

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

KAROLINNE SANTEZA DE ALMEIDA NUNES

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO
BRASIL: UMA ANÁLISE DOS SEUS EFEITOS EM CASOS PRÁTICOS

SOUSA

2015

KAROLINNE SANTEZA DE ALMEIDA NUNES

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO
BRASIL: UMA ANÁLISE DOS SEUS EFEITOS EM CASOS PRÁTICOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

SOUSA

2015

KAROLINNE SANTEZA DE ALMEIDA NUNES

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO
BRASIL: UMA ANÁLISE DOS SEUS EFEITOS EM CASOS PRÁTICOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora:

Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Pelas incansáveis lições de vida, por terem acreditado que a educação é o maior bem que podem me deixar e, especialmente, pelo amor imenso e incondicional, dedico esse trabalho aos meus pais.

Agradecimentos

A Deus, razão de todas as minhas conquistas, fonte de toda sabedoria. É a Ti que devo minha gratidão, pela saúde, força e pela Tua incomparável presença.

Aos meus pais, Almir Nunes e Grigorina Regina, pessoas de fibra, que me deram sempre todo amor e apoio necessário, e incontáveis vezes abdicaram de seus sonhos para que eu pudesse sonhar, dando-me oportunidades que não puderam ter, sempre me guiando pelos caminhos retilíneos do saber. São para mim o melhor exemplo a seguir.

Ao meu irmão Kaio Sales pelo companheirismo, apoio e por todas as dificuldades que enfrentamos juntos.

A minha avó Regina por todo o carinho e toda a ajuda.

A todos os meus familiares, pela torcida, amor e orgulho que demonstram sentir, sempre prontos para me estender a mão, emprestando um pouco de força para que eu continuasse nessa batalha.

A Thaysa Carvalho e Luiza Catarina pela presteza que sempre tiveram e pela alegria que fez a diferença nas horas de cansaço, estresse e esgotamento psicológico.

As meninas do SEBRAE, Tatiany, Iuska, Bárbara e Albanyse, pelas tardes mais bem aproveitadas e pelo dinheiro mais bem gasto com bolo mesclado. As meninas do A.M.E.M., Laryce, Hyana, Ana Lúcia, Hyara, Jamyelle, Julieta, Yana Bruna, Ruanna, Elissamara e Izabel, por não deixarem que o tempo e a distância nos separassem.

A Monick e toda a sua família, pessoas especiais que jamais esquecerei, por todo carinho, amizade e respeito e por termos dividido alguns bons anos de nossas vidas em perfeita harmonia.

A minha orientadora Vanina Oliveira, pela oportunidade que me proporcionou ao trabalhar o tema com a sua supervisão e apoio, por toda dedicação, empenho, sabedoria, paciência e disponibilidade, que mesmo com toda a carga de compromissos e atribuições sempre me atendeu de forma tão atenciosa e que considero uma amiga que transformou meus ideais em realizações. Obrigada pela

amizade, pelo zelo, pelo coração grandioso, pelo companheirismo, pela alegria e pela força no olhar.

A professora Jacyara, que me contagiou com a paixão pelo Direito Constitucional desde a sua primeira aula, pela colaboração sempre tão generosa durante toda a caminhada acadêmica e pela influência que recebi nessa jornada.

Aos mestres da UFCG, do Colégio Luciano Feijão e do CEVP, que, muitas vezes, foram mais do que mestres, sendo conselheiros, orientadores e amigos.

A todos aqueles que me incentivaram, emissores de energias positivas, que direta ou indiretamente estão contribuindo para mais esse passo importante da minha vida.

RESUMO

O presente trabalho analisará a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) de forma que haja a demonstração da adequação desta ação como instrumento hábil a assegurar e realizar os direitos e garantias fundamentais. A ação de arguição, quando inaugurada, ampliou largamente o poder jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro, e está prevista no art. 102, § 1º, da CF/88, e ainda na Lei nº 9.882/99, que elenca as regras de processamento e julgamento da ADPF. Existem várias complicações, lacunas e prejuízos no histórico brasileiro da ação de arguição, como o atraso na regulamentação, a possível declaração de inconstitucionalidade da modalidade incidental, entre outros, mas nenhum deles prejudicou a atuação da ADPF, que encontra um grande fortalecimento na sua utilização pelo Poder Judiciário. Com efeito, busca-se a demonstração da concretização da ação, de forma que seja ressaltado que ela já consegue alcançar os objetivos para os quais foi criada. Essa delimitação se deu com base no método dedutivo, partindo-se do estudo dos princípios, conceitos e fundamentos do controle de constitucionalidade, até para ressaltar as características da recém-inaugurada ADPF. Para tanto, será utilizado o método de procedimento histórico-evolutivo para a demonstração da dinamicidade da ação de arguição, que se adapta às necessidades sociais, e do método exegético-jurídico, apresentando-se a jurisprudência construída sobre a ADPF. Também será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, com referências teóricas a fundamentar a construção da ideia central. A fim de se verificar a concretização de tal ação, foram analisados alguns julgados proferidos pelo STF, que são fontes do engrandecimento e da expansão de novos e antigos direitos. Assim, constata-se que a ADPF está se tornando um real instrumento de criação e renovação de direitos, suprimindo determinadas lacunas existentes no controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade das leis. Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Concretização de direitos.

ABSTRACT

The present paper will analyze the argumentation of allegation of disobedience of fundamental precept (ADPF) so that there is a demonstration of the appropriateness of this action as an effective instrument to ensure and fulfill the rights and fundamental guarantees. The complaint of action, when inaugurated, greatly broadened the national power in the Brazilian legal system and is provided for in art. 102, § 1º of CF/88, and also in Law nº 9.882/99. That shows the rules of processing and judgment of ADPF. There are several complications, gaps and losses in Brazilian history complaint action, such as the delay in the regulations, the possible declaration of unconstitutionality of incidental mode, etc. but none of them harmed the performance of the ADPF that finds a great strength in its use by the judiciary. Indeed, it seeks to demonstrate the implementation of the action so that it is highlighted that it may already achieve the objectives for which it was created. This delineation was made based on the deductive method, starting from the study of the principles, concepts and fundamentals of judicial review, even to highlight the features of the recently inaugurated ADPF. Therefore, we will use the method of historical and evolutionary procedure for demonstrating the dynamics of argumentation action that adapts to social needs, and the exegetical and legal method presenting the jurisprudence built on the ADPF. Also will be used the bibliographical research technique with theoretical references to support the construction of the central idea. In order to monitor the achievement of such action, analyzed some judged handed down by the Supreme Court, which are sources of aggrandizement and expansion of new and old rights. Thus, it appears that the ADPF is becoming a real instrument of creation and renewal rights, supplying certain shortcomings in the concentrated control of constitutionality.

Key-words: Constitutionality control of laws. Allegation of disobedience of fundamental precept. Concretion of rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI interventiva - Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva
ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU - Advogado Geral da União
Art. – Artigo
CC – Código Civil
CCJ - Comissão de Constituição e Justiça
CF – Constituição Federal
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CPB - Código Penal Brasileiro
EC – Emenda Constitucional
ECT – Empresa de Correios e Telégrafos
EUA – Estados Unidos da América
Min. – Ministro
MS – mandado de segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PGR - Procurador-Geral da República
Rel. - Relator
RI - Representação de Inconstitucionalidade Estadual
STF – Supremo Tribunal Federal
TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	15
2.1 FUNDAMENTOS, CONCEITO E PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	15
2.2 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO.....	19
2.2.1 O controle pela Suprema Corte dos Estados Unidos (sistema constitucional norte-americano)	19
2.2.2 Sistema Constitucional Austríaco	22
2.3 ESPÉCIES DE CONTROLE: PREVENTIVO E REPRESSIVO.....	23
2.4 HISTÓRICO DO CONTROLE NO DIREITO BRASILEIRO.....	28
2.5 TIPOS OU ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE	31
3 DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL ...	35
3.1 HISTÓRICO DA ADPF.....	35
3.2 DEFINIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	38
3.3 CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF.....	41
3.4 MODALIDADES OU HIPÓTESES DE CABIMENTO	44
3.5 LEGITIMIDADE E CAPACIDADE POSTULATÓRIA.....	48
3.6 REGRAS PROCEDIMENTAIS.....	51
4 A REPERCUSSÃO DOS JULGAMENTOS DE ADPF NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	55
4.1 ADPF Nº 45: INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	55
4.2 ADPF Nº 46: MONOPÓLIO DOS CORREIOS.....	59
4.3 ADPF Nº 54: INTERRUPÇÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO.....	62
4.4 ADPF Nº 130: NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA (LEI Nº 5.250/67) PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	66
4.5 ADPF Nº 187: CONSTITUCIONALIDADE DA “MARCHA DA MACONHA” ..	68
4.6 ADPF Nº 132: REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	70
4.7 ADPF Nº 186: RESERVA DE VAGAS PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR.....	73

4.8	A CONCRETIZAÇÃO DOS EFEITOS DA ADPF	75
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
	REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 está inserida no ápice da pirâmide normativa, exigindo-se, assim, de todas as normas que sejam produzidas, a observância aos princípios e regras nela estabelecidos. Partindo-se dessa premissa, a validade das leis não depende apenas da forma da sua produção, mas também é importante a adequação do seu conteúdo material com as normas constitucionais.

O constituinte buscou todos os meios possíveis para a garantia plena e eficaz da supremacia constitucional sobre o ordenamento infralegal. Assim, a verificação da compatibilidade e da adequação vertical entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais é realizada através do controle de constitucionalidade. Esse é o instrumento idealizado para preservar a harmonia e a integridade de todo o sistema jurídico.

As ações do controle concentrado de constitucionalidade analisam a lei ou ato normativo em tese, e dentre essas ações previstas pela Constituição Federal, está a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O objetivo principal proposto é a demonstração que esta ação de arguição está se tornando um efetivo instrumento de efetivação de direitos, bem como já é um meio eficaz de fiscalização das normas.

Também se objetiva analisar o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, apontando seus fundamentos, princípios norteadores e divisões; apresentar a definição exemplificativa de preceito fundamental, além de discorrer acerca do caráter subsidiário da ADPF e detalhar as modalidades, as hipóteses de cabimento, bem como a legitimidade ativa e o procedimento da ação de arguição.

O tema a ser tratado neste trabalho é de importante discussão no meio acadêmico, sendo imperativo analisar os problemas que rodeiam a principal forma de proteção da lei maior do Estado, especialmente na modalidade da ADPF que é uma ação ainda nova no ordenamento. Essa ação pode estar com sua atuação prejudicada e reduzida, por isso é importante que, mesmo com esse provável problema, seja demonstrado ao longo do trabalho que, em seu desempenho, a ação de arguição consegue cumprir aos poucos o objetivo ao qual se propõe.

Nessa esteira, com o propósito de evidenciar a consolidação das normas que direcionam a ADPF, através do método dedutivo, partir-se-á da análise dos

princípios, fundamentos e definições gerais do controle de constitucionalidade das leis, de forma a construir o conceito e elucidar as características e peculiaridades da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

E ainda, pelo método de procedimento exegético-jurídico, serão delineados os principais aspectos da pesquisa, buscando expor de forma crítica os entendimentos construídos nos julgamentos de ADPF, de forma a externar a real vontade jurisdicional. Será utilizado também o método histórico-evolutivo, de modo a deixar claro que o sentido da ação de arguição é dinâmico, se alterando de acordo com as necessidades sociais.

A técnica de pesquisa a ser utilizada será a bibliográfica, havendo o levantamento de referências teóricas já estudadas por doutrinadores pátrios, o que permite uma ampliação do conhecimento do assunto. Assim, a pesquisa englobará as já citadas decisões em sede da ação em comento.

A ação de arguição ganha destaque porque é possuidora de algumas peculiaridades individuais, como o objeto e o campo de incidência, sendo mais uma garantia constitucional que busca a preservação e a obediência aos mandamentos constitucionais.

Inicialmente a disposição Constitucional que previu tal ação apresentava uma deficiência, pois possuía eficácia limitada à criação de uma lei que ainda não existia. Esse problema foi suprido apenas em 1999, com a Lei nº 9.882, que elenca as regras de processamento e de julgamento da ADPF.

Com esse enorme lapso temporal (desde a promulgação da Constituição em 1988 até a edição da lei em 1999), a ADPF passou por um longo período sem efetividade estando regulamentada há pouco mais de quinze anos, o que pode inicialmente demonstrar fragilidade e imaturidade desta ação no sistema brasileiro de controle concentrado.

Além dessa carência, serão examinados alguns pontos controversos relativos à ADPF. O primeiro deles encontra-se na dificuldade em apresentar a definição de preceito fundamental. Esse conceito não foi feito de forma expressa pela lei, ficando a cargo do STF e da doutrina essa delimitação.

Também será necessário discorrer acerca do caráter subsidiário da ação de arguição, que, conforme disposição legal, só é cabível se não houver qualquer outro meio eficaz para sanar a violação aos preceitos fundamentais. Esse tema é conflitante na doutrina, havendo vários posicionamentos e interpretações.

A Lei nº 9.882/99 elenca duas modalidades da ação de arguição, que também serão destacadas. A primeira é a arguição autônoma, prevista no art. 1º da referida lei, e tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de atos do Poder Público. A segunda modalidade é a arguição incidental, que abarca a análise de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Essa arguição incidental é alvo de questionamentos, pois figura como objeto de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI, proposta pelo Conselho Federal da OAB, que pede pela sua invalidação, embasada em fundamentos a serem estudados conjuntamente com essa modalidade de arguição.

Ainda serão apresentados os legitimados ativos para a propositura da ADPF, bem como a distinção entre legitimados universais e legitimados especiais. E, por sua vez, o processamento da ação será ressaltado, com as devidas referências às normas da Lei nº 9.882/99, que, em alguns pontos, devem ser afastadas ou complementadas em conformidade com o que dita o texto constitucional.

Nessa esteira, o conceito do controle de constitucionalidade adotado no ordenamento jurídico será apresentado, bem como serão apontados os principais fundamentos, princípios e espécies que norteiam a atuação desse instituto no Poder Judiciário Brasileiro.

Também será apreciado o surgimento do controle de constitucionalidade no direito comparado, de onde emanaram os ideais adotados atualmente, bem como uma exposição progressiva do instituto no direito brasileiro, com apontamentos das suas ações na evolução das Constituições brasileiras.

Nesse lume, serão fornecidos os elementos essenciais, a fundamentação jurídica e a base histórica da mais recente modalidade de ação instituída no controle concentrado do ordenamento brasileiro, que é a ADPF.

A concretização da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ganhará maior ênfase no último capítulo. Para isso, será discutido o papel de destaque que vem sendo atribuído às decisões proferidas em casos desta ação. Tal discussão terá base em alguns julgados recentes do Supremo Tribunal Federal.

Serão analisadas a ADPF nº 45, a ADPF nº 46, a ADPF nº 130, a ADPF nº 54, a ADPF nº 187, a ADPF nº 132 e a ADPF nº 186, pois possuíram enorme

repercussão na preservação da segurança jurídica do ordenamento jurídico, sendo efetivos instrumentos garantidores de direitos.

2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição é a norma que representa diretamente o Estado, pois ela dispõe sobre todo o seu funcionamento e suas atividades. Com tamanha relevância, conclui-se que desequilibrar a estabilidade da Constituição significa desordenar o sistema vigente no país. E, a partir da quebra dessa estabilidade, a fiscalização de constitucionalidade agirá, pois foi prevista para manter a defesa da Constituição.

Nessa esteira, o presente capítulo tratará do instituto previsto pela Carta Constitucional para a defesa da integridade do ordenamento jurídico.

2.1 FUNDAMENTOS, CONCEITO E PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O controle de constitucionalidade é um instrumento necessário no Estado de Direito, pois é o meio de garantir os preceitos elencados na Constituição Federal, sendo um instituto assegurador diante das possíveis ofensas aos direitos consagrados no texto constitucional.

O principal fundamento do controle de constitucionalidade é baseado no Princípio da Supremacia da Constituição e no Princípio da Rigidez Constitucional. Há ainda o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Conjugando o pensamento exposto, Dantas (2012, p.168, ss) acrescenta que:

[...] é fácil concluir que o controle de constitucionalidade pressupõe a existência de rigidez constitucional e, por consequência, de supremacia jurídica da constituição em face das demais espécies normativas que compõem o ordenamento jurídico estatal. Ademais, o inverso também é verdadeiro. Caso não existam mecanismos de controle da adequação das normas aos ditames fixados pela constituição, não se pode falar em rigidez constitucional e supremacia jurídica da carta magna.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi embasada no Princípio da Rigidez Constitucional, o que significa que as normas infralegais produzidas no país não têm o condão de alterar a Constituição, pois o modelo de alteração da Constituição é diferenciado. Corroborando o explanado, Cunha Júnior (2007, p. 31) elucida que “a Constituição rígida se caracteriza por demandar um

processo especial para a sua alteração, que se apresenta distinto, mais solene e excessivamente mais complexo e difícil do que aquele previsto para a elaboração das leis comuns”.

Do princípio da rigidez constitucional surge como consequência lógica a supremacia constitucional, pela qual as normas constitucionais põem-se acima das demais normas jurídicas, havendo relação de hierarquia entre a Constituição e as demais espécies normativas.

Nesse sentido, Moraes (2008, p. 114) esclarece que: “o princípio da supremacia constitucional denota que a Constituição veicula as normas jurídicas de máxima hierarquia no sistema de Direito Positivo, figurando como fundamento de validade de todo o ordenamento normativo”.

Assim, verifica-se que com a rigidez constitucional há um escalonamento natural entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, de forma que o princípio da supremacia constitucional poderá atuar impedindo que as normas que se encontrem abaixo da Constituição possam alterar os dispositivos constitucionais e violar suas bases materiais e formais. E, ainda aproximando os dois princípios, Moraes (2008, p. 116) ressalta que:

Portanto, a supremacia e a rigidez são princípios correlacionados, sendo certo que a supremacia, necessariamente, assegura a rigidez da Constituição, posto que as normas constitucionais somente funcionam como fundamento de validade das normas infraconstitucionais na medida em que haja um procedimento dificultado de reforma constitucional [...].

