propô-la, intentar a ação.

É necessário que se supere definitivamente a interpretação literal do art. 1º, para que se tenha uma consistência do conteúdo da referida lei, esta é a posição de Rothenburg (2001, p. 207):

Em síntese, oportuna a criação das modalidades assim direta como incidental de arguição de descumprimento de preceito fundamental não deve significar que o art. 1o. da Lei 9.882/99 esteja composto de duas normas distintas a que a leitura se faça em dois blocos. O do 'caput' (correspondente à arguição direta) e o do § único, inciso i (correspondente à arguição incidental), mas que uma única norma se extraia, estabelecendo o mesmo requisito e o mesmo objeto a ambas as modalidades de arguição.

CAPITULO 3 ASPECTOS PRINCIPAIS DO PROCESSO DA ARGUICAO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1 Princípio da subsidiariedade

Dispõe o art. 4º. § 1º da Lei nº. 9.882/99 que: "Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade".

Percebe-se ao analisarmos o dispositivo supra transcrito que o legislador ordinário conferiu à ADPF a natureza de ação excepcional, subsidiária, esta somente cabível frente a ausência de outro mecanismo que ampare o direito pretendido.

E pacífico e indubitoso que o Princípio da Subsidiariedade exclui a possibilidade de arguição, caso exista outro instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade para sanar a lesão ou ameaça de lesão ao preceito defendido.

Veloso (2000, p. 306) trata a arguição como "*remédio excepcional, último, extremo*", defendendo que, considerando-se que nosso sistema de controle de constitucionalidade é amplo, complexo, e abrangente e sendo a arguição uma ação supletiva, subsidiária, "*não há como deixar de concluir que sua utilização será possível em casos muito raros e limitados*". (grifo nosso).

Moraes (2000, p. 263) alerta para o fato de que a arguição:

[...] não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica; interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.

No que tange a arguição incidental, há entendimento no sentido de que, com base no que disciplina a lei, a simples existência de qualquer recurso contra a decisão judicial questionada é suficiente para afastar a possibilidade de controle via ADPF, reduzindo ao máximo sua amplitude, posto que é impossível que não exista, no caso concreto, meio eficaz para tutelar o direito das partes.

Com efeito, Velloso (2003, págs. 1849-1853) manifestou-se sobre o tema nos seguintes termos:

Supremo Tribunal Federal devesse, ao construir a doutrina da arguição de descumprimento de preceito fundamental, debruçar-se sobre essa disposição legal. É que, praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º art. 4º da lei 9.882/99, a arguição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na construção da doutrina dessa arguição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis e nem seria suportável pelo Supremo Tribunal, dado que temos mais de cinco mil municípios.

Em que pese a posição acima, o STF tem interpretado com rigor o § 1º da supra citada Lei, o que torna, realmente, raríssimas as possibilidades de uma ADPF ser admitida pela corte, pois, como vimos são sobremaneira raras as previsões para cuja solução não exista meio processual eficaz disponível.

Contudo, deve o princípio da subsidiariedade ser aplicado com cautela, evitando-se a eliminação das possibilidades de propositura da arguição, sob pena de inconstitucionalidade, por violação ao artigo 102, § 1º da Constituição Federal.

3.2 Da legitimidade ativa

A Constituição na dispõe acerca dos legitimados a propositura da ADPF. Apesar da posição atual disciplinada pelo legislador ordinário, anteriormente a sua regulamentação, a maioria da doutrina firmava o entendimento de que o rol de legitimados era o mais amplo possível, haja vista o fim de conferir feição de remédio constitucional ao dispositivo em apreço, estando à disposição dos indivíduos em geral contra violação, que lhes atingisse, de preceito fundamental decorrente da Constituição.

Tal posicionamento revelava uma natureza eminentemente subjetiva do mecanismo, tutelando precipuamente interesses e direitos subjetivos.

A regulamentação do instituto distanciou, portanto, à ADPF do modelo subjetivo. O legislador ordinário, nos incisos I e II do art. 2º da Lei 9.882/99, havia previsto como legitimados ativos: os mesmos legitimados à propositura da ADIN (inc. I); e qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (inc. II).

Apesar de consagrar a previsão do inciso II, tal premissa fora vetada pelo Presidente da República, restando como legitimados a propô-la somente as mesmas pessoas, órgãos e entidades que podem acionar a ADIN.

