

## ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: CONCEITO, PRINCIPAIS ASPECTOS, MODALIDADES E EFEITOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### CHALLENGE OF DISREGARD OF BASIC PRECEPTS: CONCEPT, MAIN ASPECTS, TYPES AND EFFECTS UNDER THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Gaudêncio Jerônimo de Souza Neto\*

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 trazia expressa a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no entanto, a condicionava à regulamentação legal, a qual surgiu em 1999 com a edição da Lei 9.882. Sua finalidade precípua era inserir no ordenamento pátrio um “incidente de constitucionalidade” capaz de provocar manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de atos do poder público discutidos em qualquer instância judicial. O presente estudo serve para delinear esse “novo” instrumento de controle de constitucionalidade, com a demonstração de suas características e principais efeitos de sua aplicação à luz da jurisprudência do STF.

**Palavras-chave:** ADPF. Conceito. Principais aspectos. Subsidiariedade. Efeitos.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution of 1988 brought expressly the “Challenge of Disregard of Basic Precepts”, however, conditioned it to the legal regulation, which appeared in 1999 with the edition of the Law 9.882. Its main purpose was to insert in the national order an “incident of constitutionality” capable to provoke manifestation of the Supreme Court (STF) about the constitutionality of argued acts of the public power in any judicial instance. The present study is used to delineate this “new” instrument of constitutional control, with the demonstration of its characteristics and main effects of its application under the jurisprudence of the Supreme Court (STF).

**Keywords:** Challenge of Disregard of Basic Precepts. Concept. Main aspects. Subsidiarity. Effects.

\* Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogado. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das idéias mais defendidas pelos autores brasileiros de Direito Constitucional, desde a segunda metade da última década, tem sido a criação de um equivalente do “Incidente de Inconstitucionalidade” (do direito Alemão) no sistema jurídico brasileiro.

O ponto central da proposta foi a criação de um mecanismo processual que permita ao Supremo Tribunal Federal decidir de imediato uma questão constitucional suscitada em qualquer instância judicial, de modo que todos os processos que tratem da matéria sejam suspensos até a decisão definitiva pela Corte Máxima. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, seria permitido que:

Fosse apreciada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (qualquer) controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A particularidade do instituto, entretanto, seria a possibilidade de a Suprema Corte, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada.<sup>1</sup>

A previsão constitucional para que o Supremo Tribunal Federal aprecie ato que atente contra preceito fundamental decorrente da Carta da República está no art. 102, § 1º. A possibilidade de criação do “incidente de inconstitucionalidade” no Direito Brasileiro foi discutida na Revisão Constitucional de 1994, não tendo sido, contudo, aprovada nenhuma proposta neste sentido. Entretanto, eis que surge, no apagar das luzes do ano de 1999, a Lei n.º 9.882, pretendendo contemplar um instituto assemelhado ao suprarreferido mecanismo processual.

1 MENDES, Gilmar Ferreira. **Incidente de inconstitucionalidade**: uma proposta de alteração substancial no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.infojus.com.br>. Acesso em: 08 maio 2006.

Foi a lei fruto de um projeto elaborado por uma comissão composta por Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa, criada por portaria do Ministro da Justiça Iris Resende. Chegou-se à conclusão de que a própria Constituição Federal oferecia um instrumento que poderia contemplar, adequadamente, o incidente de inconstitucionalidade: a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – veio completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, uma vez que a competência é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Nos termos em que foi regulada a ADPF pelo legislador ordinário, questões até então não passíveis de apreciação nas demais ações do controle abstrato de constitucionalidade (ADI e ADC) passaram a poder ser objeto de exame. Os exemplos mais notórios são a possibilidade de impugnação de atos normativos municipais em face da Constituição da República e o cabimento da ação quando houver controvérsia envolvendo direito pré-constitucional.

Pretende-se, neste trabalho, esclarecer algumas questões polêmicas sobre essa ação constitucional, como, por exemplo, suas hipóteses de cabimento e a possibilidade de medida liminar para suspender os processos em julgamento sobre a questão constitucional objeto de uma argüição de descumprimento de preceito fundamental, bem como os efeitos de sua decisão.

## 2 LOCALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO

A Constituição Federal de 1988 trazia expressa, no parágrafo único do artigo 102, a seguinte previsão: “*A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal, na forma da lei*”.

Sem que houvesse o legislador infraconstitucional, até então, atendido ao comando constitucional que exigia regulação por lei, revelando seu caráter de norma constitucional de eficácia limitada, surgiu, em 1993, a Emenda Constitucional n.º 03, que acrescentou novo parágrafo àquele artigo, inseriu vírgulas no parágrafo único e transformou-o em § 1.º, ficando

o artigo com a seguinte redação:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipua-mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...].

§1º. A argüição de descumprimento de preceito fundamen-tal, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Su-premo Tribunal Federal, na forma da lei.