A supremacia e a rigidez, portanto, garantem a unidade do ordenamento jurídico e a preservação dos valores do Estado. E desses princípios surge a necessidade de controlar a constitucionalidade das leis, conforme Cunha Júnior (2007, p. 33), quando menciona que: “tudo isso porque a Constituição deve ser preservada, não só por si mesma, mas porque é a maneira encontrada para resguardar os mais básicos e fundamentais valores acolhidos pela sociedade”.

Por fim, há como fundamento do controle o Princípio da Presunção de Constitucionalidade das leis. A regra é que todo o arcabouço de normas produzidas no país está de acordo com a Constituição Federal, ou seja, a presunção é a de que todas as normas produzidas são compatíveis do ponto de vista material e formal com o que elenca a Constituição. Mas essa presunção não é absoluta, pois não há garantia que o legislador observará rigorosamente as normas constitucionais.

Nessa linha de pensamento, Paulo (2012, p. 759) registra que:

Por esse motivo – elaboração normativa segundo a vontade do povo -, e em prol do postulado da segurança jurídica tem-se que as leis e os atos normativos editados pelo Poder Público são protegidos pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis (ou presunção de legitimidade das leis).

Decorrente desses princípios, temos que as leis e atos normativos estatais deverão ser considerados constitucionais, válidos e legítimos até que venham a ser formalmente declarados inconstitucionais por um órgão competente para desempenhar esse *mister*. Enquanto não formalmente reconhecidos como inconstitucionais, deverão ser cumpridos, presumindo-se que o legislador agiu em plena sintonia com a Constituição – e com a vontade do povo, que lhe outorgou essa nobre competência.

Dessa forma, verifica-se que as espécies normativas, bem como as normas constitucionais derivadas, gozam de presunção relativa de constitucionalidade, ou seja, nascem produzindo seus efeitos jurídicos, mas podem ser declaradas inconstitucionais.

A exceção se dá no caso de normas constitucionais originárias, que já foram declaradas como normas absolutamente constitucionais. Lenza (2010, p. 247) assevera que:

[...] as normas constitucionais fruto do trabalho do poder constituinte originário serão sempre constitucionais, não se podendo falar em controle de sua constitucionalidade. Os aparentes conflitos devem ser harmonizados por meio da atividade interpretativa, de forma sistêmica.

Já o trabalho dos poderes derivados [...] pode ser declarado inconstitucional, uma vez que referido poder é condicionado aos limites e parâmetros impostos pelo originário.

Assim, o poder constituinte originário, ao instaurar uma nova ordem jurídica, rompendo definitivamente com a anterior, possui autonomia, é incondicionado e ilimitado, não se submetendo a nenhuma forma prefixada.

Devido a isto, as normas constitucionais originárias não podem figurar como objeto do controle de constitucionalidade, pois gozam de presunção absoluta de constitucionalidade.

O conceito mais básico e simples do controle de constitucionalidade é que ele realiza a verificação de compatibilidade material e formal das normas com a Constituição Federal, avaliando se o conteúdo e/ou a forma pela qual foi prescrita estão realmente de acordo com o que determina o texto constitucional.

Nesse lume, Bulos (2014, p.186) define controle de constitucionalidade como sendo:

O instrumento de garantia da supremacia das constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna. [...]. Enquanto a inconstitucionalidade é a doença que contamina o comportamento desconforme à constituição, o controle é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional. [...]

O pré-requisito para a existência do controle de constitucionalidade é a necessidade de preservar a supremacia, material e formal, das constituições [...]. É o escalonamento normativo que irá situar a posição hierárquica dos atos jurídicos, funcionando como parâmetro de fiscalização (supremacia formal).

Moraes (2010, p.711-712) também elenca a ideia central de controle, destacando que:

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, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

E ainda, conjugando o pensamento exposto, Moraes (2008, p. 129) esclarece que:

O controle de constitucionalidade é conceituado como juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a Constituição.

[...] o controle de constitucionalidade é o sistema de imunização da Constituição, dado que a atividade preventiva ou repressiva [...] pode importar na invalidação de normas infraconstitucionais [...], em virtude da supremacia e rigidez da Constituição. (Grifos do autor).

Diante desses conceitos, observa-se que o principal objetivo do controle é efetivamente preservar a superioridade jurídica da norma constitucional. Então, percebe-se que a análise da adequação vertical entre as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais é realizada pelos mecanismos do controle de constitucionalidade, sempre ocorrendo comparações dos atos legislativos, normativos ou administrativos com o parâmetro da Constituição.

2.2 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

É certo que, com o surgimento vitorioso do constitucionalismo no século XIX, começaram as grandes reivindicações políticas clamando por delimitações ao poder do Estado. Isso seria feito pela criação de uma lei maior que não pudesse ser modificada pelo legislador, garantindo, assim, os direitos dos cidadãos e a real democracia. Partindo desse ideal, serão analisados os dois principais sistemas de controle da constitucionalidade das leis no direito comparado.

2.2.1 O controle pela Suprema Corte dos Estados Unidos (sistema constitucional norte-americano)

Ao investigar o momento histórico em que vivia os Estados Unidos, pode-se entender o surgimento do controle judicial de constitucionalidade naquele país. Por isso, através das investigações históricas que serão apresentadas, ficará revelado como ocorre o controle nos Estados Unidos.

A demonstração da superioridade constitucional norte-americana vem prevista no artigo VI da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, nos seguintes termos:

Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.

[...]

ARTIGO VI

[...] Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

Observa-se que essa previsão é considerada a semente do controle de constitucionalidade no direito comparado, pois foi em tal dispositivo que a Suprema Corte norte-americana encontrou fundamentos para realizar controle em diversos casos. No início do século XIX, o controle ganhou ainda mais destaque, tendo sido aplicado em um caso importante, com decisão clara e célere, que ficou conhecido como o caso *Marbury versus Madison*.

Citando a narrativa dos fatos, Lenza (2010, p. 223, ss) expõe que:

John Adams, presidente dos EUA, foi derrotado na eleição presidencial por Thomas Jefferson.

Adams resolveu, antes de ser sucedido por Jefferson, nomear diversas pessoas ligadas ao seu governo como juízes federais, destacando-se William Marbury, cuja “comissão” para o cargo de “juiz de paz” do condado de Washington foi assinada por Adams, sem, contudo, ter-lhe sido entregue.

Jefferson, por sua vez, ao assumir o governo, nomeou James Madison como seu secretário de Estado e, ao mesmo tempo, por entender que a nomeação de Marbury era incompleta até o ato da “comissão”, já que esta ainda não lhe havia sido entregue, determinou que Madison não mais efetivasse a nomeação de Marbury. [...]

Naturalmente, Marbury acionou Madison pedindo explicações. Sem resposta, Marbury resolveu impetrar *writ of mandamus*, buscando efetivar sua nomeação”. (Grifos do autor)

E nesse sentido, Marinone (2012, p. 726-727) adverte que:

James Madison, Secretário de Estado do recém-empossado Thomas Jefferson, negou-se a entregar os atos de investidura àqueles que foram excluídos pela falta de tempo. Foi por isso que Marbury, ao final do ano de 1801, propôs ação originária perante a Suprema Corte, requerendo ordem de *mandamus* para compelir Madison a entregar-lhe o ato de investidura. A ação foi proposta com base no § 13 do *Judiciary Act* de 1789, uma das primeiras leis que o Congresso, recém-criado pela nova Constituição, havia editado. (Grifos do autor).

Verifica-se que o julgamento desse impasse veio ocorrer apenas após alguns anos de intentada a ação, e segundo Marinone (2012, p. 727):

O caso só veio a ser julgado pela Suprema Corte em 1803. Marshall entendeu que Marbury tinha direito à investidura no cargo. [...]. Raciocinou nos termos de que todo direito deve ter à sua disposição um instrumento processual para protegê-lo.

[...] Marshall enfim chega à questão cuja solução outorgaria imprevisível valor ao precedente. O problema passou a ser o de se a lei que conflita com a Constituição é válida e a Suprema Corte possui poder para invalidá-la ou, ao menos, deixar de aplicá-la.

O raciocínio empregado por Marshall apresenta duas proposições alternativas. Ou a Constituição é a lei suprema, incapaz de ser modificada mediante os meios ordinários, e desta forma a lei que lhe é contrária não é uma lei, ou a Constituição está no mesmo nível das leis ordinárias, e, como estas, pode ser modificada quando desejar o legislador. Observa que, se fosse verdadeira a segunda proposição, as Constituições escritas não passariam de uma absurda tentativa de limitar um poder - o legislativo - por sua natureza ilimitável. Mas, como a Constituição é a lei fundamental e suprema da nação, a conclusão só pode ser a de que o ato do legislativo que contraria a Constituição é nulo. [...]

Em resumo, o precedente firmado em *Marbury v. Madison* afirmou a superioridade da Constituição, outorgando-lhe caráter de lei que subordina todas as outras. A partir daí, demonstrou que o Judiciário, ao se deparar com lei que contraria a Constituição, deve deixar de aplicá-la, simplesmente pela circunstância de lhe incumbir interpretar as leis e eliminar os conflitos entre elas.

Sobre todo o ocorrido neste caso, Moraes (2010, p. 720, ss) dispõe que:

A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803) em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo. [...]

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, sob inspiração norte-americana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana [...].

Nessa esteira, Cunha Júnior (2009, p. 269), destaca que:

A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação de leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que [...] o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior.

Assim, a partir desse caso, difundiu-se o pensamento de que todos os juízes e tribunais deveriam aplicar normas compatíveis com a Constituição, afastando as normas inconstitucionais, que violam gravemente a supremacia da norma constitucional. Essa ideia que resultou do caso *Marbury versus Madison* é o conceito do controle difuso de constitucionalidade, que surgiu, portanto, historicamente na tradição do *common law*.

2.2.2 Sistema Constitucional Austríaco

Quando surgiu a ideia de controle na Europa, já se sabia que nos Estados Unidos existia um controle de constitucionalidade difuso e concreto, nos moldes do narrado no tópico acima.

Mas o método adotado pelo sistema do *common law* não foi bem adaptado e recebido pelos países que faziam parte do sistema do *civil law*, ou seja, o sistema norte-americano não era muito favorável aos países que viviam sob a égide da lei. Dessa forma, a Áustria, como a grande maioria dos países europeus, não seguiu o modelo de controle difuso de constitucionalidade (DIMOULIS, 2011).

O sistema austríaco foi idealizado por Kelsen, através do projeto elaborado para a Constituição da Áustria, que se fundamentava no ajuizamento de ações diretas que resolvessem controvérsias judiciais. A análise da constitucionalidade seria realizada de forma abstrata e a verificação da compatibilidade entre as normas era destinada a apenas um órgão do Judiciário.

Sobre o sistema criado pela Constituição Austríaca, Marinone (2012, p.733) lembra que:

O sistema concentrado de constitucionalidade também é chamado de sistema austríaco. [...] Kelsen, ao menos nesta época, tinha uma concepção formalista da Constituição, vendo-a como norma jurídica que se coloca no vértice do ordenamento, entendido como sistema hierárquico organizado por graus ou, esquematicamente, como uma escala sobre a qual se colocam as diversas fontes do direito. [...]

Kelsen entendeu ser necessário prever, na Constituição, um órgão competente para analisar a compatibilidade da produção legislativa com as normas constitucionais. Assim, a Constituição austríaca, de 1920, criou uma Corte Constitucional [...] habilitada a realizar o controle da constitucionalidade das leis. Note-se, no entanto, que o pensamento formalista de Kelsen mostrou-se altamente importante para se chegar à ideia de que bastaria um único órgão para analisar a compatibilidade das leis com a norma jurídica fundamental (a Constituição) e, inclusive, para se assimilar o conceito de decisão de caráter abstrato — independente das situações concretas — e dotada de efeitos gerais.

Acerca dessa ideia, Moraes (2010, p. 716) destaca que:

Posteriormente, em 1920, a Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado nos Estados Unidos, pois não se pretendia a

resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.

Esse novo controle divergia do controle difuso, pois não permitia que todo juiz ou tribunal analisasse a qualidade das normas. Nesse lume, Cunha Júnior (2009, p. 281) ressalta que “a ideia de Kelsen foi revelada num projeto que ele mesmo apresentou [...] à elaboração da Constituição daquele país [...]. O sistema austríaco-kelseniano [...] difere fundamentalmente [...] do controle difuso, em diversos pontos”.

Assim, pode-se verificar que Hans Kelsen construiu, na norma constitucional, um modelo de controle de constitucionalidade que não colocaria em risco a separação de poderes. Nesse diapasão, o controle só poderia ser realizado por um único tribunal, órgão de cúpula do Poder Judiciário. Na Áustria, como foi ressaltado no trecho supracitado, esse órgão era chamado de Tribunal Constitucional.

2.3 ESPÉCIES DE CONTROLE: PREVENTIVO E REPRESSIVO

A fiscalização do controle de constitucionalidade pode ser realizada preventiva ou repressivamente. Essa divisão acontece com base no momento da realização do controle de constitucionalidade.

Motta (2013, p. 727) explica as modalidades de controle de constitucionalidade, asseverando que:

Vejamos o Estado como um grande organismo cujo centro de comando (o cérebro) seja a Constituição.

Dentro desse contexto percebemos a existência de vários sistemas vitais submetidos às ordens do cérebro, sejam ordens conscientes ou, mesmo, automáticas. Como todo organismo razoavelmente desenvolvido, esse também possui um sistema de defesa responsável pela manutenção do equilíbrio metabólico. Supondo que um vírus invasor seja detectado, aciona-se, de imediato, esse sistema de defesa, que deverá localizar identificar e expurgar o inimigo da “corrente sanguínea” do Estado, restabelecendo a perfeita obediência dos sistemas afetados às determinações da Constituição-cérebro.

Interessante notar que esse sistema de defesa pode ser acionado quando o vírus ainda não se está reproduzindo, ainda se encontra incubado, oferecendo um perigo potencial enquanto projeto de lei inconstitucional, situação que exigirá uma medicina profilática.

Todavia, se as medidas preventivas falharem, ainda restará uma segunda linha de defesa a ser acionado, um controle repressivo, ou seja, curativo, tendo por escopo destruir o vírus que insiste em regular as relações

jurídicas de forma contrária aos ditames da Constituição cérebro. Esse último baluarte de defesa do organismo estatal não pode falhar sob pena de a infecção oportunista se generalizar e o Estado perecer dentro de um completo caos metabólico, ocasionando a falência inclemente de todas as instituições, ou, pior, degenerando para uma autocracia brutal e insensata.

Com efeito, o controle preventivo é realizado no momento da formação do ato normativo, ou seja, durante o processo legislativo. Nos termos de Dimoulis (2011, p. 80): “o objetivo é eliminar normas inconstitucionais antes que sejam promulgadas”. O controle preventivo será realizado pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No âmbito do Legislativo, a futura norma será analisada pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), que emitirão um parecer. Se tal parecer for pela inconstitucionalidade, o projeto de lei deverá ser rejeitado e arquivado. Mas a CCJ poderá oferecer emenda ao projeto, corrigindo o vício que macula a validade (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012).

O Executivo participará do controle preventivo quando vetar os projetos de lei. Esse veto pode ser político (se considerar o projeto contrário ao interesse público) ou jurídico (se considerar inconstitucional), nos termos do art. 66, § 1º, da CF/88.

Já o Judiciário pode participar do controle preventivo garantindo aos parlamentares o devido processo legislativo, vedando a participação destes em procedimentos desconformes com as regras constitucionais. Nesse contexto, Dantas (2012, p.192) ressalta que:

De fato, o modelo de controle de constitucionalidade instituído em nosso país permite ao Poder Judiciário, em uma única hipótese, realizar o controle preventivo da constitucionalidade das normas. Trata-se do caso de *impetração de mandado de segurança, por parlamentar, perante o Supremo Tribunal Federal, contra ato que tenha importado em ofensa às normas constitucionais do processo legislativo*.

O controle repressivo, diferentemente do preventivo, será realizado sobre a lei já pronta, conforme Puccinelli Júnior (2012, p. 135) “o controle repressivo ocorre depois de concluído todo o processo de elaboração”.

No Brasil o controle repressivo é previsto como controle jurisdicional misto, pois pode ser feito de forma concentrada (via de ação) ou difusa (via de defesa), sendo realizado, somente pelo Poder Judiciário, mas há algumas exceções.

Observa-se que a primeira delas vem prevista no art. 49, V, da CF/88, que dá ao Poder Legislativo o poder de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar (decretos e regulamentos para fiel execução de leis ou decretos autônomos), bem como os atos que excedam aos limites das delegações legislativas (leis delegadas). Em tais casos, Moraes (2010, p.719) adverte que “o Congresso Nacional editará um decreto legislativo sustando o decreto presidencial (CF, art. 84, IV) ou a lei delegada (CF, art. 68), por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições”.

A segunda exceção é a prevista no art. 62, da CF/88, que elenca a possibilidade de o Congresso Nacional considerar como inconstitucional as medidas provisórias expedidas pelo Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, Lenza (2010, p. 219) adverte que “entendendo-a inconstitucional (vejam: as medidas provisórias têm força de lei) o Congresso Nacional estará realizando controle de constitucionalidade”.

Há ainda a possibilidade do Poder Executivo determinar aos seus órgãos, como forma indireta de controle repressivo, que deixem de aplicar administrativamente leis, ou atos com força de lei, que considerem inconstitucionais, através de um ato administrativo.