Segundo a Lei Maior, especificamente em seu art. 103, são co-legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Câmara do Senado Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Paulo e Alexandrino (2005, p. 207) dizem que:

Esse rol de legitimados deixa patente a natureza *objetiva* que foi conferida à ADPF, uma vez que não poderá a ação ser utilizada, diretamente pelo interessado, como instrumento de proteção de direitos subjetivos violados pelo descumprimento de preceito fundamental decorrente na Constituição. (grifo do autor)

É bem verdade que permaneceu no § 1º do art. 2º da Lei em análise, a faculdade ao interessado, mediante representação, a prerrogativa de solicitar a propositura da ADPF ao Procurador-Geral da República, que, no bojo da questão, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá se cabível ou não a utilização da ação, sendo vetado o dispositivo que possibilitava representação ao STF, caso àquele órgão não ingressa-se em juízo.

Trata-se, pois, de norma inócua o dispositivo em tela, uma vês que não confere a ninguém legitimação ativa para impetrar a respectiva ação. Deste modo, é um truísmo afirmarmos que essa característica do processo objetivo nos leva a crê que , uma vez ajuizada, torna-se indisponível o preceito pretendido, não sendo passível de desistência, tendo como legitimados apenas o poder defragá-la, tal como ocorre nas demais ações de controle concentrado, embora tal premissa não esteja patenteada na lei.

Contudo, de acordo com o art. 169 do Regimento Interno do STF, na proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que ao final o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.

Esse preceito foi elaborado na vigência da Constituição Federal anterior, por isso se refere à "Representação de Inconstitucionalidade", e estabelece a impossibilidade de desistência somente quando intentada pelo Procurador-Geral da República.

Assim, é perfeitamente adequado à sistemática atual de fiscalização de constitucionalidade, a fim de possibilitar que seja estendido não só a ADIN, mas também a ADIN por Omissão e, finalmente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Quanto ao pólo passivo, ante o caráter eminentemente objetivo, constata-se que à ADPF é uma ação sem réu, podendo no máximo considerar como legitimados passivos as entidades cujos atos emanaram.

3.3 Requisitos da petição inicial e procedimento

Apresentada em duas vias, a petição inicial deve conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação e a cópia do ato questionado, a prova da vedação do preceito constitucional, o pedido com suas especificações e, *se for o caso*, a comprovação da existência da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considere violado, conforme dispõe o art. 3º da lei ordinária.

A expressão “se for o caso” grifada, art. 3º, inc. V da Lei nº. 9.882/99, tem razão de ser em virtude da possibilidade da existência de uma arguição incidental, que pressupõe processo anterior na justiça ordinária.

Consoante parágrafo único do art. 3º, a petição inicial deve ser acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Paulo e Alexandrino (2005, p. 208-209) ao analisarem a expressão “se for o caso” incorporada no supra citado parágrafo, asseveram:

Entendemos, na esteira da lição de Alexandre de Moraes, que não há que se falar em representação por advogado, tampouco em instrumento de mandato, para os legitimados arrolados nos incisos I a VII do art. 103 da Constituição Federal, porquanto sua capacidade postulatória decorre diretamente do texto constitucional. Só cabe exigência de instrumento de mandato, portanto, no caso das entidades enumeradas nos incisos VIII e IX do art. 103, a saber, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com vênia aos prestigiados autores, não se pode anuir com tal posicionamento, uma vez que a capacidade processual estabelecida no art. 2º, inc. I, não se confunde com a capacidade postulatória.

Nunes (2004, p. 28) abona a afirmação, ao dispor que :

A legitimidade para a causa (condição de ação) # legitimidade para o processo (capacidade processual ou capacidade para estar em juízo, que é pressuposto processual) # capacidade de ser parte (pressuposto processual) # capacidade postulatória (habilitação para a representação em juízo, também pressuposto processual).

Assim, fácil é concluir que a capacidade processual diz respeito à aptidão para ser parte, no caso, parte em sentido meramente formal, enquanto que a capacidade postulatória vem a ser a aptidão para realizar, com eficácia, ato do processo.

Desta feita, a expressão “se for o caso” do art. 3º, § único, refere-se ao Procurador-Geral da República, o qual, por motivos óbvios não apresentara instrumento de mandato, sendo que, para todos os demais, a representação judicial através de advogado é indispensável.