Foi mantida pela Emenda, como se vê, a natureza do dispositivo, conservando-se como norma de eficácia limitada e pendente de regulamen-tação por lei ordinária.<sup>2</sup>

Tanto era assim, que o Supremo Tribunal Federal rejeitava processar argüições de descumprimento de preceito fundamental, em razão da inexis-tência de lei regulamentadora, exigida pelo texto constitucional, conforme se pode inferir da ementa abaixo transcrita:

101157 – JCF. 102.1 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMEN-TO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – DECRETO ES-TADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO – ARTS. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CC E ART. 126 DO CPC – 1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apre-ciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fun-damental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constitui-ção (art. 102, caput). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da CF). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se preten-

2 Segundo José Afonso da Silva “A norma constitucional dependente de legislação também entra em vigor na data prevista na constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência da lei integrativa. A distinção não é acadêmica. Tem conseqüências práticas de relevo. Pois tais normas, desde que entram em vigor, são aplicáveis até onde possam, devendo notar-se que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão-só para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade”. (SILVA, 1999, p. 130).

da compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, *sub judice*, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, para resolver lide “*inter parts*”. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. 8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo STF. (STF – AgRg em Petição 1.140-7 – TO – Plenário – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 31.05.1996’ - in *Juris Síntese Millennium* – CD-ROM).

A resposta legislativa só veio a lume em dezembro de 1999, através da Lei 9.882, que dispôs sobre o processo e julgamento da ADPF. Por seu turno, a Lei 9.882/99 foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 2.231-8, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal.

## 2.1 O PRECEITO FUNDAMENTAL COMO OBJETO DE TUTELA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO

Não se afigura nada fácil a delimitação da esfera de abrangência do termo “preceito fundamental”. O que se constata na doutrina, aliás, é uma total ausência de uniformidade quanto ao entendimento do que seja preceito fundamental e, especialmente, quanto à delimitação de quais preceitos seriam de tal relevância que pudessem justificar a interposição da argüição.

Maria Garcia oferece uma interpretação *sui generis*, que deve ser destacada quando evidencia a acepção semântica da norma constitucional em sua redação literal, que assim restou lançada no aludido § 1º, do artigo 102: “descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição,

(...)”. Para a autora, *in verbis*:

O termo *decorrente* faz concluir, primeiramente, pela possibilidade de localização do preceito externamente à Constituição. Porquanto, se é decorrente da Constituição não deverá estar, necessariamente, contido na Constituição. Não expressamente. E, neste particular, obrigatória se torna a lembrança do disposto no § 2º do art. 5º, o qual admite a existência de ‘outros direitos e garantias’, além daqueles expressos na Constituição, ‘decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’ (ou dos tratados internacionais firmados).<sup>3</sup>

Esta interpretação conta parcialmente com o aval de Sérgio Resende de Barros, quando pondera que:

O que se tem em mente proteger – e isto está claro no texto constitucional – é preceito fundamental decorrente desta Constituição, o que é bem mais amplo – e, portanto, diferente – do que preceito fundamental ou preceito constitucional, mesmo se tomando esses dois últimos termos como sinônimos. Isso porque um preceito que decorre da Constituição não precisa, necessariamente, nela ser visto ou estar previsto, mas pode ser ou estar simplesmente implícito.<sup>4</sup>

A maioria dos autores, no entanto, não enfoca a questão sob esse prisma. Preceitos fundamentais, decorrentes da Constituição, segundo eles, não estariam situados no exterior da Carta, mas em seu bojo. Desta forma, são apresentados como preceitos fundamentais os direitos fundamentais enunciados no artigo 5º, bem como as denominadas “cláusulas pétreas”, estabelecidas no § 4º do artigo 60, todos da Constituição Federal de 1988.

Outros preceitos orientadores, na condição de princípios constitucionais e regras constitucionais, são igualmente assinalados como justificadores da argüição em tela. Nem aqui, porém, há uniformidade. Quando se propõem a identificar quais preceitos fundamentais estariam sendo apontados pela diretriz constitucional como passíveis de constituir objeto da argüição de que trata o § 1º do artigo 102, não demonstram convergência

3 GARCIA, 2000, p. 102.

4 BARROS, 2001, p. 184.

de opiniões, senão vejamos.

Luiz Henrique Cavalcanti Mélega após discorrer sobre as diferenças substanciais entre princípios e regras constitucionais, assevera ser possível compreender por preceito fundamental, *verbis*:

Tanto os princípios fundamentais, como as regras de direito fundamentais inseridas na Carta Magna. Os conceitos daqueles e dessas, que a seguir vão lançados são da pena do Prof. J. J. GOMES CANOTILHO: ‘Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional’ (Ob. Cit., pág. 1090). ‘Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (cf. CRP, art. 24º e ss.).’ (Op. Cit., p. 1096).<sup>5</sup>

Com tal identificação, o autor passa a sustentar, com base na doutrina, a defesa de um sistema de valores, propondo uma concepção axiológica da Constituição, em face do que, aparentemente, nem toda norma constitucional seria passível de ser denominada preceito fundamental.

Por todos os posicionamentos trazidos à análise, forçoso concluir que o tema não apresenta contornos de uniformidade, nem dá mostras de estar-se encaminhando a um consenso doutrinário.