Nesse lume, Dantas (2012, p. 189) registra que existe a possibilidade do “Chefe do Poder Executivo (e somente este) realizar também controle político de constitucionalidade [...] quando se deparar com uma norma manifestamente inconstitucional, até que a Corte Suprema se manifeste sobre a questão”.

Registre-se também, como mais uma exceção, que o Tribunal de Contas da União (TCU), no caso concreto, atuando de modo incidental, também pode apreciar a constitucionalidade de lei e deixar de aplicá-la. Esse é o mandamento presente na Súmula nº 347, do STF¹.

O Brasil recebeu influência do sistema dos Estados Unidos e do sistema da Áustria, tratados no tópico anterior, de forma que dentro do controle repressivo de constitucionalidade brasileiro, existe o controle difuso e o controle concentrado. Nesse sentido, Moraes (2008, p. 143) explana que “o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é eclético ou híbrido, dado que coexistem todas as espécies e modalidades admitidas em Direito Comparado”.

¹Assim dispõe a Súmula nº 347 do STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Percebe-se que existem diferenças primordiais entre os dois que os tornam dois extremos de um sistema constitucional híbrido. Nesse ponto, Dantas (2012, p.188) traz, de forma sucinta, as diferenças entre os dois sistemas de controle existentes:

- **O controle difuso (ou por via de exceção ou defesa)**, criado pelos norte-americanos, permite a qualquer juiz ou tribunal realizar – este o motivo de ser denominado de difuso -, no julgamento de um caso concreto, a análise incidental da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. No controle difuso, portanto, a análise da constitucionalidade do dispositivo não é o objeto principal da ação, sendo apreciada apenas em caráter incidental.
- **O controle concentrado (ou por via de ação direta)**, criado pela Constituição austríaca, é aquele realizado pela Corte Suprema de um país, e que tem por objeto a obtenção da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em tese, independentemente da existência de casos concretos em que a constitucionalidade esteja sendo discutida. (Grifos do autor).

E ainda sobre os tipos de controle de constitucionalidade, Correia (2012, p. 74) esclarece que:

No controle difuso, que se dá pela via de exceção, o jurisdicionado pretende que a inconstitucionalidade seja submetida, em face do caso concreto no qual se encontra envolvida, ao Poder Judiciário. Trata-se de um questionamento que se dá em toda e qualquer esfera do Judiciário – daí o nome de controle difuso, isto é, disperso e passível de ser controlado por qualquer juiz a que o caso concreto for submetido.

[...]

No controle concentrado, a questão será colocada perante a Suprema Corte por alguns dos poucos legitimados na Constituição Federal – art. 103 e parágrafos. Como o próprio nome indica, o controle concentra-se no Supremo Tribunal Federal, não se difundindo por atividade de todo e qualquer integrante do Judiciário.

O controle difuso permite que a análise da adequação das normas seja feita por qualquer juiz ou tribunal, mediante um caso concreto levado a julgamento. Assim, a análise da constitucionalidade da norma não é o objeto principal da ação, ou seja, como elucida Siqueira Júnior (2011, p. 143), “o controle difuso é aquele que ocorre incidentalmente no curso de um processo comum”.

A decisão proferida em controle repressivo difuso será *inter partes*. Assim, a lei deixará de ser aplicada somente em relação àquelas partes do processo submetido ao controle difuso (o que não impede que ela seja aplicada livremente em outros casos, pois ela não foi retirada do ordenamento jurídico).

Dessa forma, Siqueira Júnior (2011, p.148) adverte que: “A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável”. A decisão terá efeitos *ex tunc*, ou retroativos, retroagindo até os fatos anteriores à prolação da sentença.

Há, porém, exceções legais quanto a esses efeitos da sentença. Nos termos do art. 52, X, da CF/88, compete ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Esse dispositivo constitucional estabeleceu que o Senado Federal poderá ampliar de *inter partes* para *erga omnes* a declaração de inconstitucionalidade ficando, assim, suspensa a norma declarada inconstitucional, no todo ou em parte, com eficácia para todos. A decisão será publicada através de resolução legislativa.

A outra excepcionalidade fica a cargo da modulação dos efeitos, que pode ser feita pelo STF em suas decisões. Aplicado de forma análoga, o art. 27, da Lei nº 9.868/99, ressalta que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, 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.

Assim, excepcionalmente nas decisões proferidas em controle difuso, o STF poderá conferir eficácia *ex nunc* (não retroativa) ou até mesmo eficácia *pro futuro*, desde que fundamente sua decisão em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

De outra banda, a segunda modalidade de controle repressivo é o concentrado, que também é conhecido como controle por via de ação direta. Ele é realizado privativamente pelo STF e tem por objetivo a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, ou seja, não há caso concreto a ser julgado.

Sobre o controle concentrado, Cunha Júnior (2007, p.159-160) assevera que:

[...] instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de questão principal, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – relembremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial. [...] Por isso, o controle concentrado [...] é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo Tribunal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.

Há, portanto, um processo de natureza objetiva já que não existem interesses particulares a serem apreciados e a análise da constitucionalidade é o objeto principal da ação.

O controle concentrado de constitucionalidade será realizado a partir de cinco ações diretas: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC - art. 102, I, a, da CF/88); Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI - art. 102, I, a, da CF/88); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva - art. 36, III, da CF/88); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO - art. 103, §2º, da CF/88); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF - art. 102, §1º, da CF/88).

A sentença no controle concentrado, como regra geral, terá como efeitos a eficácia *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc* (retroativos). (MORAES, 2010).

Dessa forma, a decisão em controle concentrado terá o condão de tornar a norma declarada inconstitucional nula de pleno direito, retroagindo ao momento de sua elaboração, sendo que tal nulidade terá efeitos para todos os cidadãos.

2.4 HISTÓRICO DO CONTROLE NO DIREITO BRASILEIRO

Com efeito, o controle de constitucionalidade já existe há muito nas Cartas Constitucionais brasileiras, em algumas ele veio previsto de forma mais simples ou restritiva, já em outras encontrou ampliação e novas reformas. A partir da análise separada das previsões constitucionais, será possível notar que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu uma gradativa expansão na ordem jurídica pátria.

Na Constituição brasileira de 1824, estabelecida no período imperial brasileiro, o Poder Moderador era o próprio controle, ou seja, liderava o poder da soberania do Parlamento, de forma que cabia ao próprio Imperador a solução dos conflitos que envolvessem os Poderes (que naquela época eram quatro: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador).

Sobre a Carta de 1824, Agra (2012, p. 658) elenca que “não havia controle de constitucionalidade pelo Judiciário por causa da Supremacia do Parlamento [...] e da relevância do princípio da legalidade, que expressava a vontade geral [...]”.

Por influência do direito norte-americano, o controle difuso surgiu na Constituição Republicana de 1891 e veio expresso literalmente no art. 59 da referida carta constitucional. A previsão do controle difuso se mantém até a Constituição Federal atual (MENDES, 2009).

Por sua vez, a Constituição brasileira de 1934 manteve o controle difuso, mas trouxe inúmeras inovações para o controle concentrado no direito pátrio. Nessa constituição foi prevista a primeira ação do controle concentrado de constitucionalidade, chamada de Representação de Inconstitucionalidade Interventiva (atual ADI interventiva).

Tal ação provoca a jurisdição constitucional para defender o pacto federativo, garantindo a restauração da normalidade da forma de Estado. E essa novidade foi ressaltada por Agra (2012, p. 659) quando menciona que a: “contribuição de relevo da Constituição de 1934 foi a introdução da primeira ação direta de controle de constitucionalidade – a ação interventiva [...]”.

A Constituição de 1934 também estabeleceu um importante papel para o Senado Federal, atualmente previsto no art. 52, X, da CF/88 (já analisado no tópico anterior) embasado no controle difuso norte-americano, dando maior produtividade e efeito para as decisões (CUNHA JÚNIOR, 2007).

Já a próxima Constituição, de 1937, ficou conhecida como Polaca (pois sofreu grandes influências da Carta ditatorial polonesa) e trouxe uma série de retrocessos. Lenza (2010, p. 204) dispõe que: “muito embora tenha mantido o sistema difuso de constitucionalidade, estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário”.

Nessa Constituição houve fortalecimento do Executivo em decorrência da diminuição da participação do Poder Judiciário no controle das leis. Isso ficou evidenciado na redação do parágrafo único, do art. 96, da CF de 1937².

De outra banda, a Constituição de 1946 trouxe um reencontro com a democracia, extinguindo o previsto no artigo 96 supracitado e restaurando os institutos que haviam sido abolidos pela constituição anterior, ou seja, ela manteve o controle da Constituição de 1891 e recuperou as novidades trazidas pela Constituição de 1934, não previstas na Carta de 1937. Nessa esteira Cunha Júnior (2007, p. 87-88) menciona que a Constituição de 1946 “restaura a pureza da doutrina norte-americana da supremacia do Poder Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade”.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, houve a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que trouxe a pioneira previsão da Representação de Inconstitucionalidade Genérica (atual ADI genérica), que possuía como legitimado para a propositura apenas o Procurador-Geral da República. Assim, criou-se uma nova modalidade de ação do controle concentrado, para julgamento originário no STF, que visava o processamento e o julgamento da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (LENZA, 2010).

Já a Constituição outorgada de 1967 não trouxe grandes modificações. Ela manteve o sistema difuso, preservou a Representação de Inconstitucionalidade Genérica e conservou as inovações trazidas pela Constituição de 1934. Mas houve uma novidade, citada por Lenza (2010, p. 204): “[...] a EC n. 1/69 tenha previsto o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município”.

Por fim, a Constituição de 1988, que é a atual Constituição da República Federativa do Brasil, fez uma mudança substancial no controle de constitucionalidade. Ela recebeu todos os institutos nutridos pelas constituições anteriores, reformou e reforçou a jurisdição constitucional, trazendo novas ações, ampliando o sistema concentrado de fiscalização das leis. Ela também ampliou o rol

² Art. 96 – [...]

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado (que até então era apenas o Procurador-Geral da República), previstos no art. 103, da CF/88.

Sobre a Constituição de 1988, Lenza (2010, p. 204, ss) esquematiza em quatro as principais novidades no controle de constitucionalidade:

Em relação ao controle concentrado em âmbito federal, ampliou a **legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade**, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República. [...]

Estabeleceu-se, também, a possibilidade de **controle de constitucionalidade das omissões legislativas**, seja de forma concentrada (ADO por omissão, nos termos do art. 103, §2.º), seja de modo incidental, pelo controle difuso (mandado de injunção, na dicção do art. 5º, LXXI).

Nos termos do art. 125, § 2º, os **Estados** poderão instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedando, contudo, a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Por fim, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, facultou-se a criação da **arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF), no parágrafo único do art. 102.

Posteriormente, a **EC n. 3/93** estabeleceu a **ação declaratória de constitucionalidade** (ADC) e reenumerou o parágrafo único do art. 102 da CF/88, transformando-o em §1º [...]. (Grifos do autor).

Diante do exposto, observa-se que a Constituição Federal de 1988 aprimorou o sistema de controle repressivo de constitucionalidade das leis, preservando o controle difuso e ampliando e expandindo o controle concentrado.

2.5 TIPOS OU ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

O processo legislativo exige uma série de requisitos e pressupostos que devem ser respeitados para que a lei seja considerada constitucional, de forma que qualquer comportamento contrário ao que dita a Constituição Federal implicará em inconstitucionalidade.

Dessa forma, a norma infraconstitucional incompatível com o texto Constitucional deve ser retirada do ordenamento jurídico, seja qual for o tipo de sua inconstitucionalidade.

Encontra-se na doutrina vários tipos de vícios que trazem a violação à Constituição (ou seja, resultam na inconstitucionalidade) como, por exemplo,

inconstitucionalidade material ou formal, total ou parcial, originária ou superveniente, por ação ou por omissão.

A inconstitucionalidade material está associada ao conteúdo/temas/assuntos tratados nas normas, de forma que uma norma materialmente inconstitucional é aquela que não está de acordo com os valores e princípios da Constituição. Nesse sentido, Dimoulis (2011, p. 94) conceitua que será material a inconstitucionalidade quando: “o conteúdo de certo dispositivo contraria previsões de norma constitucional”.

Já a inconstitucionalidade formal está relacionada com a forma de construção da norma. Mendes (2009, p. 1.061) estabelece um conceito quando elenca que: “Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.” Um ato normativo formalmente inconstitucional, portanto, é aquele que não respeitou a competência ou não cumpriu as formalidades procedimentais exigidas (iniciativa/ deliberação/ votação/ sanção ou veto/ promulgação/ publicação).

Marinone (2012, p. 777) elenca alguns exemplos de normas que apresentariam vícios se fossem propostas, como:

O art. 22 outorga competência privativa para a União legislar sobre determinados assuntos, arrolados em seus incisos. Há vício de competência quando a Assembleia Legislativa Estadual edita norma em matéria da competência da União, legislando, por exemplo, sobre direito processual. [...] Assim, o art. 93 afirma que “lei complementar, de iniciativa do STF, disporá sobre o Estatuto da Magistratura”. De modo que um senador não pode apresentar projeto de lei para modificar o Estatuto da Magistratura. De modo que, fora daí, há vício de iniciativa. Determinadas matérias apenas podem ser reguladas por atos normativos específicos. É o conhecido caso das “normas gerais de direito tributário”, que, desde a EC 16/1965, apenas podem ser veiculadas mediante lei complementar. O art. 146, III, da CF diz que “cabe à lei complementar” “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”. Assim, lei ordinária que tratar de norma geral de direito tributário incidirá em inconstitucionalidade formal.

É importante ressaltar que, havendo caso de inconstitucionalidade formal, ainda que o Presidente da República sancione o projeto de lei, o vício de iniciativa não será convalidado, por isso, a súmula nº 5 do STF³ resta prejudicada pela jurisprudência do próprio STF (MOTTA, 2013).

³ Assim dispõe a Súmula nº 5, STF: A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.

A inconstitucionalidade também pode ser total ou parcial, de acordo com a sua extensão. A inconstitucionalidade total é aquela que recai em toda a norma, eivando de vício a integralidade do ato jurídico. Nas palavras de Puccinelli Júnior (2012, p. 126): “configura-se inconstitucionalidade total diante do descompasso integral entre uma norma ou diploma normativo e a Constituição, de modo a impossibilitar o aproveitamento de qualquer de suas partes ou componentes”.

Já a inconstitucionalidade parcial será verificada quando houver omissão legislativa ou quando a inconstitucionalidade afeta apenas uma parcela da norma. Subsistem intactas as partes remanescentes, desde que não sejam dependentes da parte inconstitucional (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012). Assim, tal inconstitucionalidade pode ocorrer de duas formas, consoante destaca Novelino (2012, p. 242):

A inconstitucionalidade parcial ocorre quando o Poder Público não toma as medidas suficientes para tornar efetiva uma norma constitucional (omissão parcial) ou nos casos em que apenas parte de uma lei ou de um dispositivo legal é incompatível com a Constituição. (Grifos do autor).

Tendo como critério o momento de criação, existe ainda a classificação da inconstitucionalidade em originária ou superveniente. Observa-se que na originária o vício está presente em uma norma editada quando vigente a Constituição com a qual está sendo controlada (exemplo: uma norma de 1990 fiscalizada pela Constituição Federal de 1988; lei de 1995, analisada de acordo com a Constituição de 1988).

Por outro lado, a teoria da inconstitucionalidade superveniente sustenta que uma norma pode nascer válida e se tornar inválida com a criação de uma nova Constituição. Sobre essas modalidades de inconstitucionalidade, Dimoulis (2011, p. 94) sintetiza que:

A inconstitucionalidade originária se verifica desde a entrada em vigor do dispositivo constitucional. É o caso mais simples e comum. [...] Inconstitucionalidade superveniente [...] pode afetar o dispositivo em momento posterior à sua criação. Isso significa que o dispositivo que estava em consonância com a Constituição no momento de sua criação passa a ter a pecha de inconstitucionalidade no decorrer e sua validade. [...] a constitucionalidade superveniente não é admitida no direito brasileiro, apesar de o STF levá-la parcialmente em consideração, quando adota a tese presentista e considera a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado.

Por fim, é importante ressaltar ainda a inconstitucionalidade por ação ou por omissão. Pinho (2011, p. 53-54) apresenta o conceito dessas modalidades:

INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO

É a produção de atos legislativos ou normativos que contrariem dispositivos constitucionais. A inconstitucionalidade pode ser por motivos formais ou materiais

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

É a não elaboração de atos legislativos ou normativos que regulamentem preceitos constitucionais, de forma a impossibilitar o exercício destes direitos. É uma inovação da Constituição portuguesa de 1976, que foi adaptada pelo constituinte de 1988 à atual Lei Maior. Sempre que um preceito constitucional não puder ser cumprido em razão de inércia legislativa ou administrativa dos poderes constituídos, estaremos diante de uma inconstitucionalidade por omissão. Exemplo: participação dos trabalhadores na gestão da empresa, “conforme definido em lei” (CF, art. 7º, XI).

Dessa forma, verifica-se que a inconstitucionalidade por ação advém de uma conduta positiva, ou seja, ela ocorrerá quando o legislador elabora uma lei que seja contrária à Constituição. É um ato comissivo do Poder Público. Já a inconstitucionalidade por omissão nasce de uma conduta negativa do legislador, ou seja, o legislador não elabora a lei prevista como necessária para dar efetividade às normas constitucionais.

3 DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Ampliando a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF surgiu como mais um elemento do controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, ao lado da ADI, ADI interventiva, ADC e ADO, a ADPF é o quinto instrumento de fiscalização das normas infralegais brasileiras.

A ADPF foi introduzida no direito pátrio pela Constituição vigente. Sobre essa ação do controle concentrado, Bulos (2014, p. 328) sintetiza que:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental é o mecanismo especial de controle de normas que permite aos legitimados do art. 103 da Carta Maior levar ao conhecimento do Pretório Excelso a ocorrência de desrespeito às normas basilares da ordem jurídica. A finalidade da ADPF é preservar as vigas-mestras que solidificam o edifício constitucional, buscando dar coerência, racionalidade e segurança ao ordenamento jurídico. [...]