A vestibular pode ser indeferida liminarmente pelo relator, se este verificar que o caso em apreço não for objeto de ADPF, faltar alguns dos requisitos prescritos na Lei, anteriormente elencados, ou for inepta a petição inicial.

Wambier (2002, p. 289) enfoca o conceito de inépcia da inicial como forma de indeferimento preliminar:

O indeferimento ocorrerá:

a) quando a inicial for inepta. O conceito de inépcia está atrelado ao pedido, pois o parágrafo único do art. 295, em seus quatro incisos, atribui o vício de inépcia à inicial a que faltar pedido ou causa de pedir, ou que contiver pedido juridicamente impossível, ou pedidos incompatíveis, ou ainda dos fatos não evidenciar logicamente o pedido. Evidencia-se, pois, o pedido como elemento central da petição inicial.

Ressalte-se, outrossim, que em caso de indeferimento da peça inicial, o recurso cabível é o agravo, conforme art. 4º, § 2º da Lei em estudo, este devendo ser interposto no prazo de cinco dias e de acordo com as disposições regimentais do STF.

No que tange ao prazo prescricional ou decadencial para propositura da ADPF a Lei nº. 9.882/99 não faz qualquer referência, tornando-se pacífico o entendimento de que seu ajuizamento pode ser efetivado a qualquer momento, não sendo relevante a data que tenha ocorrido o ato violador do preceito fundamental decorrente da Constituição.

Diz o estatuto legal que, apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. Tais informações são justificáveis, tendo em vista a procura objetiva da defesa da Constituição, sendo que sua ausência não implica nos efeitos atinentes à revelia.

Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para o julgamento.

Quanto a participação do Ministério Público nas ações da ADPF estatui o § único do art. 7º da Lei: "O Ministério Público, nas arguições em que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações".

Moraes (2002, p. 643) enfoca o tema:

Participação do Ministério Público: Não bastasse o § 1º, do art. 103, da Constituição Federal, que determina que o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, a Lei 9.882/99 previu no parágrafo único de seu art. 7º, que o Ministério Público, nas arguições em que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Com relação a participação do Advogado-Geral da União no âmbito da ADPF, o STF tem se manifestado por sua imprescindibilidade, senão vejamos a lição de Paulo e Alexandrino (2005, p. 210) citando a passagem de Mendes sobre a proposição:

A lei 9.882, de 1999, não obriga à audiência do Advogado-Geral da União acerca do ato impugnado, prevendo apenas, caso o relator entenda oportuno, a possibilidade de sua audiência em sede de liminar. Todavia, o próprio STF vem requerendo essa manifestação nos diversos processos sobre a legitimidade do direito estadual ou federal.

Embora não exista uma previsão sobre a participação de terceiro no processo da ADPF, a título de *amicus curiae*, com a amplitude do que foi estabelecido no caso da ADIN, é admitida, por iniciativa do relator, uma restrita

participação de terceiros no processo, especialmente as partes integrantes que originam a arguição.

É o que preleciona o art. 6º da Lei nº. 9.882/99, *in verbis*:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Depreende-se daí que, tal como já ocorre no artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, o artigo supra no seu segundo parágrafo introduz a figura do *amicus curiae* no sistema brasileiro de controle. Tradicional no constitucionalismo norte-americano tem como escopo viabilizar a intervenção do cidadão comum na arguição autônoma de constitucionalidade, dilatando as hipóteses de uma espécie de contraditório diferido próprio dos processos objetivos. Tal inovação dilata o conceito de democracia participativa, estabelecendo um instrumento a mais para o seu exercício. Digna de elogio contundente qualquer medida que amplie os parâmetros democráticos do Estado brasileiro, e esse parece ser o caso do *amicus curiae*.

Outro aspecto positivo de tal inovação consiste na possibilidade concreta de ser levada ao Tribunal uma visão mais abrangente da questão discutida, evitando-se que os argumentos se limitem à esfera jurídica. Com o *amicus curiae* aspectos sociais, econômicos, culturais e políticos poderão, mais facilmente, se destacar nas teses e antíteses decorrentes da arguição. E a experiência

demonstra que quanto melhor a percepção, mais acertada será a solução apresentada pelo Tribunal.

Cite-se, ainda, a possibilidade de ser autorizada, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

3.4 Medida liminar em sede de ADPF

A possibilidade de concessão de medida liminar em sede de ADPF tem fundamento no amplo poder de cautela que é dado ao Poder Judiciário no exercício de sua atividade jurisdicional.