Como situar, então, o conceito e a abrangência do preceito fundamental, para fins de identificação do objeto da argüição de descumprimento prevista na Constituição Federal, em seu artigo 102, § 1º? Os próprios integrantes da comissão de juristas que deu gênese à Lei regulamentadora não são unânimes quanto aos contornos e extensão do instituto.

Não bastasse isso, há que se considerar tais divergências de opinião como fruto de uma realidade legislativa que afasta a norma de seu idealizador, tão logo positivada no mundo jurídico. A lei, uma vez publicada, rompe os vínculos com seu criador e assume vida própria. Valerá, portanto, o que diz a norma, se válida e eficaz apresentar-se, independentemente do

5 MÉLEGA, 2001, p. 140.

sentido que se lhe quis dar quando da sua elaboração. Opera-se, portanto, uma ruptura entre o pensamento manifestado pelo legislador e a descrição literal da norma, no momento em que esta se faz operante, o que Karl Larenz denomina de “teoria objectivista da interpretação”.

Não se propõe o presente trabalho dar ao instituto da argüição, muito menos ao termo “preceito fundamental”, qualquer definição exaustiva. Isso seria insensato. Mais coerente será revelar o pensamento doutrinário, bem como jurisprudencial, suas vertentes e dissensões, e a opção que nos parece mais acertada, para que o leitor formule, em meio a esta complexa gama de opiniões, o entendimento que melhor se amolde ao seu próprio pensar jurídico.

Segundo Maria Garcia, para quem a legítima titularidade para o exercício dessa medida constitucional democrática jamais poderia ser retirada do cidadão, “Preceito que significa mandamento, ordenação, regra, norma de conduta, e que é também fundamento, ou seja, ‘base ou razão em que se firmam as coisas ou em que se justificam as ações’, na acepção mais comum, algo coordenado ao sistema constitucional, embora não expresso na constituição”.<sup>6</sup>

Já o Professor José Afonso da Silva, quando analisa o dispositivo constitucional sob comento, conclui:

O §1º do art. 102 contém uma disposição não muito bem redigida, tal como dizer ‘preceito fundamental decorrente da Constituição’, quando deveria apenas falar em ‘preceito fundamental da Constituição’, mas isso não infirma nem mesmo prejudica a relevância da norma, assim enunciada: *a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.* ‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão sentido básico ao regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais.* (tít. II).<sup>7</sup>

Resta ao Supremo Tribunal Federal, na apreciação das ações a serem intentadas, delinear o perfil e a extensão do que possa ser entendido por

6 GARCIA, 2000, p. 103.

7 SILVA, 2006, p. 562.



preceito fundamental, já que tanto o constituinte quanto o legislador ordinário trataram genericamente da matéria. Aliás, o próprio STF deixou claro que a ele compete identificar as normas que devem ser consideradas preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal para o fim de conhecimento da arguições de descumprimento de preceito fundamental que perante a Corte sejam ajuizadas.<sup>8</sup>

Vale registrar que do voto do Ministro Néri da Silveira, relator da ADPF 1-RJ, consta uma citação de Oscar Dias Corrêa, abaixo reproduzida como orientação geral:

Parece-nos, porém, que desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização política administrativa; a distribuição de competências entre União, Estados, Distrito Federal, territórios e Municípios; entre Legislativo, Executivo e Judiciário; a discriminação de rendas; as garantias da ordem econômica e financeira, nos princípios básicos; enfim, todos os preceitos que, assegurando a estabilidade econômica e financeira e a continuidade da ordem jurídica democrática, devam ser cumpridos<sup>9</sup>.

Outrossim, a jurisprudência do Pretório Excelso tem considerado os seguintes pontos, como preceitos fundamentais, a saber: “Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição

8 ADPF 1-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 03.02.2000, de cuja ementa extrai-se o seguinte trecho: “Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”.

9 CORRÊA, Oscar Dias Corrêa. **A Constituição de 1988, contribuição crítica**. São Paulo: Forense, 1991.

de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais”, a teor do ementário transcrito:

Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. 7. Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada. (Supremo Tribunal Federal; ADPF 33 MC / PA – PARÁ; MEDIDA CAU-

TELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 29/10/2003; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ 06-08-2004 PP-00020 EMENT VOL-02158-01 PP-00001).

## 2.2 MODALIDADES

A doutrina pátria acerca do instituto, embora não seja abundante, é homogênea quanto à existência, na Lei 9.882/99, de previsão de duas modalidades distintas de ADPF: uma arguição autônoma, com natureza de ação, e outra incidental ou paralela, que pressupõe a existência de uma ação original em função da qual os legitimados ativos para a propositura da ADPF podem suscitar a arguição, levando a matéria constitucional à apreciação direta do Supremo Tribunal Federal.

Dentre as várias classificações relacionadas a dispositivos constitucionais, tem-se a relacionada diretamente com o descumprimento como espécie de inconstitucionalidade. Assim, podem-se verificar várias formas de inconstitucionalidade, dentre elas, formal e material, total e parcial, por ação ou por omissão, originária ou superveniente, antecedente ou conseqüente e, ainda, direta e indireta.