Lídimo instrumento do controle concentrado, mas que esparge sua influência no caso concreto (controle difuso), seu raio de ação se circunscreve ao deslinde de questões constitucionais tidas como de iniludível fundamentalidade para a ordem jurídica.

A partir desse conceito, verifica-se que a ação de arguição visa evitar o descumprimento dos preceitos fundamentais, ampliando o grau de proteção jurisdicional dos direitos e garantias assegurados pela carta constitucional. E é diante dessa atuação que a ADPF preserva a supremacia da Constituição, bem como resguarda a segurança jurídica, que são os pilares essenciais do controle de constitucionalidade abstrato das normas.

3.1 HISTÓRICO DA ADPF

Originariamente, a ADPF veio prevista no parágrafo único do art. 102, da CF/88. Mas, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, a referência constitucional da ação passou a ser o § 1º do art. 102, da CF/88, sendo preservada a mesma redação.

Da forma como foi prevista e regulamentada no direito brasileiro, há bastante discussão de onde (no direito comparado) o constituinte brasileiro tirou fundamentos para a criação desse instituto. Na verdade, verifica-se que não existe perfeita analogia com outros institutos conhecidos, mas há algumas figuras que guardam semelhanças com a ADPF.

Alguns exemplos desses institutos são o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão. Nesses dois países é permitido ao cidadão, por meio de uma ação, depois de esgotada as instâncias inferiores, se dirigir diretamente a Corte Constitucional, caso haja violação de um dos seus direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR, 2009).

Assim, pode-se até aceitar a inspiração da ADPF nesses remédios europeus, pois sua ideia inicial, enquanto projeto de lei, era exatamente possibilitar a uma das ações do controle concentrado ter como legitimado ativo um particular. Mas, devido ao veto presidencial, de fato nunca houve a possibilidade de qualquer pessoa propor essa ação perante o STF, ou seja, o particular nunca foi de verdade um legitimado para ajuizar uma ADPF.

Corroborando o explanado, Bulos (2014, p. 327) assevera que: “a legitimidade do recurso dos alemães é mais ampla. [...] permite a qualquer pessoa recorrer junto à Corte alemã para defender direitos fundamentais, algo vedado no Brasil”.

Já no direito pátrio, outro instituto semelhante à ADPF era a advocatória, utilizada no regime militar. Prevista na carta outorgada de 1967 (introduzida pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977 – que ficou conhecida como o “pacote de abril”), tinha sua redação da seguinte forma:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

[...]

o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido;

Da leitura do artigo, pode-se observar que a advocatória permitia o deslocamento do processo do seu juízo inicial para o julgamento perante o STF, de forma que até mesmo a sentença já proferida ficava suspensa e sem efeito. A fundamentação para o deslocamento era eminentemente questões políticas e

abstratas. Assim, a advocatória foi uma medida que conferiu maiores poderes ao Supremo Tribunal Federal.

Sobre a semelhança entre a advocatória e a ADPF, Ferreira Filho (2000, p.14) assevera que: “[...] o objetivo real, embora disfarçado, da arguição é introduzir uma forma de advocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”.

E também aproximando os dois institutos e os analisando de forma conjunta, Tavares (2008, p. 279) adverte que:

A arguição também cumpre o papel de uma espécie de “advocatória”, se se quiser. Contudo, desta manifestamente diferencia em vários aspectos, não encampando elementos negativos presentes naquele vetusto instituto [...]. É que a arguição pode resultar na “avocação” para o Supremo Tribunal da questão constitucional apresentada em um processo comum. Mas não há mais advocatória do processo ou cassação de decisões judiciais.

Efetivamente, como mencionado, a arguição é diferente da advocatória, pois, na ADPF, o STF não puxa para si o julgamento de uma matéria política. Ele só age quando provocado pelos legitimados previstos constitucionalmente.

Atualmente, entende-se que a ADPF supriu algumas lacunas no controle concentrado de constitucionalidade, permitindo que surgisse a possibilidade de acesso a Suprema Corte (STF) em casos de desobediência aos preceitos fundamentais.

Essa característica da ADPF é estudada por Marinone (2012, p. 1.127) quando destaca que: “Esta ação coloca-se ao lado das demais ações do controle concentrado, tendo o objetivo de suprir as necessidades de controle abstrato de constitucionalidade”.

Sobre a importância constitucional da ação de arguição, Tavares (2008, p. 284) ressalta que:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma garantia de ordem constitucional, de natureza processual, que visa preservar a obediência geral devida às regras e princípios constitucionais que, considerados fundamentais, estavam, de há muito, dentro de um quadro evolutivo, a demandar mecanismo próprio para tanto. [...]
Essa ideia de que se há um conjunto de preceitos que merecem proteção mais intensa que os demais preceitos integrantes da Constituição não é inovadora, sendo comum encontrar, na doutrina, uma referência constante a um núcleo “duro” das constituições, composto por um conjunto de normas constitucionais consideradas essenciais, imprescindíveis [...].

Diante do exposto, registra-se que a ADPF atua impedindo que existam normas contrárias aos preceitos fundamentais e comprometam a regularidade do sistema normativo, ou seja, ela é mais um instrumento que defende a integridade da Lei Maior do Estado brasileiro, bem como os direitos fundamentais nela assegurados.

3.2 DEFINIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Um impasse é verificado no momento da delimitação do parâmetro de atuação da ADPF, qual seja: definir o que é preceito fundamental. Mas não há uma lei (ou mesmo resolução, ou um decreto) que estabeleça a definição do que sejam os preceitos fundamentais ou quais são tais preceitos. Assim, tanto a Constituição, como as leis infraconstitucionais deixaram de conceituar esse termo, ficando essa tarefa para a doutrina e para o próprio STF, que é o único legitimado para fazer o juízo de validade das ações do controle concentrado, em especial da ADPF.

Observa-se que preceitos são comandos e regras presentes na norma de forma abstrata, destinados a estabelecer um fazer ou um não fazer, ou seja, determinar uma ação ou omissão. Já fundamentais são direitos humanos básicos e indispensáveis, positivados em normas jurídicas (MENDES, 2009)

Já os preceitos fundamentais, Siqueira Júnior (2011, p. 316, ss) afirma que:

Os preceitos, regras e princípios fundamentais são aquelas normas basilares do ordenamento jurídico consagradas pelo texto constitucional. Note-se que fundamental é o preceito basilar imprescindível, visto que não se trata de preceito fundamental qualquer norma contida na Constituição.

Demais disso, Cunha Júnior (2009, p. 422) esclarece a definição de preceitos fundamentais, ressaltando que:

[...] pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais

relevante numa Constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição.

Tentando diminuir os conflitos e divergências, o STF, no julgamento da ADPF nº 33, trouxe um rol exemplificativo desses preceitos fundamentais.

Convém ressaltar que os primeiros preceitos elencados como fundamentais pelo STF são as normas estabelecidas nos arts. 1º ao 4º da CF/88, que são os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, como, por exemplo, a forma de estado, a forma de governo, a separação dos poderes, os objetivos da República.

São também preceitos fundamentais os direitos previstos nos artigos 5º ao 17, da CF/88 (que traduzem os direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, os direitos individuais, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos), bem como os do art. 34, VII, da CF/88 que estabelece os princípios constitucionais sensíveis: direitos da pessoa humana, princípio democrático, princípio republicano, entre outros (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 33, relator: Ministro Gilmar Mendes, 2005).

Há ainda os previstos no art. 37, *caput*, da CF/88 (que elenca os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e no art. 60, § 4º, da CF/88 (que estabelece as cláusulas pétreas, que são a forma federativa, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais). (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 33, relator: Ministro Gilmar Mendes, 2005).

Constata-se que a definição dos preceitos fundamentais não é feita de forma absoluta, pois, como mencionado, o rol estabelecido pelo STF é exemplificativo. Dessa forma, cabe ao intérprete a identificação dos preceitos tidos como fundamentais, conferindo maior flexibilidade ao STF no momento da análise das ações propostas perante tal Corte Suprema.

Assim, diante dessa omissão legislativa, que foi uma lacuna positiva deixada pelo legislador, torna-se impossível enumerar todas as possibilidades de preceitos fundamentais. E é diante dessa generalidade do termo que tal conceito se adequará as futuras mudanças da sociedade, sendo compatível com a dinamicidade do ordenamento jurídico.

Os termos “arguição” e “descumprimento” também devem ser conceituados para proporcionar uma maior diferenciação desta ação das demais modalidades que compõem o controle concentrado. Tal elucidação é feita por Siqueira Júnior (2011, p. 315, ss), quando menciona que:

O termo “arguição” significa questionar, perguntar, impugnar, provocar, ou alegação fundamentada, designando a alegação promovida perante o Supremo Tribunal Federal para denunciar a violação de preceito fundamental. [...]

O termo “descumprimento” significa não cumprir, não realizar. O descumprimento de um preceito fundamental é uma forma de invalidade ou inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade é o gênero que apresenta três espécies:

- 1) a inconstitucionalidade propriamente dita (art. 102, I, a);
- 2) a contrariedade à Constituição (art. 102, III, a); e
- 3) o descumprimento (art. 102, §1º).

No descumprimento de preceito fundamental, que é uma forma de inconstitucionalidade, o ato institucional ofende uma parte importante da Constituição, que são os preceitos fundamentais.

Demais disso, Tavares (2008, p. 284-285) esclarece que:

A noção de descumprimento não deve ser confundida com a de inconstitucionalidade. O termo “inconstitucionalidade” apresenta um rigor estrito no Direito pátrio, só devendo ser aplicável nas situações especificamente delimitadas pela Constituição e pelo Supremo Tribunal Federal. [...]

Já o termo “descumprimento” utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é conceito mais amplo, englobando a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento, ou seja, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo, como um ato não normativo, nesta última categoria incluído os atos administrativos, de execução material e, ainda (em tese), os atos dos particulares [...].

Por sua vez, Cunha Júnior (2009, p. 424) destaca que: “o conceito de ‘descumprimento’ para efeito de ADPF é consideravelmente mais amplo, pois compreende também uma violação indireta ao texto constitucional”. E ainda trazendo o conceito de inconstitucionalidade, Motta (2013, p. 728-729) registra que:

Para definir o fenômeno da inconstitucionalidade, é imperativo que percebamos o que pode e o que não pode ser objeto dessa espécie de conflito. Sem esse cuidado elementar, corremos sério risco de confundir ilegalidade com inconstitucionalidade.

[...]

Isto posto, podemos definir inconstitucionalidade como sendo:

1. a desconformidade do ato normativo primário ou da norma constitucional derivada como conteúdo material da Constituição;

ou

2. o vício da norma elaborada sem a observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma do texto constitucional.

Diante do exposto, observa-se que a noção de descumprimento é diferente do conceito de inconstitucionalidade, já que o segundo termo apresenta uma rigidez maior no momento da efetiva aplicação. Assim, o descumprimento pode ser interpretado de forma mais aberta, pois engloba a violação por qualquer comportamento, seja ele um ato normativo, administrativo ou mesmo particular.

3.3 CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF

A Lei nº 9.882/99 prevê em seu texto a subsidiariedade da ADPF no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, de forma a tentar delinear a atuação da ação.

De acordo com o art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99: “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Mas, observa-se divergências na doutrina acerca deste outro meio referido pela norma.

Com efeito, para uma parte da doutrina a natureza residual é inconstitucional, pois ela não encontra fundamento nas normas constitucionais. Nesse sentido, Tavares (2008, p. 289), elucida que:

O novel instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Carta Constitucional não oferece qualquer indício para que assim se pudesse interpretar a posição do instituto no sistema. Trata-se de entendimento sem base constitucional e, nessa linha, permitiria igualmente atribuir caráter residual à ação direta de inconstitucionalidade. Afinal, tanto esta quanto a arguição de descumprimento são formulações do mesmo poder constituinte e estão incorporadas a um mesmo documento, do que decorre sua idêntica estatura jurídica. O mero acompanhamento da evolução histórica do controle concentrado, em que se averigua a existência da ação direta e não da arguição, jamais seria argumento suficiente para sustentar, validamente, no âmbito jurídico, a prevalência de um instituto sobre o outro no Direito Positivo atual. [...]

A arguição é medida tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade – ou até de relevância superior, se se quiser atentar para a “qualificação” das normas constitucionais tuteladas.

Por outro lado, verifica-se que outra parte da doutrina entende que a natureza residual da ADPF é tão evidente que a ação estará impossibilitada de ser ajuizada até mesmo quando couber algum remédio constitucional para defender o direito. Nessa esteira, Moraes (2010, p. 789, ss) elenca que:

caráter subsidiário: a lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade [...]. (Grifos do autor).

Acrescente-se o ressaltado por Bulos (2014, p. 332) afirmando que:

[...] a ADPF não substitui o agravo regimental, a reclamação, os recursos ordinários e extraordinários, o habeas corpus o habeas data, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública. Também não pode ser ajuizada no lugar da ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, da ação interventiva ou da ação declaratória de constitucionalidade. Seu campo de incidência deve ser mensurado por exclusão: onde couberem writs e instrumentos processuais não há cogitar a sua presença.

Registre-se que esse último entendimento encontra algum amparo jurisprudencial, pois o Supremo Tribunal já o adotou há algum tempo, por exemplo, quando do julgamento da ADPF nº 17, em 20 de setembro de 2001. Nesse lume, o acórdão dessa ação assevera que:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL [...]. EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO.- O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 17, relator: Ministro Celso de Mello, 2001).

De outra banda, encontra-se ainda outra parte da doutrina que já está embasada em jurisprudência mais recente da Corte Suprema. Nesse sentido, Mendes (2000, p. 1, ss) registra que:

À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão

poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição [...] acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

[...] Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema jurisdicional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade [...] há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Atualmente, percebe-se que o STF considera a natureza residual da ação como constitucional, mas em decisões recentes, foi utilizada uma nova forma de interpretação do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, corroborando com o último entendimento retromencionando.

Sobre o posicionamento do STF, Dantas (2012, p. 280) assevera que “o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental deve levar em conta apenas os demais processos de natureza objetiva, ou seja, as ações que compõem o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro”. Por sua vez, Holthe (2010, p. 203-204) destaca:

Assim, o Pretório Excelso atenuou o princípio da subsidiariedade, apenas deixando de conhecer uma ADPF quando houver outro meio eficaz, capaz de sanar a lesão, dentre os processos objetivos de controle de constitucionalidade. A mera possibilidade de ajuizamento de processos subjetivos de controle (mandado de segurança, *habeas corpus*, ação ordinária etc.) não impede a utilização da ADPF, até porque, se o princípio da subsidiariedade fosse entendido dessa forma ampliada, nenhuma ADPF sequer chegaria a ser conhecida (considerando que é sempre cabível o ajuizamento de um MS ou de uma ação ordinária).

Diante do posicionamento da Suprema Corte, registre-se, em termos exemplificativos, que a impetração de um mandado de segurança em razão de um ato do Poder Público, que também ofende os preceitos fundamentais da Constituição, não obstará a propositura da ADPF por um dos legitimados legais.

Nessa esteira, Novelino (2012, p. 326) dispõe que “a existência de outro mecanismo jurídico que, mesmo após o seu esgotamento, tenha se mostrado incapaz de sanar a lesão, não afasta o cabimento subsidiário da ADPF”.

Assim, na atualidade, a posição dominante e que prevalecerá nos casos a serem analisados, será a de que a ADPF não poderá ser intentada, em princípio,

apenas quando a lesividade puder ser sanada através de alguma das demais ações que compõem o controle abstrato de constitucionalidade das normas.

3.4 MODALIDADES OU HIPÓTESES DE CABIMENTO

Observa-se que a doutrina pátria defende que existem duas hipóteses distintas de ADPF na Lei nº 9.882/99. Existe a arguição autônoma (art. 1º, da Lei nº 9.882/99) e a arguição incidental (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99).

A arguição autônoma é formada pela regra principal prevista na Lei nº 9.882/99, que versa: “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Desse dispositivo normativo, observa-se que a arguição autônoma se subdivide em preventiva ou repressiva (que visam evitar lesão e reparar lesão, respectivamente). Sobre a arguição autônoma e suas subdivisões, Bulos (2014, p. 336) esquematiza:

- Arguição preventiva - visa evitar lesões a princípios, direitos ou garantias fundamentais previstos na Carta Magna, tutelando liberdades públicas prestes a sofrer lesão ou ameaça de lesão.
- Arguição repressiva - visa reparar lesões, reprimindo ou fazendo cessar as condutas omissivas ou comissivas de qualquer dos Poderes Públicos, no exercício de suas atribuições, que estejam pondo em risco preceitos fundamentais.
- Arguição autônoma - prevista no art. 1º, caput, é consectária do art. 102, § 1º, da Carta Magna. [...] Seu parâmetro de controle é mais restrito se comparado aos demais mecanismos da via abstrata, pois não se dirige a qualquer norma da Carta de 1988, mas somente a preceito fundamental. Em contrapartida, seu objeto é mais amplo, pois não se restringe aos atos normativos.

Como determina a lei, no artigo retromencionado, o objeto da ADPF autônoma é “ato do poder público”. Assim, registre-se que esse objeto pode ser definido de forma ampla e geral. Nesse sentido, Puccinelli Júnior (2012, p. 177) assevera que a ADPF “é a que possui maior abrangência, voltando-se subsidiariamente ao combate de normas e atos violadores de preceitos fundamentais”.