Prevê o art. 5º da Lei 9.882/99 que por decisão da maioria absoluta de seus membros, o STF poderá deferir medida liminar, salvo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, no recesso, quando a liminar poderá ser deferida pelo Ministro relator, *ad referendum* do Plenário.

A tutela se justifica na segurança e na garantia da eficaz prestação jurisdicional. Daí, nos ensinamentos de Clève (2000, p. 49):

[...] a concessão de medida cautelar, pelo STF, condiciona-se a certos requisitos, quais sejam, (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 mercentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

No que tange ao quorum para concessão da medida, deve-se diferenciar esta da instalação e julgamento da decisão da ADPF, posto que aquele é formado pela maioria absoluta, exigindo, pelo menos, seis Ministros, enquanto que este corresponde a oito Ministros.

Merece destaque o dispositivo que permite o relator ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias, diferentemente do previsto na Lei que disciplina o processo da ADIN, onde é obrigatória a oitiva da autoridade responsável pela edição do ato antes da concessão de liminar, salvo em período de recesso.

A lei da arguição consagrou previsão quanto à possibilidade de suspensão dos feitos em andamento ou de efeitos de decisões judiciais em seu art. 5º, § 3º, da seguinte forma:

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou o efeito 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.

Inteiramente constitucional a medida, posto que ressalva o respeito a coisa julgada, outrossim, garante uma atuação uniforme do Judiciário, não incidindo em vedação ao princípio do juiz natural, haja vista a causa continuar a ser julgada pelo juízo originário, sendo ao STF submetida apenas a apreciação da questão de constitucionalidade, ao final retornando o feito ao seu curso normal.

3.5 Efeitos da decisão proferida na ADPF

Consoante lição de Ferreira e Fernandes¹ a decisão na arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ter, segundo a nova previsão legal, efeitos *erga omnes*, efeito vinculante, efeitos *ex tunc* e *ex nunc* e efeito repristinatório.

Passo a abordá-los, discorrendo acerca da conformidade com as normas constitucionais.

3.5.1 Efeitos *erga omnes* e vinculante aos órgãos do Poder Público

Diz Mandelli Júnior (2003, p. 172):

A eficácia *erga omnes* confere à decisão uma força obrigatória geral, determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumpridor de preceito constitucional fundamental), a sua não aplicação pelos tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado, sempre que confrontado com uma situação que poderia ensejá-lo.

Conceitualmente, segundo esse feito, a decisão é válida e oponível a todos e não apenas àqueles que figuram como partes no feito.

Quanto ao efeito vinculante, embora a lei 9.882/99, em seu art. 10, § 3º, preveja eficácia contra todos e o efeito vinculante da decisão prolatada na arguição, há controvérsia na doutrina acerca de tal previsão, uma vez que se questiona se o legislador ordinário validamente poderia prever tal efeito sem violação ao Texto Supremo.

Bastos (*in* Tavares e Rothenburg - Orgs., 2001, págs. 76-84), posiciona-se favoravelmente nos seguintes termos:

Nesse passo, temos que é possível à lei estabelecer o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, senão pela semelhança (controle concentrado) com a ação declaratória de constitucionalidade, pela circunstância de que à lei é dado disciplinar a força das decisões judiciais, especialmente aquela decorrente da arguição, já que nesta hipótese a lei [leia-se

¹ <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2596>>

Constituição] remete diretamente à vontade da lei. (a ressaiva é nossa)

Mendes (1999, 457) entende que é compatível com a Constituição a previsão legal do efeito vinculante:

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.

Em sentido contrário, há corrente que defende que o efeito vinculante restringi demasiadamente a liberdade do operador do Direito ao eliminar a possibilidade de interpretação da norma, ou seja, a autonomia do juiz natural. Apresentam-se como inconstitucionais as disposições que disciplinam a matéria, posto que violam a independência judicial, que encontram previsão implícita na Constituição Federal, senão vejamos:

Diniz (1999, págs. 193-195) leciona que no Brasil "o juiz não tem o poder de legislar", assim o Supremo Tribunal Federal ao proferir decisões vinculantes estará:

[...] usurpando funções do Poder Legislativo e retirando dos juízes a liberdade de apreciação do caso sub judice e o uso do livre-convencimento. Os magistrados perderiam a independência para decidir, tão necessária para garantir os direitos dos jurisdicionados, como diz Rui Barbosa, pois passariam a cumprir normas ditadas pelos Tribunais Superiores.