Quanto a esse vasto arcabouço de modalidades de inconstitucionalidade, tratando do tema que mais interessa, o descumprimento, mais importante se fazem tais distinções, quando se tratam estes vícios de afronta a preceitos constitucionais fundamentais.

O descumprimento formal é verificado quando decorre do vício de incompetência em relação à autoridade pública que edita o dispositivo ou norma, ou ainda, quando o procedimento adotado para a formação da medida não seguiu aquele previamente fixado pela Constituição. Fala-se em descumprimento material quando o conteúdo da norma nascente é incompatível com os ditames constitucionais. Em relação ao descumprimento total ou parcial, aquele diz respeito ao vício encontrado na totalidade do ato emanado pelo poder público, enquanto este apenas o vicia em parte.

A Constituição poderá ser descumprida por ação quando o ato questionado seja de caráter comissivo. Já por omissão, temos as situações em

que a inércia do Poder Público causa danos irremediáveis à sociedade.

O descumprimento poderá ainda ser originário, quando o Ato Público afronta dispositivo constitucional vigente; será superveniente quando a norma ferida, contida na Carta Magna, tenha sua vigência posterior à da prolação do dito ato inconstitucional.

Poderá o descumprimento ser antecedente (ou imediato) ou conseqüente (derivado). O antecedente decorre de violação direta, imediata, enquanto o conseqüente deriva de um efeito reflexo do descumprimento antecedente, em virtude da relação de dependência que pode existir entre os atos do poder público.

Ademais, o sistema jurídico pátrio apresenta as formas diretas de descumprimento, quando contrário a um preceito fundamental explícito, ou indireto, quando afronta um preceito constitucional fundamental implícito.

A argüição sob a forma autônoma está contida no art. 1º, caput, da Lei nº 9.882/99:

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

A argüição autônoma tem natureza objetiva, que pode ser proposta para defesa exclusivamente objetiva contra violação de preceitos fundamentais decorrente de um ato do Poder Público, seja este ato federal, estadual ou municipal. A argüição sob a modalidade incidental ou indireta está contida no parágrafo único do art. 1º:

Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

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

Este segundo caso revela a natureza subjetiva-objetiva, incidental ou indireta da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pressupondo a existência de controvérsia sobre lei ou ato normativo, de todos os

órgãos políticos autônomos, bem como dos anteriores à Constituição.

A ADPF direta ou autônoma é uma típica ação de controle concentrado e principal de constitucionalidade com o objetivo de defesa de preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público.

O Artigo 2º da Lei nº 9.882/99 aponta como legitimados para propor a ação de descumprimento de preceito fundamental os mesmos sujeitos aptos a propor a ação direta de inconstitucionalidade. São legitimados universais para propor ADPF: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara de Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa de Estado, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já os legitimados passivos da ADPF são as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão impugnada. O Advogado-Geral da União deve desempenhar o mesmo papel exercido no caso de ADIN genérica, ou seja, deve atuar como curador da presunção de constitucionalidade do ato questionado, seja ele normativo ou não. Certo que, em se tratando de omissão do poder público, à semelhança da ADIN por omissão, não cabe a atuação do AGU, salvo em se tratando de omissão parcial.

Isso não significa, entretanto, que exista uma ADPF de natureza objetiva e outra, a incidental ou paralela, de natureza subjetiva. O STF e a maior parte da doutrina somente aceitam a ADPF como processo objetivo, sem partes em sentido próprio, sem possibilidade de discussão ou tutela de interesses subjetivos. Ocorre que, no caso da ADPF incidental, a controvérsia constitucional relevante se origina em processos concretos, nos quais estão, aí sim, sendo discutidos interesses subjetivos. No caso de um dos legitimados à propositura da ADPF entender que a controvérsia constitucional suscitada nos processos concretos é relevante poderá, então, propor a argüição dita incidental ou paralela, sendo-lhe facultado, ainda, requerer liminar, que “poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento

de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.<sup>10</sup>

Reforça o entendimento de que a Lei 9.882/99 previu uma ADPF de natureza incidental o § 1º de seu art. 6º, ao estatuir que “se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição”. Ora, está clara nessa referência a “processos que ensejaram arguição” a possibilidade de a ADPF ser proposta a partir de ações concretas, nas quais há partes propriamente ditas, discutindo interesses subjetivos. Tais interesses, todavia, não serão de forma alguma apreciados no âmbito da ADPF; nesta somente se travará a discussão em abstrato acerca da existência de lesão a preceito fundamental decorrente da Carta Política.