Por sua vez, Cunha Júnior (2009, p. 424) destaca que:

O conceito de “descumprimento” para efeito de ADPF é consideravelmente mais amplo [...]. Assim, enquanto a inconstitucionalidade, no controle concentrado provocado pela ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de constitucionalidade limita-se a lei e aos atos normativos diretamente lesivos à Constituição, em sede de arguição [...] pode resultar tanto em razão da elaboração de uma lei ou de um ato normativo [...] como em decorrência da expedição de um ato não normativo [...] e de decisões judiciais, sejam estes atos provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas.

Assim, há vários atos fiscalizáveis pela ação de arguição e Dantas (2012, p. 273) elenca que:

[...] podem ser considerados atos do Poder Público, para fins de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma, **todos os atos da Administração em que esta se valha de seu poder de império**, atuando com observância do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Estão nessa categoria, por exemplo, os atos administrativos, as licitações públicas e os contratos administrativos, bem como as decisões proferidas pelos diversos tribunais de contas.

Também podem ser considerados atos do Poder Público, e, portanto, suscetíveis de controle por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **os atos de terceiros que agem por delegação do Poder Público (pessoas que atuam em nome do Estado)**, como se dá, por exemplo, com os diversos concessionários de serviços públicos e também diretores de instituições de ensino.

[...].

Também será cabível [...] quando estivermos diante os denominados **atos normativos secundários** [...] (atos não dotados do atributo da autonomia, já que editados para dar perfeito cumprimento a outra norma infraconstitucional). (Grifos nossos).

Verifica-se a possibilidade da utilização da ADPF autônoma também para analisar as omissões do Poder Público. Com efeito, Cunha Júnior (2007, p. 311) assevera que a ADPF:

[...] pode ter por objeto omissões do Poder Público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, nas mesmas circunstâncias em que ela é cabível contra os atos em geral do poder público, desde que tais omissões afigurem-se lesivas a preceito fundamental, a ponto de obstar a efetividade de norma constitucional que o consagra. Nesse contexto, a arguição [...] pode se tornar um potencial instrumento de controle das omissões do poder público, quando a inércia dos órgãos políticos e administrativos do Estado infringirem algum preceito fundamental da Constituição.

Ao lado da arguição autônoma, a outra espécie de arguição é a incidental, que tem sua previsão no parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, que possui a seguinte redação:

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;

Registre-se que a grande inovação da ação de arguição incidental no controle concentrado se deu pela possibilidade do objeto da ação figurar, além das leis federais e estaduais, sobre leis municipais e leis anteriores à Constituição, pois nenhuma ação do controle concentrado poderia abarcar tais temas em suas análises. E sobre essa nova possibilidade, Paulo (2012, p. 897) menciona que:

[...] até a regulamentação da ADPF, o controle da constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Federal somente era efetivado na via incidental, quando, por meio do recurso extraordinário, a controvérsia chegava ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Não havia hipótese de se levar diretamente à apreciação da Corte Suprema controvérsia sobre direito municipal.

A Lei 9.882/1999 mudou essa situação, ao permitir que se leve, diretamente, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio da propositura da ADPF, relevante controvérsia sobre lei ou ato normativo municipal [...].

Houve também alteração no que se refere à aferição da legitimidade das normas anteriores à vigente Constituição, do chamado direito pré-constitucional [...].

Para o recebimento da ADPF incidental pelo órgão julgador é preciso que haja a comprovação da controvérsia judicial que embase a necessidade da propositura da ação. Dessa forma, observa-se que a arguição incidental somente ocorrerá quando existir fundamento relevante de controvérsia constitucional atuando de forma a descumprir um preceito fundamental escrito na Constituição.

Nos termos ressaltados por Lenza (2010, p. 299): “deverá ser demonstrada a divergência jurisdicional (comprovação da controvérsia judicial) relevante na aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental”.

Além do objeto da ação mencionado e do requisito de admissibilidade (controvérsia judicial relevante), a arguição incidental ainda guarda outra diferenciação da arguição autônoma, que é a necessidade de casos concretos que

estejam sendo sentenciados de forma controvertida, gerando insegurança jurídica. Novelino (2012, p. 330) indica que:

A arguição incidental não é uma ação autônoma, pois surge no curso de um processo judicial concreto, em razão de uma controvérsia constitucional relevante. A principal finalidade é antecipar a manifestação do STF sobre questões constitucionais relevantes discutidas em processos concretos, que só chegariam a seu conhecimento muito tempo depois, através de recurso extraordinário.

A arguição incidental sofre questionamentos sobre sua constitucionalidade, tendo sido um dos alvos da ADI nº 2.231, proposta no ano de 2000. Essa ADI foi intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), perante o STF, e tem como relator o Ministro Néri da Silveira.

A ação ainda está em tramitação na Suprema Corte, não havendo decisão sobre o tema impugnado por ela. A última movimentação foi feita em 28 de julho de 2009, através de uma petição inicial aposta pelo Senado Federal, que prestou informações sobre o assunto tratado na ação.

Observa-se que dois foram os embasamentos para a impugnação feita pelo Conselho Federal da OAB na ADI nº 2.231. O primeiro motivo alegado na peça inaugural da ação é que a Lei n 9.882/99 teria ampliado indevidamente o cabimento da ADPF, o que acabaria por limitar a atuação da ADI e trazer uma sobrecarga de ações para julgamento no STF.

É o que se destaca nas causas de pedir da petição inicial da ADI nº 2.231, quando adverte que:

O § único do artigo 1º da Lei 9.882 padece ainda de outra inconstitucionalidade ao admitir a arguição quanto a “**lei ou ato normativo** federal, estadual ou municipal”. O dispositivo legal, sob o pretexto de regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental elevou **ao patamar de contencioso constitucional controvérsias relativas a leis e atos normativos das unidades federadas**. Ampliou o conceito constitucional do instituto, colidindo assim com o art. 102, § 1º da Lei Fundamental. (Grifos do autor).

O segundo ponto alegado pelo Conselho da OAB, na ADI em comento, afirma que em nenhum dispositivo a Constituição Federal autoriza o ajuizamento de ADPF em casos de descumprimento feito por norma municipal ou normas anteriores a vigência da Constituição. Assim, tal previsão não encontra embasamento legal e

viola a vontade do constituinte original. Esse posicionamento encontra-se exposto também na petição inicial da ADI nº 2.231, quando ressalta que:

O parágrafo único do dispositivo ora impugnado, entretanto, vai além da hipótese constitucionalmente estabelecida para o oferecimento da arguição. [...] A inconstitucionalidade, dessa maneira, evidencia-se, pois a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, relativa a lei ou ato normativo federal estadual ou municipal não está prevista no § 1º do art. 102 da Lei Maior, como hipótese de cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ao ampliar os casos de cabimento do procedimento previsto na Constituição, a norma impugnada vulnerou-a.

E, elucidando a alegação feita pelo Conselho Federal da OAB, Moraes (2010, p. 793) assevera que:

Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, distanciou-se do texto constitucional [...]. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do STF. [...] O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.

Como mencionado, a ação ainda não foi julgada, ou seja, tais questionamentos ainda não foram apreciados de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, só haverá posicionamento pacífico para as impugnações apresentadas, confirmando ou não a constitucionalidade da ADPF incidental, quando houver o julgamento da ADI, que resta pendente desde o ano 2000.

3.5 LEGITIMIDADE E CAPACIDADE POSTULATÓRIA

A legitimidade para a propositura da ADPF veio expressamente prevista na Lei nº 9.882/99, que estabeleceu um rol taxativo e mencionou, em seu art. 2º, I, que podem propor a arguição os mesmos legitimados para o ajuizamento da ADI.

Dessa forma, os legitimados ativos à provocação da jurisdição constitucional vêm elencados no art. 103, I a IX da CF/88 e respeitam todas as regras

estabelecidas para a ação direta de inconstitucionalidade, havendo, portanto, legitimação concorrente entre eles.

Mas esse rol para propositura das ações do controle concentrado nem sempre foi previsto de forma tão ampla, pois nas Constituições anteriores a legitimidade era estabelecida apenas para o Procurador Geral da República (PGR). E, por isso, essa expansão de legitimados foi mais um fortalecimento dos instrumentos jurídicos de proteção à Carta Constitucional.

Conjugando o pensamento exposto, Poletti (2000, p. 92-93) menciona que:

Dessa maneira, a Constituição de 1988 estendeu a inúmeros sujeitos a titularidade da ação direta que, no regime precedente, era exclusiva do Procurador-Geral da República, a respeito do que se desenvolvia significativo debate, embora resolvido pelo Supremo Tribunal Federal. [...] A enumeração é exagerada e surpreendente. Com essa pulverização de sujeitos, o sistema brasileiro avançou para o da jurisdição concentrada. Tão ampla e difusa faculdade implicará, certamente, uma discussão permanente a propósito da discussão em abstrato da constitucionalidade das leis. Com tantos caminhos, dificilmente um cidadão deixará de suscitar a sua representação de inconstitucionalidade, quase como se fosse uma ação de natureza individual.

Assim, nos termos da atual Constituição Federal, são legitimados universais (não precisam demonstrar interesse na ação; o interesse de agir é presumido): o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e o partido político com representação no Congresso Nacional.

Os demais legitimados são tidos como legitimados especiais, pois é exigido deles a demonstração da pertinência temática, que é a justificativa do interesse na ação. Diante dessa regra, deverão apresentar tal requisito: Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nesses três casos, a legitimidade é limitada, pois a pertinência temática é requisito implícito para a legitimação de tais entes, devendo haver clara relação entre o objeto da ação de arguição e o interesse institucional do legitimado (LENZA, 2010).

Também com a devida analogia ao procedimento da ADI, dentre todos os legitimados, somente é necessária a presença de advogado, constituído nos autos,

em ações ajuizadas pelos partidos políticos ou pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Os demais legitimados possuem capacidade processual plena, e, conseqüentemente, possuem capacidade postulatória, que é decorrente do texto constitucional (SIQUEIRA JÚNIOR, 2011).

No projeto da Lei nº 9.882/99 havia, também no art. 2º, a previsão de que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia propor a arguição. Tal hipótese foi excluída (vetada) pelo Presidente da República, em seu momento de análise para sanção ou veto, por considerar que tal legitimação seria incompatível com uma ação do controle concentrado. Sobre tal veto, Novelino (2012, p. 327) expõe que:

Contudo, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob a alegação de que a inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação presumivelmente elevariam de forma excessiva o número de ações a ponto de inviabilizar funcionalmente a atuação do STF.

Assim, observando-se os legitimados ativos, registre-se que o cidadão não pode ser autor de ação de arguição autônoma, nem de ação de arguição indireta. Os Prefeitos e os Vereadores também não detêm capacidade para propor ADPF, mesmo se existirem atos municipais contrários aos preceitos fundamentais.

Ainda na Lei nº 9.882/99, no art. 2º, §1º existe a previsão de que:

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

O Presidente vetou a participação do particular na ADPF, mas observa-se que ele deixou em vigência o disposto no artigo mencionado acima. O entendimento de Dantas (2012, p. 277) é o de que:

Contudo, é imperioso ressaltar que, a despeito de aquele inciso II ter sido vetado, o § 1º do mesmo artigo 2º da Lei nº 9.888/ 1999 autoriza que qualquer interessado (logo, qualquer lesado) solicite, mediante representação dirigida especificamente ao Procurador-Geral da República, a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Caso este último decida-se pelo acolhimento da representação, proporrá referida ação constitucional.

Dessa forma, pela vigência do artigo não fica excluída a representação ao Procurador-Geral da República. Portanto, qualquer prejudicado pode representar ao PGR, solicitando que este ajuíze a ação de arguição em defesa dos preceitos fundamentais.

3.6 REGRAS PROCEDIMENTAIS

Processualmente, verifica-se que a ADPF realiza controle de constitucionalidade do tipo judicial, pois acontece perante o Poder Judiciário, e de forma abstrata, pois a lei é analisada em tese.

O procedimento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental é totalmente disciplinado pela Lei nº 9.882/99, que a regulamenta nos termos do art. 102, § 1º, da CF/88. O art. 3º da referida lei estabelece todos os requisitos que deverão existir na petição inicial da ADPF, que são:

- 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.

Diante do estabelecido no artigo, ressalta-se que a arguição realizada em face de controvérsia judicial, sobre lei ou ato normativo, deverá vir acompanhada obrigatoriamente da comprovação da tal controvérsia judicial.

Outra peculiaridade das ações do controle em geral é que não há necessidade de citação do réu, uma vez que tal ação tramita em caráter abstrato, não havendo interesses subjetivos a serem analisados. De forma que, de fato, não há uma parte ré na ADPF (DANTAS, 2012).

O art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, estabelece que a peça inaugural do processo deve vir acompanhada de procuração (ser subscrita por advogado), nos casos exigíveis pela lei. Ainda no referido dispositivo, exige-se a apresentação da petição em duas vias, bem como a juntada de cópias do ato questionado e dos

documentos que se fizerem necessários para comprovar a impugnação realizada na ação de arguição.

Por sua vez, o art. 4º, da Lei nº 9.882/99 elenca as hipóteses de indeferimento da petição inicial do processo: “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”.

Já o art. 5º, da Lei nº 9.882/99 traz a possibilidade da tutela de urgência, que será feita através da medida liminar (demonstrando-se a fumaça do bom direito e o perigo da demora). Nos termos do artigo, o Supremo Tribunal poderá deferir o pedido liminar por voto da maioria absoluta de seus membros.

Excepcionalmente, em casos de extrema urgência, ou perigo de lesão grave, ou ainda em período de recesso judicial, a medida liminar poderá ser deferida apenas com a análise do Ministro Relator (art. 5º, § 1º da Lei nº 9.882/99). Nesse caso, a medida deverá ser confirmada pelo Pleno do STF posteriormente.

Sobre o prosseguimento do processamento da ação de arguição, Siqueira Júnior (2011, p. 333) dispõe que:

Em linhas gerais, ajuizada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o relator, após apreciar o pedido liminar, se houver, solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem 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. Ainda, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. O *amicus curiae* é admitido mesmo após terem sido prestadas as informações.

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

O Ministério Público, através do PGR, sempre oferecerá seu parecer sobre a ação, pois ocupa a posição de fiscal da lei (*custos legis*). Assim, observando-se a norma constitucional, sendo autor ou não da ação, sempre será exigida a manifestação do PGR, que deverá ser previamente ouvido nas ações do controle concentrado de constitucionalidade das leis, conforme disposição do art. 103, § 1º, da CF/88 e do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99.

Quanto ao AGU, o art. 5º, § 2º da Lei nº 9.882/99 estabelece sua manifestação apenas na análise das medidas cautelares, e essa participação é facultativa, pois o relator deve requisitar previamente tal medida.

Por outro lado, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 103, § 3º: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Diante dessa disposição constitucional, averigua-se que a proteção e defesa da lei é função institucional do AGU, portanto, tal função não poderá ser renunciada. O AGU, portanto, atua como curador da lide (*defensor legis*), buscando a preservação do princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Nesses termos, Pinho (2011, p. 66-67) aponta:

- a) O Procurador-Geral da República é sempre ouvido nos processos de controle de constitucionalidade. Sua função é de custos legis, de defesa da ordem jurídica, mesmo quando é o autor da ação, podendo opinar pela sua procedência ou não (CF, art. 103, § 1º).
- b) O Advogado-Geral da União exerce a função de defensor da lei (*defensor legis*) ou do ato [...] velando pela presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais elaboradas pelo Poder Público (CF, art. 103, § 3º). Não poderá sustentar posição contrária ao ato impugnado (STF, ADIn 1.254-1, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 10 set. 1997). Deverá ser intimado para, no prazo de quinze dias, apresentar a defesa do ato impugnado (Lei n. 9.868/99, art. 8º).

Para a instalação da sessão de julgamento é exigido a presença de pelo menos dois terços dos ministros (art. 8º da Lei nº 9.882/99). E o julgamento da ação de arguição será proferido pelo voto da maioria absoluta dos membros do STF (art. 97, da CF/88).

Da decisão que julgar ação de arguição não caberá recurso (art. 12, da Lei nº 9.882/99). Acrescente-se o ressaltado por Moraes (2010, p. 791), quando expõe que: “a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória”.

Por fim, a decisão proferida em ADPF terá efeito contra todos (*erga omnes*) e será vinculante perante os demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99). A decisão também terá efeito retroativo (*ex tunc*), pois o ato que gerou o

descumprimento do preceito fundamental será retirado do ordenamento jurídico desde a sua origem (LENZA, 2010).

Mas há exceção, prevista no art. 11, da Lei nº 9.882/99, que traz a hipótese de modulação dos efeitos. Sobre essa excepcionalidade no efeito da decisão, Puccinelli Júnior (2012, p.178) registra que:

Assim como ocorre na ADI, o STF também poderá na ADPF, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros e perante razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou condicionar sua eficácia a partir do transito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado.

Acerca dos prejuízos às relações jurídicas causados pelos efeitos da decisão, Poletti (2000, p. 120, ss) ressalta que:

A doutrina afirma que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, nem jamais teve, nem terá. A doutrina da inconstitucionalidade repousa na oposição entre a lei e a Constituição, antinomia meramente aparente, pois a supremacia da Constituição a resolve. [...]
As eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados de lei inconstitucional antes da declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle de constitucionalidade. O fundamento para essa solução há de estar na própria ordem jurídica, a qual está, teoricamente, apta a resolver todos os casos, ainda que nela não explicitados.

Dessa forma, a regra, no caso da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, é que os efeitos são: *ex tunc* (retroativos), *erga omnes* (contra todos) e vinculantes, existindo a exceção retro mencionada, pois pode haver modulação dos efeitos temporais.

4 A REPERCUSSÃO DOS JULGAMENTOS DE ADPF NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Além das críticas já apontadas à ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (como, por exemplo, a polêmica existente sobre o caráter subsidiário, a possível inconstitucionalidade da modalidade indireta), há ainda, como já mencionado, o longo período de inaplicabilidade da ação (do ano de 1988 até 1999), pela falta de regulamentação.