Assim, admite que o efeito vinculante significa "*comprometer os princípios da independência dos três poderes, do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa etc.*".

Nery Júnior e Nery (1999, p. 92) proclamam ao analisarem o dispositivo que:

O princípio do juiz natural foi violado, eis que foi subtraída da competência dos juizes e Tribunais o exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, cuja compatibilidade já foi apreciada pelo Pretório Excelso em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Mister se faz ressaltar que há violação ao princípio do juiz natural, pois a própria Constituição prevê a competência dos julgadores exercerem o controle difuso de constitucionalidade, sem qualquer restrição feita pelo poder constituinte originário.

Sem embargo das respeitáveis opiniões em sentido contrário, filio-me a esta última, posto que fica evidente a inconstitucionalidade da norma ordinária que cria efeito vinculante, com fundamento na violação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, do juiz natural e do princípio da separação dos poderes.

Impetrada à ação, o STF comunicará às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática do ato questionado, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito constitucional (Art. 10, *caput* da Lei 9.882/99).

A decisão produz efeitos imediatos, independentemente da publicação do acórdão, sendo que no prazo de dez dias, contados do trânsito em julgado, sua parte dispositiva será publicada no Diário da Justiça ou no Diário Oficial da União.

3.5.2 Efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*

Apesar da declaração de inconstitucionalidade gerar efeito deste o nascer do ato impugnado (*ex tunc*), na ADPF a Suprema Corte pode decidir que se

aplique seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*), ou, ainda, pode deliberar para que tais efeitos incidam em outro termo.

É o que dispõe o art. 11 da lei em comento, *in verbis*:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Tal disposição, firmou entre nós a possibilidade do STF, em casos excepcionais e mediante quorum qualificado de dois terços, conferir limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* (a partir de agora) ou *pro futuro*.

Miranda (1996, págs. 500-501) observa que:

[...] o objetivo de disposições como essa é conceder meios para que a Corte, podendo fixar a data a partir da qual surtirá efeito a declaração de inconstitucionalidade, não deixe de declará-la em virtude dos danos que poderiam advir em decorrência dos efeitos já produzidos pelo ato impugnado.

3.5.3 Efeito repristinatório

Represtinar é um verbo que segundo o dicionário Aurélio possui significado de restituir ao valor, caráter ou estado primitivo, daí já se podendo adiantar quem na seara jurídica, a repristinação seria o restabelecimento da eficácia de uma lei anteriormente revogada.

Clève (2000, p. 250) distingue efeito repristinatório de repristinação, nos seguintes termos:

O efeito repristinatório é o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora. A repristinação, salvo hipótese de expressa previsão legislativa, incorre no direito brasileiro.

No plano jurisprudencial, especificamente quando se trata do dispositivo ora em estudo, segundo Moraes (2000, p. 272) "*Os efeitos repristinatórios decorrem automaticamente da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, independentemente de previsão no acórdão*". (grifo nosso)

Isto posto, fica evidente que no direito pátrio a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* e a suspensão de eficácia de ato inconstitucional importam em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato.

É cediço que já no regime constitucional anterior a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha reconhecendo a existência de efeitos repristinatórios nas decisões que declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionados em ação direta.

3.6 Reclamação e ação rescisória

A não-observância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental, dada a sua eficácia erga

omnes e efeito vinculante, caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado, hipótese em que é cabível reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF, na forma do seu Regimento Interno (Lei nº. 9.882, art. 13).

Este meio representa um instrumento processual que deve ser intentado perante o Supremo Tribunal Federal, destinando à preservação de sua competência e da autoridade dos seus julgados.

No que tange a recorribilidade de seus julgados em sede de arguição, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido é irrecorrível, não sendo albergado no ordenamento pátrio possibilidade de incidir ação rescisória nesta ceifa.

Paulo e Alexandrino (2005. p. 217) alegam que:

Essa regra tem como fundamento o princípio de que a causa de pedir é aberta nos processos objetivos que integram o controle abstrato de normas. Em razão da causa de pedir aberta, tendo em vista o fato de o processo de ADPF ser objetivo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir a decisão, o fará em face da Constituição inteira, e não só dos fundamentos apontados na inicial. Por isso, não é possível pretender-se nova apreciação da questão, mesmo que o novo pedido apresente fundamentação constitucional diversa do anterior.