Sobre essa modalidade de ADPF, dita incidental, prevista no inciso I do parágrafo único do art. 1º, o professor Walter Cláudius Rothburg, após afirmar a predominância da natureza objetiva da ADPF, preleciona, em trecho de excepcional clareza:

Ademais, arguição permite que o controle de constitucionalidade genérico, apreciando a validade do ato com efeitos extensivos, ocorra com base no exame de um caso específico, enriquecendo nosso sistema com uma modalidade direta (concentrada) de controle concreto de constitucionalidade. Até então, ou esse conhecimento imediato ocorria desvinculado de caso específico (em tese, por meio de fiscalização abstrata de constitucionalidade), ou a questão constitucional surgia ligada ao caso específico e era apreciada pelo juízo naturalmente competente (controle difuso de constitucionalidade), podendo chegar ao Supremo Tribunal Federal, a mais das vezes, apenas em grau de recurso extraordinário.<sup>11</sup>

### 3 SUBSIDIARIEDADE DA ARGUIÇÃO

Há vedação expressa da possibilidade de se propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando existir qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99). Trata-se do princípio da subsidiariedade. Institutos similares no direito estrangeiro: “a Verfassungsbeshwerde alemã e o recurso de amparo espanhol, têm, igual-

<sup>10</sup> Lei nº 9.882/99, art. 5º, § 3º.

<sup>11</sup> ROTHENBURG, 2001, p. 203.

mente, caráter de subsidiariedade; só podem ser interpostos após terem sido esgotadas, regularmente, as vias judiciais”.<sup>12</sup>

O legislador ordinário conferiu à ADPF a natureza de ação excepcional, subsidiária, remédio extremo: somente será cabível se não for possível sanar a lesividade do ato que se quer impugnar mediante utilização de “qualquer outro meio” que seja verdadeiramente eficaz para tanto.

Parte considerável da doutrina (Gilmar Ferreira Mendes, Celso Ribeiro Bastos, e Daniel Sarmento, entre outros) aponta para a necessidade de não se adotar uma interpretação literal do § 1º, do art. 4º, da Lei 9.8882/99. Isso porque, em nosso ordenamento jurídico, se for levado em conta todo e qualquer meio processual existente, sempre haverá algum mediante o qual se possa impugnar o ato que se entenda estar ofendendo ou na iminência de ofender preceito fundamental. Para esses autores, caso o dispositivo em comento seja tomado com excessivo rigor, a ADPF restará quase inteiramente despida de aplicabilidade.

Alexandre de Moraes alerta para o fato de que a argüição “não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica; interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade”.<sup>13</sup>

Em que pesem essas opiniões, o Supremo Tribunal Federal inicialmente não adotou a tese segundo a somente deveria ser aferida a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade no âmbito das ações integrantes do controle abstrato de normas. Por maioria, adotou o Pretório Excelso a tese de que a existência de qualquer ação eficaz para reparar o dano impediria o ajuizamento da argüição. Nesse sentido, o STF negou conhecimento a diferentes argüições de descumprimento de preceito fundamental por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais, tais como mandado de segurança, a ação popular e o recurso extraordinário (que admitem a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados.<sup>14</sup>

12 VELOSO, 2000, p. 305.

13 MORAES, 1999, p. 263.

14 ADPF 3-CE. Relator: Min. Sydney Sanches, publicado em: 10 maio 2000; ADPF 17-AP. Relator: Min.

Em julgados posteriores, no entanto, o Supremo Tribunal Federal vem perfilhando a orientação propugnada por Gilmar Ferreira Mendes, segundo a qual a aferição da existência de outro meio efetivo de sanar a lesividade da atuação pretensamente ofensiva a preceito fundamental, deve ser feita, essencialmente, no âmbito das ações integrantes do controle abstrato de normas. Nessa esteira, é paradigmática a ADPF-MC nº 33-PA, rel. Ministro Gilmar Mendes, de 29.10.2003, mais tarde citada como precedente pela Corte (como ocorreu na ADPF nº 54-DF, rel. Min. Marco Aurélio, 27.04.2005), na qual foi brilhantemente exposta a referida concepção de subsidiariedade. Transcreve-se trecho do voto condutor que, por sua excepcional clareza, dispensa maiores comentários:

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pré-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

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

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na even-

---

Celso de Mello, publicado em: 05 jun. 2002.



tual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma plethora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

Em síntese, percebe-se que a posição dominante no Supremo Tribunal Federal, atualmente, é pelo cabimento da ADPF, em princípio, quando a lesividade da situação que se pretenda afastar não possa ser efetivamente sanada mediante alguma das demais ações integrantes do sistema de controle abstrato de normas, vale dizer, a subsidiariedade a que se refere o § 1º do art. 4º, da Lei 9.882/99 deve ser aferida, essencialmente, em face das ações objetivas do controle de constitucionalidade, atenuando-se a restrição que decorria da literalidade do dispositivo.<sup>15</sup>

## 4 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Desde sua criação na Constituição Federal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, embora não regulamentada, já possuía alguns traços característicos. Pela posição ocupada no texto constitucional, constituía mecanismo de controle de constitucionalidade. A previsão, na Lei 9.882/99, confirmou sua natureza de ação, instrumento especial de provocação da jurisdição constitucional.