Mas, tal impasse não prejudicou de fato o poder jurisdicional que emana da ADPF, pois nos termos do exposto por Mendes (2009, p. 1198): “Desde a aprovação da Lei nº 9.882/99 até dezembro de 2005 foram propostas, perante o STF, oitenta e seis ADPFs”.

Nessa esteira, observando-se a referida quantidade jurisprudencial, algumas das decisões proferidas em ADPF serão analisadas atentamente nos próximos tópicos e, com isso, buscar-se-á a demonstração de que as carências mencionadas não estão inibindo o desempenho da ação de arguição.

4.1 ADPF Nº 45: INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A ADPF de número 45 foi proposta em 2003, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que possui legitimidade ativa de acordo com o art. 103, VIII, da CF/88 e art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, e teve como relator o Ministro Celso de Mello.

O partido impugnou nesta ação o veto do Presidente da República na Lei nº 10.707/03 (Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO), que dispôs sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária (LOA) do ano de 2004.

O art. 59 da referida LDO tratava das dotações orçamentárias destinadas à saúde, que nos temos do art. 196, da CF/88, é direito de todos e deve ser garantida

pelo Estado. A redação do parágrafo impugnado e as razões do veto presidencial, apresentado pela Mensagem nº 357⁴, de junho de 2003, são as seguintes:

Art. 59. [...]

§ 2º Para efeito do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela do Ministério, financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Razões do veto

A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem apreciados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez de recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo. (Grifos do autor).

Diante das redações citadas, pode-se perceber que o Presidente, através do veto, reduziu a quantidade de recursos financeiros que seriam destinados exclusivamente às ações e serviços da área da saúde, justificando tal redução nas dificuldades no equilíbrio orçamentário e na ausência de interesse público. E isso vem exposto na petição inicial:

Verifica-se, pois, [...] o mínimo de recurso deveria incidir diretamente e apenas sobre o item “ações e serviços públicos de saúde”. Com o veto presidencial, o mínimo de recursos exigido pela EC nº 29/ 2000 agora incide sobre ações e serviços públicos de saúde, encargos previdenciários da União, serviços da dívida e despesas financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – **em outras palavras, o veto presidencial diminuiu a quantidade de recursos que serão efetivamente aplicados em “ações e serviços públicos de saúde”.**

(Grifos do autor). (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, relator: Ministro Celso de Mello, 2004).

Sendo assim, observa-se que foi alegado que o Presidente descumpriu o art. 77, do ADCT, da CF/88 (que exige um mínimo de recursos aplicados diretamente à saúde), bem como todas as demais normas relacionadas à saúde pública presentes na Constituição Federal.

A ADPF nº 45 foi julgada prejudicada pela perda superveniente do seu objeto, pois, logo após a impugnação do veto por meio da ADPF, o Presidente da República

⁴ BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 357, de 30 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015

encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei que restaurou a integralidade do art. 59, § 2º, que era o dispositivo questionado na ação. Assim, o Chefe do Executivo Federal usou essa nova lei para suprir a omissão que tinha motivado a ADPF nº 45.

Mas, mesmo que não tenha sido julgada em seu mérito, registra-se que o relator Ministro Celso de Mello, embasado na importância da controvérsia suscitada e na dimensão política conferida, utilizou a decisão monocrática final da ADPF nº 45 para fazer diversas considerações.

O ministro estabeleceu importantes apontamentos para nortear a atuação dos gestores públicos, bem como explicou o cabimento da ADPF, afirmando que:

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, relator: Ministro Celso de Mello, 2004).

Nesse sentido, percebe-se que o ministro da Suprema Corte ressaltou que o descumprimento de direitos econômicos, culturais e sociais (no caso específico, o direito fundamental à saúde - art. 196, da CF/88) gera direito subjetivo e pode ser absolutamente pleiteado em juízo. E ainda na defesa de tais direitos o ministro relator deixa claro que:

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á [...] a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, relator: Ministro Celso de Mello, 2004).

Por fim, as considerações do ministro ultimaram no encontro do princípio da reserva do possível com o princípio do mínimo existencial. Assim, através da ADPF nº 45, o STF também trouxe importantes informações e esclarecimentos sobre o

princípio da reserva do possível. Sobre a definição do princípio, Bulos (2014 p. 377-378) expõe que:

Mediante a cláusula da reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal, quando provocado em sede de controle abstrato das normas [...] deve observar dois fatores ao mesmo tempo:

- Razoabilidade da pretensão – [...] cumpre-lhe indagar: houve omissão do Estado na prática de encargos que a Constituição lhe atribuiu? [...]

- Disponibilidade financeira do Estado – [...]cumpre à Corte questionar: o Estado tem dinheiro para saldar os seus deveres constitucionais? Qual a realidade econômica? [...]

Esses dois fatores devem ser sopesados em conjunto. Só a incidência de ambos [...] viabiliza a possibilidade de o Supremo exigir dos Poderes Públicos a cabal concretização de suas sacrossantas obrigações constitucionais.

Assim, para que seja aceita a alegação da reserva do possível como limitadora de direitos, verifica-se que é necessário que haja a comprovação objetiva de que o Estado não pode custear aquela demanda impugnada. O juízo avaliará a razoabilidade da pretensão, seja ela individual ou coletiva, havendo uma ponderação da possibilidade da prestação da ação ou do serviço público (BULOS, 2014).

E nesse sentido, há ainda na decisão monocrática final, a afirmação seguinte:

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, relator: Ministro Celso de Mello, 2004).

No caso do veto prejudicial à saúde pública, o relator declarou que a argumentação dada pelo Presidente não foi objetivamente sustentada, ou seja, não encontrou fortes justificativas no princípio da reserva do possível.

Destarte, o ministro do STF afirmou que o Estado possuía disponibilidade financeira e que a pretensão era razoável, visto que o direito à saúde é fundamental. Dessa forma, a limitação a esse direito não é aceitável e não pode ser utilizada como proteção estatal para afastar as suas responsabilidades.

Com efeito, o ministro deixou assegurado que o princípio do mínimo existencial (destinado a assegurar as condições mínimas de sobrevivência para o

homem) pode coexistir com o princípio da reserva do possível, devendo haver um juízo de valores para estabelecer as prioridades orçamentárias.

4.2 ADPF Nº 46: MONOPÓLIO DOS CORREIOS

A ADPF nº 46 foi proposta em 2003 e teve seu trânsito em julgado apenas em 2011. Essa ação foi intentada pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), que é uma entidade de âmbito nacional (legitimada ativa de acordo com o art. 103, IX, da CF/ 88, combinado com o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99) em face dos dispositivos que tratam da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Correios.

Há uma breve narração dos fatos expostos na petição inicial, que menciona que depois da promulgação da CF de 1988, foram criadas inúmeras empresas de distribuição em todo o território nacional (que entregavam malotes, contas de energia, encomendas, etc.) e existiam autorizações para funcionamento delas, fornecidas pelos entes federativos.

Tais empresas atuaram por diversos anos até que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos iniciou uma jornada judicial para defender o seu direito de monopólio, endereçando ações civis e criminais, em primeira instância, para as referidas empresas.

No voto, o Ministro Marco Aurélio, que é o relator desta ação de arguição, ressalta os termos da inicial:

Incumbe-lhe defender os integrantes da categoria congregada, que se dedicam à área de logística e distribuição de pequenas encomendas bem como mala-diretas, revistas, jornais periódicos, contas de luz, de água, de telefone e assemelhados e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal, por provocação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, na medida em que esta se diz detentora do monopólio da entrega do gênero “correspondências”.
[...] É de ressaltar, ainda, que os preceitos tidos por violados são essenciais à ordem constitucional vigente, configurando princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 46, relator: Ministro Marco Aurélio, 2011).

Conforme narrado na inicial, na época o Judiciário se posicionava de forma confusa, pois em algumas dessas ações judiciais o juízo inicial decidia pelo monopólio e em outras aceitava a existência concomitante de outras empresas. E, por isso, observa-se que é evidente que esta ADPF foi intentada para decidir, de forma definitiva, essa situação de total insegurança jurídica.

Nesse lume, registre-se que a justificativa dada pela associação para a propositura da ação é que existia controvérsia entre a Lei nº 6.538/78 (que trata dos serviços postais) e a Constituição Federal de 1988.

Por entender que ela não era compatível com o novo texto, a legitimada ativa requereu a declaração da não recepção da norma (pois a lei faz parte do chamado direito pré-constitucional), que deveria ter sido revogada tacitamente pela nova Carta Constitucional.

Outro ponto também alegado para a defesa das empresas prejudicadas era que a existência de um monopólio no correio violaria os preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho e por isso não era viável a possibilidade de tal exclusividade.

Assim, verifica-se que através da ADPF nº 46 o Judiciário foi chamado a se manifestar sobre a possibilidade da convivência do monopólio postal com a Constituição de 1988. Nos termos destacados por Gaban (2011, p. 229):

O tema do monopólio postal foi levado ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), uma medida de controle de constitucionalidade concentrado que visava obter da mais alta Corte do País uma resposta que viesse a pacificar as incertezas jurídicas e econômicas que pairavam sobre as atividades postais por todo o território nacional.

Em Sessão Plenária, por maioria dos votos os ministros julgaram improcedentes os pedidos feitos pela legitimada ativa, sendo, portanto, improcedente a ADPF.

Isso significa que o STF confirmou a validade e eficácia da Lei nº 6.538/78, norma regulamentadora dos serviços postais, que, portanto, foi plenamente recepcionada pelo ordenamento depois da Constituição Federal de 1988. Isso é ressaltado no acórdão de julgamento:

O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União

[...] Atua, isto é, deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem, ou seja --- em linguagem técnica correta --- em situação de privilégio [o privilégio postal] ou --- na linguagem corrente --- em regime de monopólio.

[...]

O fim social ao qual se destina o “princípio da Legalidade”, caracterizado como mais uma forma de garantia aos direitos individuais, efetivamente, jamais será atingido se a lei penal não externar, de forma clara e taxativa, quais as condutas que, casos praticadas, leva ao ilícito penal.

Todavia, no caso, cabe interpretação conforme é possível restringir a aplicação do art. 42, da Lei n. 6.538/78, às hipóteses dispostas no art. 9º, da lei, na medida em que [...] o “monopólio” ou regime de exclusividade é limitado a específicas atividades postais. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 46, relator: Ministro Marco Aurélio, 2011).

Corroborando o explanado, Gaban (2011, p. 242) assevera que:

E, assim, foi decidida a ADPF 46 [...], vencendo a corrente que, ao interpretar o serviço postal como um serviço público, manteve a exclusividade da ECT na sua prestação, nos termos da Lei nº 6.538/78, alterando-se apenas os dispositivos referentes à criminalização das condutas das distribuidoras privadas, por meio de interpretação conforme.

Por fim, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal, no julgamento dessa ação de arguição, ainda visando esclarecer os conflitos, estabeleceu que a interpretação da Lei nº 6.538/78 deve ser feita restringindo sua aplicação às atividades postais descritas no seu art. 9º, ou seja, é monopólio dos Correios apenas a prestação de serviços postais que se enquadrem no:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

Demais disso, foram dirimidas as questões conflitantes que estavam gerando uma enorme dúvida jurídica, ficando confirmado como regra o monopólio dos serviços postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, nas hipóteses referidas. Mas ainda é possível a atuação de empresas privadas, e encontra-se no acórdão defesa à atuação das empresas particulares, quando ressalta que:

No caso concreto, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em

regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas, redução dos custos operacionais e consequente queda dos preços oferecidos pelo serviço. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 46, relator: Ministro Marco Aurélio, 2011).

Portanto, por essa nova interpretação, registra-se que é possível a existência de empresas particulares prestando as atividades postais, desde que não atuem dentro da competência exclusiva dos Correios, que são aquelas estabelecidas no art. 9º, da Lei nº 6.538/78, retro transcrito.

4.3 ADPF Nº 54: INTERRUPÇÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO

Em 2004, a ADPF nº 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que é entidade sindical do sistema confederativo, legitimada ativa por força do art. 103, IX, da CF/88, combinado com o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99. O relator destinado para a ação foi o Ministro Marco Aurélio e o acórdão de decisão só foi proferido em 2012.

Foram impugnados os artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II do Código Penal Brasileiro. Mas, já na petição inicial explica-se que a violação aos preceitos fundamentais ocorre na interpretação específica dos dispositivos impugnados, pois é com base neles que diversos juízes e tribunais proíbem a efetuação da antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de feto anencéfalo.

Assim, a ADPF não objetivava a declaração da inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal, mas sim requeria que se permitisse a interpretação conforme a Constituição dos artigos do Código Penal, sendo assegurado o direito subjetivo das gestantes portadoras de feto anencéfalo de se submeterem a interrupção dessa gravidez.

Na petição inicial, defende-se que a impossibilidade dessa interrupção de gravidez viola os direitos fundamentais da gestante, ressaltando-se que:

Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade

humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes.

A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro do seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura [...].

(Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

O posicionamento assegurado pelo STF, que julgou, por maioria dos votos, foi de ser procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da interpretação que declare como crime a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

No voto, transcrito no teor do acórdão, o Ministro Marco Aurélio ressalta que:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar com a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina [...]. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em caso de fetos anencéfalos [...].

A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos [...]. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. (Grifos nossos).

(Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

Verifica-se que as razões adotadas para a referida decisão foram basicamente as mesmas ressaltadas na petição inicial. E restou claro que a licitude da antecipação do parto nesse tipo de gravidez garante o direito à dignidade humana, o direito a liberdade e a autonomia da vontade e também o direito à saúde física e psicológica da gestante.

Conjugando o pensamento exposto, Souza (2012, p. 72-73) explana que:

O argumento geral dos votos favoráveis foi o destaque dado ao sofrimento das mulheres, gestantes de um feto anencéfalo, e afirma que alguns estudiosos o qualificam como tortura, entendimento este endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Entendem eles que se trata do direito da mulher à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade.

Entendem estes ministros que cabe apenas à mulher decidir [...].

A ministra Rosa Weber acrescenta que para o direito, o que está em jogo, no caso, não é o direito do feto anencéfalo à vida, já que, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina (CFM), jamais terá condições de desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e

afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral como tal. Por outro lado afirma ela também que é direito da mãe escolher, se ela tem interesse em levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou morrerá em curto espaço de tempo após o parto.

Nesse lume, registra-se que a descriminalização do assunto principal desta ADPF é indispensável para a dignidade humana da gestante, pois, se for feita uma análise superficial das hipóteses de aborto já existentes na legislação penal (art. 128, do CPB), pode-se concluir que eles foram pensados para representar formas de minimizar o sofrimento físico e moral da mulher, já que o aborto necessário é previsto para salvar a vida da gestante e o aborto também é permitido em gravidez resultante de estupro (BITENCOURT, 2011).

Dessa forma, constata-se que a possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria mais uma figura prevista para resguardar a mulher de sofrimentos, até porque, de acordo com o exposto no acórdão da ação, a única indicação médica para a gestante é a retirada do feto, pois não há nada terapêutico a ser feito por ele.

Inclusive a retirada do feto não pode ser considerada aborto (é apenas antecipação terapêutica do parto), pois a vida extrauterina do feto é inviável, ou seja, não há perspectiva de vida extrauterina. Corroborando com o exposto, Bitencourt (2011, p. 172, ss) esclarece que:

O sujeito passivo, no autoaborto e no aborto consentido (arts. 124 e 126), é o feto, ou genericamente falando, o produto da concepção, que engloba óvulo, embrião e feto. Na hipótese de aborto anencefálico, no entanto, o feto não incorpora a condição de sujeito passivo, por faltarem-lhe as condições fisiológicas que lhe permitam tornar-se um dia uma pessoa [...]. Na verdade, somente o feto que apresente potencial capacidade de tornar-se pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. A antecipação do parto, nessas circunstâncias, portanto, não pode ter repercussão penal, considerando-se que somente a conduta que frustra ou impede o nascimento ou surgimento de um ser humano [...] pode adequar-se à descrição típica do crime de aborto. [...] a expulsão voluntária de feto anencéfalo não constitui aborto, criminoso ou não. Trata-se, na verdade, de comportamento atípico, ante a ausência de elementares típicas do crime de aborto.

Explicando a anencefalia e a dificuldade na expectativa de vida do feto anencefálico, no inteiro teor do acórdão desta ADPF, menciona-se que:

(a) a anencefalia é má-formação que causa defeito no fechamento do tubo neural no processo da gestação, o que faz com que o feto não apresente os

hemisférios cerebrais e o córtex, e fique apenas com resíduo do tronco encefálico. Em razão disso, não há o desenvolvimento das funções cerebrais superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Apenas presentes as funções de controle parcial da respiração, funções vasomotoras e a medula espinhal. Com este quadro, fatal a anencefalia em 100% dos casos. E ainda que haja sobrevivência por alguns instantes (em 65% dos casos a morte ocorre dentro do útero), a morte é certa e o quadro, irreversível; (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

O direito à saúde da gestante foi outra temática bastante ressaltada nos momentos de debate no STF. No acórdão da ADPF nº 54 registra-se que:

(b) a gravidez de feto anencéfalo é mais gravosa. Segundo a Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, eis os complicadores: a duração da gestação tende a ser superior a 40 semanas; aumento do volume do líquido amniótico; associação de doença hipertensiva específica da gestação; associação com vasculopatia periférica de estase; alterações de comportamento e psicológicas de monta; dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto; necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; necessidade do registro de nascimento e sepultamento do recém-nascido, com passagem pela delegacia de polícia para registro do óbito; necessidade de bloqueio da lactação; puerpério com mais casos de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina; e maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

Diante dessa exposição, ressaltou-se que a gestação de anencéfalo está sujeita a riscos e prejuízos maiores quando comparados àqueles que se sujeitam as mulheres em uma gestação normal.