Essa disposição esculpida no art. 12 da Lei nº. 9.882/99 é semelhante ao disposto no artigo 26 da Lei nº. 9.868/99 que prevê o não cabimento de recurso da decisão, ressalvada a hipótese de cabimento de embargos declaratórios, embora a lei da ADPF não tenha feito ressalva em relação ao cabimento de embargos de declaração, por não se tratar de um recurso propriamente, mas de um instrumento para esclarecimento ou integração de decisão, possivelmente, venha a ser admitido pelo Supremo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o desígnio de efetuar uma abordagem inicial sobre o controle de constitucionalidade das leis, enfocando seu aspecto histórico.

Posteriormente, abordamos o ponto central da discussão, qual seja, a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sem esgotar o tema e sem se aprofundar demasiadamente em especulações que a medeiam.

Vimos que a Constituição Federal foi inexplicavelmente lacônica quanto a esta modalidade de controle, posto que sequer ofereceu parâmetros para a definição do que seriam preceitos fundamentais.

No direito comparado, existem institutos semelhantes a ADPF brasileira, podendo ser destacadas a *Verfassungsbeschwerde* germânica e o *Recurso de Amparo* espanhol. O que difere a nossa ADPF de tais institutos, é que no sistema estrangeiro, qualquer cidadão lesado ou vítima de ameaça de lesão por ato emanado do Poder Público pode se socorrer destes remédios constitucionais.

Consoante a Lei n.º. 9.882/99, a princípio, parece que a arguição, como foi regulada, se tornou realmente um processo objetivo, embora existam opiniões em contrário, alegando que sua forma não seria apenas direta, com legitimidade restritiva.

Essa ação ampliou as hipóteses de apreciação de inconstitucionalidade pelo STF, constituindo verdadeiro avanço institucional ao admitir o controle de constitucionalidade pela Corte Maior de atos normativos municipais, de atos infralegais e de atos normativos anteriores à Constituição.

No que tange à definição de "preceito fundamental", depreendemos que poucos doutrinadores se aventuraram em arrolar tais dispositivos no texto constitucional, ante a vasta gama de possibilidades.

Em que pese seu caráter subsidiário, aparentemente, porém, as poucas decisões em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental deixam a entender que o Supremo Tribunal Federal recebeu a arguição efetivamente como um meio de controle subsidiário. Em suma, sua aplicação na prática deverá ser bastante restrita, cabendo à ADPF apenas quando esgotados todos os meios disponíveis para sanar a lesão ou ameaça de lesão.

Quanto a legitimidade para propor a ADPF perante o STF, por via de controle concentrado, o legislador ordinário fixou o mesmo rol de autoridades arroladas para a propositura da ADIN.

Ressaltou-se, outrossim, a previsão de concessão de medida liminar suspendendo o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada, possuindo sua decisão final eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Portanto, neste estudo, chegamos a conclusão de que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma medida de natureza eminentemente judicial, que tem como meta principal o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos e também não normativos, desde que emanados do Poder Público, com a sua conseqüente declaração de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, RT, n. 30, jul-set 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>>. Acesso em: 03 nov. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 783, jan. 2001.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo: introdução ao direito processual constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

DINIZ, Jean. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*. <http://www.oconcurso.hpg.ig.com.br/profjeanAULA7arguicaodedescdeprecfund.htm>. Acesso em 06 de nov. de 2006.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2596>>. Acesso em: 03 nov. 2006.
fev. 2003.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental : instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. Ed. Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, et. all, 3. ed.(reimpr.), Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas.2000.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas.2000.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas.2000.

MOTA, Silvio. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em:

<http://vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_visitados&page_id=210>.

Acesso em: 27 out. 2006.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em:

<http://vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_visitados&page_id=210>.

Acesso em: 27 out. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

_____. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

_____. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 224, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. A categoria dos preceitos fundamentais na constituição brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, n. 34, jan-mar 2001.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). *A arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n.º 24, p. 1849-1853,

_____. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 01 v.

ANEXOS

LEI Nº 9.882. DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

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

II - (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral

da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

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

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

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

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

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

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

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

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

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal,

por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178^º da Independência e 111^º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Dias

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 6.12.1999