### 4.1 COMPETÊNCIA JURISDICIONAL EM DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

A ADPF, da mesma forma que a ADI e a ADC, proporciona um “processo objetivo”, constituindo meio adequado para a solução de uma

<sup>15</sup> Conforme destacado no julgamento do pedido de medida cautelar na ADPF nº 77-7/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 21.08.2006, nos termos seguintes: “Neste sentido, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, no tocante à cláusula de subsidiariedade instalada no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, tem seguido a orientação segundo a qual ‘o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional’”.

questão constitucional, provocando a chamada jurisdição constitucional.

A possibilidade de criação de um controle abstrato de constitucionalidade por meio de tal processo objetivo não destinado, essencialmente, à defesa de um direito subjetivo havia sido considerada pela doutrina constitucional alemã, em 1879. Mais especificamente por Rudolf Von Gneist, para quem a idéia de que, como pressuposto de qualquer pronunciamento jurisdicional, devessem existir dois sujeitos, que discutissem sobre direitos subjetivos, isto é, que qualquer pronunciamento jurisdicional somente pudesse ser visto como proteção a direitos subjetivos, continha uma petição de princípio civilista (*civilistische petitio principii*)<sup>16</sup>.

A competência para o processo e julgamento da ADPF é originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme expressamente estabelecido no art. 102, § 1º, da Constituição da República. A Constituição nada dispõe, contudo, acerca da legitimidade ativa para a propositura da ADPF. Antes da regulamentação legal do instituto, a maioria da doutrina defendia fosse prevista a legitimação mais ampla possível, a fim de conferir à ADPF feição de remédio à disposição dos indivíduos em geral contra violação, que lhes atingisse, de preceito fundamental decorrente da Constituição. A ADPF, assim, assumiria natureza de ação subjetiva, tutelando precipuamente interesses e direitos subjetivos. O legislador ordinário, nos incisos I e II do art. 2º da Lei 9.882/99, havia previsto como legitimados ativos: os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade (inciso I); e “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder público” (inciso II). Ocorre que o Presidente da República vetou o supratranscrito inciso II. Com isso, restaram como legitimados a propor a ADPF somente as mesmas pessoas, órgãos e entidades que podem propor a ADI, previstos no art. 103, incisos I a IX, da Constituição.

Esse rol de legitimados deixa patente a natureza objetiva que foi conferida à ADPF, uma vez que não poderá a ação ser utilizada, diretamente pelo interessado, como instrumento de proteção de direitos subjetivos violados pelo descumprimento de preceito fundamental

16 MANDELLI JR, 2003, p. 148.

decorrente da Constituição. Portanto, essa característica de processo objetivo veda a desistência da ação, uma vez ajuizada, apesar de Lei 9.882/99 silenciar a respeito.

A finalidade desse instrumento de fiscalização concentrada de constitucionalidade não é diretamente a defesa de um direito subjetivo, mas a defesa da ordem constitucional objetiva, a proteção da Constituição. Nada obstante, não deixa de ser verdadeira ação, porque assume papel relevante na verificada evolução da jurisdição individual para a jurisdição coletiva.

Mesmo a argüição incidental, que se propõe, primeiramente, à defesa dos direitos fundamentais, acaba também proporcionando a defesa do conteúdo essencial à Constituição por meio de uma fiscalização de constitucionalidade que permite extrair do STF as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito constitucional.

Aliás, embora seja tradicional a distinção entre processo constitucional objetivo (proteção da ordem jurídico-constitucional) e processo constitucional subjetivo (proteção de interesses individuais juridicamente protegidos), tem-se que, neste caso, não está ausente o propósito de uma defesa objetiva do direito constitucional, enquanto naquele, não está ausente a idéia de proteção de direitos e interesses juridicamente protegidos.

Por se tratar de instituto que proporciona a jurisdição constitucional, a própria Carta Magna estabelece que o STF será competente para processar e julgar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.<sup>17</sup>

É possível admitir a existência de argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Estadual. A ausência de previsão constitucional não pode ser considerada uma negativa implícita. O federalismo supõe diversidade entre as unidades federadas e não há impossibilidade de um Estado-membro apresentar um preceito constitucional estadual próprio que lhe seja fundamental. A competência jurisdicional, neste caso, seguindo parâmetro estabelecido pelo art. 125, § 2º, da CF/88, seria do Tribunal de Justiça estadual.

17 MORAES, 2002, p. 410.

## 4.2 PROCEDIMENTO

O procedimento da argüição, tanto autônoma quanto incidental, inicia-se por petição que satisfaça os requisitos do art. 3º da Lei 9.882/99. Não sendo o caso de argüição ou faltando à inicial alguns de seus requisitos, o relator poderá indeferir-la de plano, por decisão sujeita a agravo regimental (art. 4º, §2º).

Como a Lei não faz qualquer referência a prazo para propositura da ADPF, o melhor entendimento é no sentido de que a ação não está sujeita a prazo prescricional ou de decadência, sendo possível seu ajuizamento a qualquer tempo, não importa a data em que tenha sido praticado o ato indicado como violador de preceito fundamental decorrente da Constituição.