A ADPF também garantiu o direito da liberdade da mulher de dispor do seu corpo. Assim, não ficou imposto que o aborto deve necessariamente ocorrer, mas sim surgiu para a gestante a liberdade de optar entre prosseguir ou interromper a gestação. E isso é o exposto pela ministra Cármen Lúcia, quando do seu voto, transcrito no inteiro teor do acórdão, asseverando que:

Se para algumas mulheres esta é experiência a ser realizada, para outras é encargo que lhe supera as forças, fardo prejudicial à saúde mental e emocional.

A mulher gestante de feto anencéfalo vive angústia que não é partilhável, pelo que ao Estado não compete intervir vedando o que não é constitucionalmente admissível como proibido.

A questão não está no útero. Está na mente de cada pessoa. E o ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo. Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de

qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

E mesmo diante da complexidade do tema, a ministra Cármen Lúcia ressalta em seu voto que:

É certo que, por inovadora, a questão judicialmente posta na presente arguição traz dificuldades. Mas é princípio constitucional o acesso à Justiça, afirmando-se em norma da Constituição[...] a exprimir a ideia do direito à obtenção de uma resposta judicial segundo os ditames garantidores da ética justa, segundo positivado no sistema vigente. Toda questão posta judicialmente à decisão haverá de ser examinada e resolvida de forma independente do problema moral e religioso. No caso dos autos, a ilicitude penal da prática [...] distancia-se do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto, da liberdade, da igualdade e do direito à saúde. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

Então, mais uma vez, foi através de uma ADPF que o STF analisou o descumprimento dos preceitos fundamentais e deu a última palavra quanto à correta interpretação Constitucional dos artigos do Código Penal.

Por todo o exposto, verifica-se que, foi assegurada a possibilidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos como uma faculdade da gestante. Em outras palavras, foi garantido a gestante o poder de optar pela manutenção ou não da gestação do feto anencefálico, devendo esta estar ciente dos riscos e dos benefícios à sua saúde.

4.4 ADPF Nº 130: NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA (LEI Nº 5.250/67) PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Em 2008 esta ação de arguição foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que é legitimado ativo por ordem do art. 103, VIII, da CF/88, e art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99.

A ADPF nº 130 foi intentada para analisar, mais uma vez, uma norma pré-constitucional, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. E o relator da ação foi o Ministro Carlos Ayres Britto.

Sobre o conteúdo da lei, Bonissoni (2011, p. 68) ressalta que:

Visando regulamentar a liberdade de imprensa e punir civil e penalmente os que mediante os meios de comunicação cometessem abuso na liberdade de expressão e informação, esteve vigente até 30 de abril de 2009, a Lei n.º 5.250, de 09.02.1967- Lei de Imprensa, editada durante o Regime Militar.

Alegou-se na inicial que determinados dispositivos da referida lei não eram compatíveis com a Constituição de 1988 e, por isso, essas normas não teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional. Ressaltou-se ainda que outros dispositivos não eram de todo inconstitucional, mas, para serem válidos, careciam de interpretação conforme à Constituição, evitando que houvesse lesões aos preceitos fundamentais.

A ação foi julgada procedente em 2009 e de acordo com o relator Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, a rigidez da Lei de Imprensa não pode mais ser aceita, pois:

[...] assim visualizada como a irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmo considerados.

[...]

O que faz de todo capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, a todo o segmento normativo prolongado: que é a natureza de "DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", tal como se lê no título de nº II da nossa Constituição. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 130, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2009).

Assim, a imprensa agora é livre (art. 5º, VI e IX) e também é plena (art. 220, § 1º), nos termos da Constituição Federal de 1988. Por isso, a censura agora não faz mais parte da essência desse meio de comunicação, sendo livre a manifestação de pensamento, de informação, de criação, de exposição de ideias. Isso fica claro quando o relator Carlos Ayres Britto dispõe no voto que:

[...] o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 130, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2009).

Através da decisão da ADPF nº 130, então, foi dado à imprensa a plena liberdade de atuação. Ficou decidido de forma vinculante que não houve a recepção de toda a Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela Constituição Federal de 1988, e isso foi feito, pois, por exemplo, de acordo com o exposto no acórdão da ação, para a aplicação de cada regra contida na referida lei, seria necessário abrir inúmeras exceções. Isso tornaria efetivamente inviável e conflitante a aplicação da lei, causando insegurança jurídica.

Também, no acórdão de julgamento, verifica-se que foi ressaltada a conotação política na qual a lei foi criada, o que foi elencado como mais um motivo para o afastamento de sua aplicação, já que ela foi criada para alcançar a realização do poder, que minimizou gravemente todo o pensamento crítico no país.

4.5 ADPF Nº 187: CONSTITUCIONALIDADE DA “MARCHA DA MACONHA”

A ADPF a ser analisada neste tópico foi proposta perante o Supremo pelo Procurador-Geral da República, que, pelo art. 103, VI, da CF/88, possui legitimidade ativa universal. A ação foi ajuizada em 2009, tendo tido julgamento definitivo em 2011, o relator foi o Ministro Celso de Mello.

De acordo com a petição inicial, a ação foi intentada porque existiam diversas decisões judiciais proibindo erroneamente atos públicos em favor da legalização das drogas, ou seja, estava havendo uma interpretação equivocada ao considerar que tais manifestações figuravam como apologia ao crime.

Em decorrência desse impasse, o PGR solicitou à Suprema Corte que fosse realizada uma interpretação conforme a Constituição do art. 287, do Código Penal Brasileiro, de forma a deixar claro que não existe crime em qualquer manifestação que defenda a legalização das drogas ou de qualquer outra substância entorpecente.

O STF, por unanimidade de votos, tornou vinculante a interpretação conforme a Constituição e, de acordo com os termos do acórdão, fica excluída qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer outra substância entorpecente específica. Essa interpretação é aplicada até mesmo em manifestações ou eventos públicos.

Sobre o tema, a redação do acórdão da ADPF nº 187, explica que:

MÉRITO: “MARCHA DA MACONHA” – MANIFESTAÇÃO LEGÍTIMA, POR CIDADÃOS DA REPÚBLICA, DE DUAS LIBERDADES INDIVIDUAIS REVESTIDAS DE CARÁTER FUNDAMENTAL: O DIREITO DE REUNIÃO (LIBERDADE-MEIO) E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO (LIBERDADE-FIM) – A LIBERDADE DE REUNIÃO COMO PRÉ-CONDIÇÃO NECESSÁRIA À ATIVA PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NO PROCESSO POLÍTICO E NO DE TOMADA DE DECISÕES NO ÂMBITO DO APARELHO DE ESTADO – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE, SOB PERSPECTIVA ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL, DE ASSEMBLEIAS, REUNIÕES, MARCHAS, PASSEATAS OU ENCONTROS COLETIVOS REALIZADOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS (OU PRIVADOS) COM O OBJETIVO DE OBTER APOIO PARA OFERECIMENTO DE PROJETOS DE LEI, DE INICIATIVA POPULAR, DE CRITICAR MODELOS NORMATIVOS EM VIGOR, DE EXERCER O DIREITO DE PETIÇÃO E DE PROMOVER ATOS DE PROSELITISMO EM FAVOR DAS POSIÇÕES SUSTENTADAS PELOS MANIFESTANTES E PARTICIPANTES DA REUNIÃO – ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO PACÍFICA E Oponibilidade de seu exercício ao poder público e aos seus agentes. (Grifos do autor). (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 187, relator: Ministro Celso de Mello, 2011).

Analisando esta ação de arguição, Derbli (2012, p. 229-230) comenta o que ficou determinado acerca da constitucionalidade da “marcha da maconha”, ressaltando que:

Na ocasião, registrou o eminente ministro que o consumo de entorpecentes como a maconha continua sendo conduta tipificada na legislação penal, ainda que, à luz da norma ora vigente, não seja mais apenada com a privação da liberdade ambulatorial. Por essa razão, assinalou-se no voto escrito, a primeira ressalva, qual seja, a de que não se discutia, na ADPF em exame, a descriminalização do uso da maconha ou de qualquer outra droga legalmente proibida. [...]

E, ainda tecendo comentários à ADPF nº 187, Derbli (2012, p. 231-232) continua asseverando que:

Imbuído nesse propósito, o Min. Luiz Fux acertadamente consignou que, se, de um lado, a manifestação em favor da descriminalização do consumo de drogas ilícitas é constitucionalmente válido, é certo que, de outro lado, o efetivo consumo do entorpecente não configura exercício da liberdade de expressão – é simplesmente a própria prática do delito. De igual modo, o incentivo ou o estímulo ao consumo da droga ilícita é algo diferente (apesar da tênue fronteira) da defesa aberta de sua legalização e se submete ao tipo penal da apologia ao crime (art. 287 do Código Penal). [...] não se pode admitir a participação ativa de menores na manifestação, isto é, o efetivo engajamento de crianças e adolescentes no movimento (uso dos respectivos símbolos, por exemplo) importa violação à principiologia do art. 227, § 3º, VII da Constituição Federal, do qual se infere o objetivo de

afastar crianças e adolescentes, tanto quanto possível, do uso de substâncias entorpecentes e drogas afins.

Diante de todo o exposto, observa-se que existiu concreta eficácia dessa ação do controle concentrado, pois agora vincula a possibilidade de formular ideias e transmiti-las, visando à reflexão acerca do tema da legalização das drogas, que, inclusive, é um tema para discussão de elevado interesse social.

Ainda de acordo com o acórdão de julgamento, a procedência da ação foi embasada na proteção constitucional da liberdade de expressão e de reunião pacífica, conforme art. 5º, IV, IX, XVI e art. 220, da CF/88.

4.6 ADFP Nº 132: REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (legitimado pelo art. 103, V, da CF/88, e art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99), a ADFP nº 132 foi ajuizada em 2008 e teve decisão definitiva em 2011. O relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto.

A ação de arguição foi julgada conjuntamente com a ADI nº 4.277. Verifica-se que isso se deu porque os objetos analisados nessas ações eram congêneres, ou seja, semelhantes (na ADI se solicitava a interpretação conforme a Constituição para permitir união estável de casais do mesmo sexo).

Na petição inicial foi feita impugnação ao art. 19, II e V e ao art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei nº 220/75 (que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro). Ainda trouxe como ato causador de lesão decisões judiciais dos Tribunais do Rio de Janeiro, que negavam às uniões homoafetivas os direitos ao regime jurídico das uniões estáveis. Encontra-se na peça inaugural da ação que:

A presente ação se desenvolve em torno de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A segunda tese é a de que ainda quando não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo

sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 132, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2011).

E ainda na petição inicial, o autor da ação elenca alguns princípios constitucionais que são violados a partir do momento em que não é permitida a equiparação da união homoafetiva à união estável, destacando:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o interprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele;

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV – Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os participantes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade; [...]

(Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 132, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2011).

A ADPF nº 132 foi julgada procedente por unanimidade, ficando estabelecido em sua decisão que não pode haver qualquer discriminação da união estável de servidores homoafetivos, que deve ser comparada com a tutela jurídica destinada à união estável de servidores heterossexuais.

No acórdão de julgamento, registra-se que os ministros do STF ressaltaram direitos como o da não discriminação, da liberdade, da igualdade de gêneros, o valor da família, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade livre e justa, que são objetivos fundamentais da República (art. 3º, da CF/88), entre outros.

Defendendo tais preceitos fundamentais, o Ministro Carlos Ayres Britto, no voto, assevera que:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional [...] (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humano. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” [...]. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 132, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2011).

Defendendo a procedência da ADPF, o Ministro Luiz Fux ressalta que:

No caso em apreço, trata-se de questão concernente a violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária [...] **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida.** Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu [...], atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país. [...] **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas [...].**(Grifos do autor). (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 132, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2011).

E ainda, sobre a importância do que ficou decidido na ADPF em questão, Derbli (2012, p. 98) sintetiza:

[...] a questão central não diz respeito à intimidade ou à vida privada dos indivíduos que mantêm uniões homoafetivas, mas ao fim da clandestinidade de suas relações, isto é, ao reconhecimento da ordem jurídica e à atribuição dos efeitos válidos às mesmas. Seria insuficiente a tão só o preço da intimidade no caso em apreço, cumprindo à Corte Constitucional brasileira a garantia do exercício público e juridicamente protegido dos direitos inerentes às relações familiares pelos indivíduos envolvidos nas parcerias homoafetivas.

É por essas razões, além daquelas exploradas de modo percuciente no voto analisado, que o pronunciamento do STF no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.227 deve ser festejado [...]

Assim, diante de tudo o que foi apresentado, observa-se que a decisão proferida no julgamento desta ação de arguição serviu para finalmente garantir o direito fundamental dessa minoria. Esse também é o pensamento do Ministro Luiz Fux, quando menciona que:

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude de orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de duas formas. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 132, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2011).

Portanto, em decorrência do julgamento proferido através da ADPF nº 132 reconheceu-se a possibilidade da equiparação do regime de união estável entre servidores do mesmo sexo, e na ADI nº 4.277 foi dada interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil⁵, que agora deverá ser aplicado não apenas para uniões entre homem e mulher, mas também para união entre indivíduos homossexuais.

4.7 ADPF Nº 186: RESERVA DE VAGAS PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR

Esta ação de arguição foi proposta em 2009 pelo partido político Democratas (DEM) cuja legitimidade ativa provém do art. 103, VIII, da CF/88 e art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99. O relator destinado para ela foi o Ministro Ricardo Lewandowski.

Na petição inicial foi solicitado pelo partido que houvesse a declaração de inconstitucionalidade de uma norma distrital que instituiu cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB). Foi alegado que tais cotas violavam direitos fundamentais como o princípio republicano e dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CF/88), repúdio ao racismo (art. 4º, VIII, da CF/88), igualdade nas condições de acesso ao ensino (art. 206, da CF/88) entre outros.

O julgamento desse impasse veio em 2012, quando o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela improcedência da ação, considerando que as cotas para as universidades públicas são permitidas e válidas. Explicando o porquê de tal posicionamento, destaca-se do acórdão da ação, que adverte:

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

⁵ Art. 1.723, CC: É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 186, relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2012).

Observa-se que, com essa decisão, buscou-se instituir uma justiça social, que tenta reverter, pelo menos no âmbito universitário, a história de desigualdade que emana das relações étnico-raciais do Brasil. Nesse sentido, assevera-se no acórdão de julgamento que:

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

(Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 186, relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2012).

Com o posicionamento vinculante definido pela ADPF nº 186, observa-se que foi estabelecido o fim da controvérsia que já existia há bastante tempo nos julgamentos no país.

Nessa esteira, verifica-se que, na decisão, o Supremo deixa claro que os programas de ação afirmativa, como o impugnado na ação, que estabeleçam reservas de vagas com base em critérios étnicos-raciais, estão inteiramente de acordo com a Constituição Federal.

Sobre o conceito e a importância dos programas de ação afirmativa, Ricardo Lewandowski salienta, através do seu voto, que:

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.

Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita.

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação,

culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.
(Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 186, relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2012).

Assim, diante de todo o exposto, pode-se sintetizar que as universidades públicas, núcleo de formação da sociedade brasileira, podem instituir sistema de cotas, ou seja, sistema de reserva de vagas com base em critérios étnico-raciais, pois tal atitude foi confirmada como plenamente constitucional.

4.8 A CONCRETIZAÇÃO DOS EFEITOS DA ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituto novo no ordenamento brasileiro, foi criada para tutelar os preceitos mais importantes da Constituição Federal. E, ressaltando a proteção a tais direitos, foram analisadas sete ações, dentre o total que tramitam ou já tramitaram pela Suprema Corte.

A ADPF nº 45 assegurou o núcleo frágil e intangível do mínimo existencial. Nesse caso, o direito à saúde foi enaltecido e garantido a todos, de forma que ficou decidido que o princípio da reserva do possível não pode limitar os direitos sociais.

Destarte, Bulos (2014, p. 379), destaca a importância do decidido na ação, asseverando que:

O princípio da reserva do possível, portanto, não constitui reduto de proteção para o Estado deixar de cumprir seus deveres. É o caso das omissões constitucionais, que devem ser repudiadas. Ora, qualquer conduta governamental negativa pode aniquilar direitos constitucionais básicos, como a educação, a saúde, a previdência, a moradia etc., fulminando, por completo, o status de fundamentalidade que ostentam.

Com efeito, a partir da eficácia da ação, ficou garantido um mínimo de recursos diretamente aplicados na saúde pública, que é direito constitucional social do indivíduo. Demais disso resta esclarecido que é possível questionar pela via do controle concentrado, através da ADPF, a inobservância das diretrizes constitucionais. Não obstante alguns serem normas programáticas, os direitos devem ser efetivados e promovidos pelo Poder Público, responsável pelo bem estar social.

A ADPF nº 46, que decidiu fundamentadamente que a Lei nº 6.538/78 (lei do monopólio dos Correios) foi recepcionada, também é resultado da concretização da ação de arguição como asseguradora de direitos. Gaban (2011, p. 242-243) elenca essa ideia, ressaltando que:

Assim, o STF teve a chance de esclarecer e pacificar uma questão crucial na construção de um conceito contemporâneo de serviço público. O debate acerca do monopólio dos serviços postais insere-se num contexto de reforma do Estado e da emergência de cada vez mais novas, dinâmicas e complexas relações de direito administrativo, que põem em cheque as classificações e conceitos da matéria.

[...] nota-se que a maioria dos Ministros se mostrou sensível aos argumentos econômicos que permeiam o tema e que, frise-se, não poderiam deixar de ser considerados para a melhor interpretação e aplicação da Constituição de 1988.

Dessa maneira resolveu o STF pelo monopólio da prestação do serviço postal, assegurando a atuação lícita dos Correios, bem como também defendeu os integrantes da categoria prejudicada, que foram destinatários de direitos que eram até então controversos.