É cabível a concessão de liminar, caso formulado pedido, mediante o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, *caput*), caso estejam presentes no mínimo 2/3 dos Ministros. Esse *quorum* especial pode ser dispensado em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, quando em recesso o STF, hipóteses em que decisão monocrática encontra-se sujeita ao referendo do Tribunal Pleno (§ 1º do art. 5º).

A Lei 9.882/99, antes da decisão liminar, faculta a prévia oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (art. 5º, § 2º).

## 4.3 DECISÕES LIMINAR E FINAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O grande desafio de caracterizar-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental como um instrumento de proteção não só da Constituição Federal, mas, principalmente, dos chamados preceitos constitucionais fundamentais, encontra-se nos efeitos que proporcionam suas decisões.

Para uma exata e merecida delimitação dos efeitos da argüição, é

necessário entendê-la como instrumento de proteção da Carta Constitucional e dos direitos e preceitos fundamentais nela contidos. Essa afirmação, sem dúvidas, traz conseqüências aos efeitos proporcionados por esse instrumento de fiscalização de constitucionalidade.

Precede a análise dos aspectos legais dos efeitos das decisões liminar e final na argüição, necessariamente, o estudo de seus parâmetros constitucionais que delimitam a atividade do legislador ordinário, sob pena de sua inconstitucionalidade.

Primeiramente, cabe lembrar que a argüição é instrumento de verificação de descumprimento, e não de cumprimento de preceito fundamental. Dessa forma, a produção de efeitos da decisão nessa ação justifica-se, na medida em que, com sua procedência, declara-se o descumprimento (ou inconstitucionalidade) de um ato do Poder Público contrário a preceito constitucional fundamental. A ADPF não proporciona a confirmação de presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, sua improcedência não produz efeitos.

A verificação do descumprimento (e tão-somente deste) é característica constitucional do instituto, expressa no art. 102, § 1º, da CF/88. Em um Estado instituído como Estado Social Democrático de Direito, não poderia ser outra a interpretação dada ao instituto, sob pena de pretender criar e implementar um instrumento de proteção e ratificação dos atos do Poder Público; sendo que a própria idéia de Constituição tem por origem a defesa e a preservação de direitos fundamentais contra abusos e arbitrariedades cometidas pelo Estado.

Pretender transformar o STF em instância única, e não última, de fiscalização e confirmação dos atos do Poder Público seria transformá-lo em um órgão autoritário e ilegítimo de poder, hipótese essa contrária ao Estado Social Democrático de Direito.

Conforme preleção de Mandelli, “o compromisso constitucional a que está submetido o STF é a guarda da Constituição, traduzida na proteção dos direitos fundamentais e não na defesa da governabilidade”.<sup>18</sup>

Essas considerações iniciais devem nortear a interpretação da

18 MANDELLI JR, 2003, p. 237.

ADPF, bem como delimitar todos os efeitos das decisões nela proferidas.

#### 4.3.1 A decisão liminar e seus efeitos

A possibilidade de medida liminar tem fundamento no amplo poder geral de cautela que é dado ao Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional. A previsão constitucional expressa de pedido de medida liminar no controle concentrado de constitucionalidade coube à EC 07/77, que também estabeleceu a possibilidade de o STF, originariamente, processar e julgar a anteriormente denominada representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

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

Nos ensinamentos da melhor doutrina, a concessão de medida liminar, pelo STF, condiciona-se a certos requisitos, quais sejam: (a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

A possibilidade de concessão de liminar na ADPF encontra-se prevista de forma expressa no art. 5º da Lei 9.882/99, que estabelece que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Atualmente, a previsão normativa de pedido de medida liminar, além da Lei 9.882/99, encontra-se expressa no texto constitucional no art. 102, I, *p*, quanto as ADI's, e na Lei 9.868/99, para estas, nos arts. 10 a 12, e para as ADC's, no art. 21.

No que tange a competência para a decisão liminar, verifica-se que, no art. 5º do referido diploma legal acima citado, a competência

para conceder o pedido de medida liminar corresponde ao *quorum* de maioria absoluta dos Ministros do STF. Ainda, dispõe art. 8º da mesma Lei, que a decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

Necessário, portanto, diferenciar um *quorum* de instalação e julgamento da decisão da argüição de descumprimento de preceito fundamental, que corresponde a, pelo menos, oito Ministros, conforme o dispositivo acima, e o *quorum* de concessão (deferimento) de liminar, de maioria absoluta, ou seja, pelo menos seis Ministros, disposto no referido art. 5º da Lei 9.882/99, acima transcrito. Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

De acordo com o professor Michel Temer, a concessão de cautelar é exceção ao princípio de presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; portanto, essa possibilidade de concessão deve ser interpretada restritivamente, pois a regra é a da não-invalidação do ato.<sup>19</sup>

Nesse sentido, o STF define a medida cautelar como providência excepcional, devendo a excepcionalidade da medida ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão. Afinal, os atos estatais gozam de presunção *juris tantum* de legitimidade.<sup>20</sup>

Se a concessão de medida cautelar já se reveste de caráter excepcional, o seu deferimento tão só pelo Ministro Relator, embora *ad referendum* do Pleno, deve ser medida excepcionalíssima, exigindo necessariamente os requisitos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, advindos da não suspensão do ato emanado do Poder Público.