Assim, a guarda da Constituição foi efetivada através da ação de arguição, pois zelou pela melhor forma de interpretação da Lei nº 6.538/78, concedendo a tal dispositivo o que ficou considerado pelos ministros como melhor eficácia possível.

Através da ADPF nº 54 foi confirmado uma nova forma de interpretação das normas penais, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é crime. Essa decisão resguardou vários direitos da gestante, como já mencionado.

Nessa esteira, no acórdão de julgamento da ação é demonstrada a importância da expansão de direitos proporcionada pela ADPF nº 54, quando se menciona que:

Seria um contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

E ainda sobre a nova interpretação ao CPB confirmada pelo STF, no voto o ministro Marco Aurélio menciona que:

O tema é de uma delicadeza ímpar. E o é porque perpassa pelas nossas convicções e crenças - ou descrenças - mais profundas, e nos remete de alguma forma à questão básica existencial que nos angustia e acompanha neste voo no tempo que somos desde que nascemos [...].
(Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 54, relator: Ministro Marco Aurélio, 2012).

Bitencourt (2011, p. 173) ressalta a importância dessa reformulação de entendimentos pelo Poder Judiciário, destacando que:

Transcorridos mais de sessenta e cinco anos da promulgação do Código Penal [...] questionam-se muitos dos seus dispositivos, esquecendo-se, geralmente, que a vida é dinâmica, e que não só os usos e costumes evoluem como principalmente a ciência e a tecnologia, de tal sorte que aquele texto publicado em 1940 deve ser adaptado à realidade atual [...] dando-lhe vida e atualidade para disciplinar as relações sociais deste início de novo milênio. Com efeito, o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade de constante mutação.

Com efeito, a atuação do STF na regulamentação dessa situação, que não era abarcada pelo CPB, foi imprescindível para a garantia de um direito à sociedade (que é dinâmica e transformadora). Portanto, através da decisão proferida na ADPF, o STF harmonizou um caso novo com o direito pátrio, que também deve ser construído de forma dinâmica, para abarcar novas circunstâncias.

Nesse mesmo sentido, a análise da ADPF nº 132 fulmina na observação de que houve a concretização de novos direitos, que, pela evolução da sociedade, se fizeram necessários. Por isso, equiparou-se a união homoafetiva à condição de uma união estável, promovendo a igualdade de direitos prevista constitucionalmente.

Venosa (2013, p. 448-449) também ressalta a importância dessa atuação do Poder Judiciário, ressaltando que:

Quando o jurista se volta para a problemática dos direitos relativos a convivente do mesmo sexo deve, primeiramente, se despojar de preconceitos, impostos por uma moral cristã de muitos séculos. A tarefa nem sempre será fácil, em razão de profundas raízes históricas e sociais. [...] O jurista, o magistrado e o operador do Direito em geral devem dar uma resposta adequada à sociedade que os rodeia, resposta essa que seja aceita e absorvida por essa mesma sociedade no momento atual. Para isso, ponderam-se os valores vigentes e a transformação cada vez mais

dinâmica deles em tomo das famílias contemporâneas. Toda questão sócio-jurídica deve ser assim avaliada. [...]

Sempre, em questões desse nível, entrarão em debate os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade. Revolve-se a denominada Nova Retórica, cujos princípios fazem por afastar a aplicação positivista da lei e convida o intérprete a ir sempre além do texto legal, sem contrariá-lo ou vilipendiá-lo. Sob esse aspecto, toda norma é, em princípio aberta, não necessitando que a lei o diga. A preocupação do intérprete será sempre aplicar a norma de forma mais adequada, no aqui e no agora.

A importância da ADPF nº 187, que declarou a constitucionalidade da marcha da maconha, também restou demonstrada, pois se registrou que essa decisão foi uma fonte de esclarecimento e confirmação de direitos, ficando assegurada a livre manifestação do pensamento nos casos de reivindicações para a legalização das drogas. Por sua vez, o Ministro Celso de Mello ressalta que:

[...] este processo de controle de constitucionalidade não tem por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas ou supostas virtudes medicinais ou, ainda, possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, mas, ao contrário, busca-se, na presente causa, proteção a duas liberdades individuais, de caráter fundamental: de um lado, a liberdade de reunião e, de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, em cujo núcleo acham-se compreendidos os direitos de petição, de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 187, relator: Ministro Celso de Mello, 2011).

O esboço feito da ADPF nº 130 também comprova a efetivação da ação de arguição, pois, com a declaração de incompatibilidade da lei de imprensa, foram reestabelecidos os direitos de atuação que haviam sido censurados no regime militar, de forma a reconstruir e garantir, mais uma vez, direitos fundamentais. Acrescente-se o relatado pelo STF no acórdão de julgamento, mencionando que:

A ementa mesmo da Lei n. 5250/67 parece contrariar o que se continha no texto constitucional ao fixar que “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”. A regulação só tem espaço onde não há liberdade. Se a manifestação de pensamento e de informação é regulada deixa de ser livre. [...]

O que se tem, pois, no diploma examinado é abuso de poder de legislar, em contrariedade ao que é determinado constitucionalmente. [...]

A liberdade de manifestação de pensamento dá o quadro no qual se há de realizar o ser humano em seu crescimento pessoal e social, particular e político.

A liberdade é dado complementar, senão integrante da dignidade humana. Por isso é que, sem liberdade – aí encarecida a de manifestação do pensamento, da imprensa e da função do jornalista em razão da matéria objeto do presente julgamento – não há democracia. (Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 130, relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2009).

Por fim, através do julgamento da ADPF nº 186, foi garantido o acesso ao ensino superior para uma categoria que sofreu com a desigualdade por longos anos. Com a constitucionalidade das cotas raciais, houve a redistribuição do direito à educação, o que gera respeito, inclusão e valorização positiva das diferenças, reduzindo a disparidade sofrida pela população negra existente no Brasil.

Assim, a decisão desse tema de grande repercussão envolveu a efetivação de princípios constitucionais, como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, de forma a minimizar os problemas enfrentados pela sociedade, realizando os objetivos da República.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Implantando uma nova ordem constitucional, a Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações, bem como preservou e aprimorou institutos já previstos nas cartas anteriores.

A rigidez constitucional e a supremacia da Constituição são dois dos fundamentos expressamente previstos na Carta Federal, sendo prioridade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário respeitarem esses princípios norteadores. Tais princípios atuam como vetor interpretativo das normas do Estado, devendo existir um grande empenho para se tutelar e respeitar a superioridade da norma maior do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, destaca-se o controle de constitucionalidade das leis, que se apresenta como instrumento indispensável ao Estado, pois através dele é possível a garantia da aplicação efetiva dos preceitos insculpidos na Constituição Federal. Diante disso, as cinco ações do controle concentrado apresentam-se como institutos asseguradores da supremacia constitucional.

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental faz parte desse sistema de verificação abstrata da constitucionalidade das leis, cujo fim é zelar pela integridade constitucional do ordenamento jurídico. Essa ação foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1988.

A Constituição Federal elenca poucas regras acerca da ADPF, que vêm no art. 102, § 1º, deixando as demais diretrizes para serem moldadas pela norma infralegal.

Regulamentada onze anos depois da promulgação da Constituição pela Lei nº 9.882/99, a ADPF veio reforçar o controle repressivo de constitucionalidade das leis, surgindo como um marco de inovação, pois sua finalidade é fiscalizar possíveis lesões aos preceitos fundamentais da Carta Constitucional, que muitas vezes não são enumerados de forma explícita pelo constituinte. Por isso não se consegue estabelecer um rol taxativo desses preceitos, mas o STF, na ADPF nº 33, já norteou exemplificativamente qual seria a abrangência da proteção da ação de arguição.

Dessa forma, complementando a atuação das demais ações, a ADPF protege parte significativa da Constituição, resguardando os mais importantes princípios e

regras, na defesa exclusiva de determinadas diretrizes constitucionais fundamentais, que elencam valores supremos da sociedade.

Os objetivos propostos na presente pesquisa foram alcançados, pois a ADPF se mostrou como melhor meio e meio mais eficaz para a proteção dos preceitos fundamentais.

Foi analisada a conceituação de elementos objetivos componentes da ADPF (como, por exemplo, “descumprimento”, “inconstitucionalidade”, “preceito”, “preceito fundamental”) proporcionando maior esclarecimento e compreensão da utilização da ação de arguição.

Destarte, mesmo após a previsão da regulamentação do seu processamento e julgamento, a ADPF passou a ser alvo de críticas. Nesse lume, as críticas foram apreciadas detidamente nos capítulos, como, por exemplo, aquela intentada na ADI nº 2.231 pela OAB, que requereu a declaração de inconstitucionalidade da ADPF incidental, pois alegou ser contrária à Constituição Federal.

Também foi apresentada a ampla definição de preceito fundamental, construída pela doutrina e pelo STF, o que tem finalidade importante, pois ficou demonstrado o campo de atuação da ação, que ainda é paulatinamente construído a partir dos juízos de admissibilidade feitos pela Suprema Corte (única responsável por essa valoração).

E ainda como restrição a atuação da ADPF, houve a apreciação do conflitante conceito do Princípio da Subsidiariedade, pelo qual tal ação só poderá ser recebida para processamento e julgamento perante a Corte Suprema se não houver outro meio eficaz para sanar a lesividade do ato questionado.

De outra banda, para demonstrar a mitigação desses ataques, foi realizada a análise de algumas das mais importantes ações de arguições que já tramitaram no Supremo Tribunal Federal. Assim, observou-se que através da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental já foram analisadas várias hipóteses tidas como descumprimentos à Constituição.

E, como nos casos citados no último capítulo, resta assegurado que tal verificação pôde ser realizada porque o texto pátrio previu a ação de arguição como competente para a análise dos atos do Poder Público, como leis pré-constitucionais, normas municipais, formas de interpretação da lei, apreciação de veto presidencial, entre outros.

Por meio da ADPF nº 45, que avaliou uma omissão constitucional corroborada por um veto presidencial, foi viabilizado a tutela jurisdicional do mínimo existencial, enaltecendo o direito à saúde quando em comparação com a carência de recursos do Poder Público. Isso deixou claro que o Princípio da Reserva do Possível pode e deve coexistir com o princípio do mínimo existencial, principalmente quando relacionado aos direitos sociais.

Já através da ADPF nº 46, que apreciou uma norma pré-constitucional (anterior à Constituição Federal de 1988), também foi garantido uma série de direitos, quando restou confirmada a validade da lei que trata do monopólio dos Correios.

Com efeito, as empresas particulares também adquiriram direitos a partir do julgamento da ADPF, pois o Plenário estabeleceu que as transportadoras privadas não cometem crime ao entregar encomendas ou correspondências, desde que não sejam as privativas dos Correios.

Por sua vez, a ADPF nº 54 trouxe para discussão um tema polêmico, para o qual trouxe também uma solução viável. Através desta ação de arguição, foi garantida para as gestantes de fetos anencéfalos a possibilidade da antecipação do parto, se assim desejarem. Agora vincula a ordem de que não há crime se mulheres, portadoras de feto anencéfalo, resolverem interromper terapeuticamente a gestação.

Outra fonte de renovação de direitos ocorreu na ADPF nº 130, que reconheceu a incompatibilidade da Lei de Imprensa com o novo ordenamento pátrio, e reestabeleceu todos os direitos que foram tolhidos dos profissionais dessa área durante o regime militar. Isso garantiu a liberdade de expressão, de manifestação e de pensamento.

A ADPF nº 187 também foi estudada porque trouxe uma nova interpretação conforme o texto constitucional, garantindo a possibilidade de manifestações favoráveis à legalização das drogas. Assim, atos públicos em defesa da descriminalização das drogas não configuram crime, preservando a liberdade de expressão, que é um direito coletivo.

Ainda houve a apreciação da ADPF nº 132 que, por decisão unânime, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Por esse entendimento foi garantido a aplicação do regime de união estável aos casais homossexuais, efetivando o preceito de que todos são iguais perante a lei.

Por fim, foi avaliado a ADPF nº 186 que confirmou como constitucional a criação de cotas para acesso ao ensino superior público. Por isso, o princípio da igualdade e o direito à educação foram garantidos com essa possibilidade de reserva de vagas baseadas em critério étnico-racial.

Do exposto, apresentados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à utilização da ADPF pelo Poder Judiciário, observa-se que foram alcançados os seguintes resultados na pesquisa.

Verifica-se a adequação dessa modalidade de ação na fiscalização de ocorrências de desrespeito às normas basilares do Estado, de forma que é efetivamente um mecanismo especial de controle das leis. Acrescente-se que a ADPF é instituto garantidor da realização de direitos e ainda é meio que retira obstáculos normativos que impediam ou atrasavam o pleno gozo dos direitos.

Assim, por meio das próprias decisões proferidas nas ações de arguição (que têm eficácia contra todos e efeitos vinculantes) já está ocorrendo a efetivação da ADPF no ordenamento pátrio, restando demonstrado que a resposta para a problemática apresentada é a de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental já consegue garantir, de forma concreta, os objetivos para os quais foi criada.

Nesse sentido, este trabalho foi de importante discussão no meio acadêmico, pois confirmou que a ADPF vem se consolidando em linhas basilares, conseguindo, aos poucos, sanar todas as suas carências, mostrando sua grande potencialidade e seu evidente valor.

Destarte, o principal objetivo também foi exposto, tendo em vista que houve a demonstração de que a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por meio do controle abstrato que exerce, está se tornando um efetivo instrumento de efetivação de direitos.

Resta demonstrado, então, que a ADPF se consolida aos poucos através das próprias decisões judiciais emanadas pelo STF, que se utiliza desta ação como meio para analisar assuntos que não poderiam ser vistos se a ADPF não tivesse de fato previsão ou regulamentação efetiva.

Assim, como os demais meios não seriam capazes de proteger os fundamentos da Constituição Federal, a ação de arguição se apresentou como melhor solução jurídica para garantir os preceitos fundamentais tolhidos nos casos tutelados, revelando-se como um meio eficaz de fiscalização das normas.

Através dos direitos apresentados como garantidos nas decisões proferidas nas ações de arguição, fica demonstrado os efeitos positivos desta ação para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como comprova que as carências e restrições não prejudicam a atuação da ação de ADPF, que vem mostrando aos poucos sua potencialidade e valor para garantia de direitos.

Demais disso, a ADPF então é responsável pela manutenção da conformidade entre os atos do Poder Público e as normas fundamentais, de forma a garantir a integridade dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição. Dessa forma, a ação de arguição atua como vetor de interpretação e aplicação dos primordiais termos constitucionais, garantindo a supremacia constitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial – dos crimes contra a pessoa**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONISSONI, Rosana. **Direito de resposta: uma análise após a ADPF n. 130**. 01/09/2011. 109 f. Mestrado acadêmico em Direito. Instituição de Ensino: Universidade Federal do Paraná. Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFPR. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26606/dissertacao%20final%20Rosana-agosto.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

_____. Decreto - lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

_____. Lei nº 10.416, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

_____. Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003. **Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.707.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2014

_____. Lei nº 10.777, de 24 de novembro de 2003. **Acresce parágrafos ao art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.777.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2014.

_____. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. **Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

_____. Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. **Dispõe sobre os Serviços Postais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2015.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em 14 de janeiro de 2015.

_____. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 15 de dezembro de 2014.

_____. Presidência da República. **Mensagem nº 357**, de 30 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 5.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2015.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 2.231.** Distrito Federal – DF. Relator Min. Néri da Silveira. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1828554>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2015.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.277.** Distrito Federal – DF. 14/10/2011. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2015.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 100.** Distrito Federal – DF. 09/09/2004. Relatora Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266195>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 466.** Distrito Federal – DF. 03/04/91 – Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1 – 7.** Distrito Federal – DF. 03/02/00 – Tribunal Pleno. Relator Min. Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2014.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17.** Distrito Federal – DF. 20/09/2011 – Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818536/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-17-ap-stf>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2014.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33.** Distrito Federal – DF. 07/12/2005 – Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Distrito Federal – DF. 29/04/2004 – Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2175381>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46.** Distrito Federal – DF. 26/ 02/ 2010 – Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2182784>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Distrito Federal – DF. 12/04/2012 – Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>> Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130.** Distrito Federal - DF. 30/04/2009 – Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=12837>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.** Distrito Federal - DF. 05/05/2011 – Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17.** Distrito Federal - DF. 20/09/2001 – Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello.

Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818536/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-17-ap-stf>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187.** Distrito Federal - DF. 15/06/2011 – Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691505>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 10 ed. rev., atual. e reformulada até a Emenda Constitucional n. 70/ 2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/20. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2 ed., rev., ampl. e atual. até a EC nº 53/06. Bahia: Juspodivm, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., rev., ampl. e atual. até a EC nº 57/ 2008. Bahia: Juspodivm, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 3 ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

DERBLI, Felipe. FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/dh/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade**. *Revista De Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GABAN, Eduardo Molan. **Monopólio postal à luz do Direito Constitucional e do Direito Antitruste: um estudo comparado das experiências europeia e norteamericana**. 01/09/2011, 315 f. Doutorado em Direito. Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Biblioteca Depositária: PUC-SP. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2011-09-

20T11:01:49Z-11528/Publico/Eduardo%20Molan%20Gaban.pdf>. Acesso em 16 de fevereiro de 2015.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 6 ed. Bahia: Jus Podvum, 2010.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONE, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlej, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.13, jun. 2000. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=6:-argueicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-&Itemid=74>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MOTTA, Sylvio Clemente. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 24 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado/ Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de constitucionalidade das leis**. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Izequias Estevam dos. **Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica**. 9 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Ednilson Luis de. **Aborto de anencefálico no Direito Brasileiro: uma incisão da política jurídica**. 01/10/2012. 90 f. Mestrado acadêmico em Ciência Jurídica. Instituição de Ensino: Universidade do Vale do Itajaí. Biblioteca Depositária: UNIVALI. Disponível em: <http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1205>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família – vol. 6**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.