Ainda, dispõe o § 2º do citado art 5º da Lei 9.882/99, que o relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

Como já assinalado, a previsão de uma modalidade incidental

19 TEMER, 1998, 235.

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

de ADPF decorre de dispositivo assimetricamente colocado na Lei 9.882/99, entre eles o § 3º do art. 5º, que estabelece os possíveis efeitos da decisão liminar.<sup>21</sup>

A possibilidade de suspensão do andamento de processo ou dos efeitos das decisões judiciais foi muito criticada por parte da doutrina que entendia se tratar de uma espécie de avocatória<sup>22</sup>. A fim de tirar do dispositivo essa pecha de avocatória, preservando sua constitucionalidade, é necessário estabelecer-se uma interpretação conforme, com o objetivo de proporcionar à medida uma condição de incidente de inconstitucionalidade nos moldes daqueles instituídos no direito europeu, em defesa dos direitos fundamentais, e não de um verdadeiro “incidente de inconstitucionalidade às avessas, em defesa de medidas governamentais”.

O sistema complexo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988 contempla tanto o controle concentrado quanto o controle difuso, permitindo que se retire do seu texto um direito constitucional implícito à jurisprudência, no sentido de que uma posição final do Poder Judiciário acerca de uma matéria de relevância constitucional seja tomada após um determinado período, observando tendências apontadas por juízes e tribunais.

O STF, atuando no controle concentrado de constitucionalidade, deve agir, com moderação, comedimento e parcimônia, com o objetivo de não sufocar, de forma prematura, a formação livre e espontânea da convicção de juízes e tribunais na jurisdição ordinária.

A concessão de medida liminar, com seus efeitos, apenas estaria de acordo com a Constituição se tivesse por objetivo evitar ou reparar lesão a outro direito fundamental. Isso porque uma das características dos direitos fundamentais é a limitabilidade, ou seja, possíveis espaços de tensão entre os direitos fundamentais que devem ser resolvidos adotando-se um regime de cedência recíproca, utilizando tanto o princípio da unidade da Constituição como o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A defesa de uma política governamental, refletida em atos do Poder

21 FERREIRA FILHO, 2000, p. 186, afirma que “[...] o objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de avocatória, concentrando nas mãos do STF questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”.

22 BASTOS, 1994, p. 21.



Público, por meio de decisões, inclusive, a cautelar, nas argüições de descumprimento deve ser descartada, sob pena de desvirtuar-se o controle de constitucionalidade.

Na ADPF 10-AL, o relator, Min. Maurício Corrêa, em decisão monocrática, depois de conturbada suspensão de julgamento, deferiu a primeira liminar em sede de ADPF, suspendendo a vigência de dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Alagoas, que estabelecia uma ação de reclamação para a preservação da competência do mesmo Tribunal e a garantia de suas decisões, apresentando os seguintes argumentos:

Resta evidente, contudo, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de que, antes do julgamento deste processo, ocorra grave lesão ao direito do requerente, em virtude das ordens de pagamento e de seqüestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas. Ante tais circunstâncias, com base no artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, defiro, “ad referendum” do Tribunal Pleno, o pedido cautelar e determino a suspensão da vigência dos artigos 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de 30 de abril de 1981, e, em consequência, ordeno seja sustado o andamento de todas as reclamações ora em tramitação naquela Corte e demais decisões que envolvam a aplicação dos preceitos ora suspensos e que não tenham ainda transitado em julgado, até o julgamento final desta argüição. Comunique-se, com urgência, ao Governador do Estado de Alagoas e ao Presidente do Tribunal de Justiça estadual.

Ainda, verifica-se que o dispositivo em apreço (art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/99) ressalva, dos efeitos da cautelar concedida, a coisa julgada. Esta é garantia constitucional fundamental, de acordo com o art. 5º, XXXVI da Carta Magna, não podendo ser atacada, mesmo que não houvesse previsão de exceção expressa. Na coisa julgada, o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial<sup>23</sup>.

23 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, 2001, p. 64 e 65.

### 4.3.2 A decisão final e seus efeitos

A decisão final está submetida ao pedido, que na argüição encontra-se delimitado constitucionalmente pela verificação do descumprimento de preceito constitucional fundamental – jamais no cumprimento – pelo ato sindicável do Poder Público.

Da mesma forma que em relação às decisões de pedido liminar, torna-se necessário verificar-se a exigência de um *quorum* de instalação da sessão de julgamento e um *quorum* de decisão ou julgamento, responsável em declarar o descumprimento de preceito constitucional fundamental. O *quorum* de instalação encontra-se previsto no art. 8º da Lei 9.882/99, e é o mesmo utilizado para os pedidos cautelares, qual seja, a presença mínima de dois terços dos Ministros. Sendo o STF composto por onze ministros, torna-se necessária a presença de, pelo menos, oito Ministros para iniciar o julgamento definitivo.

Já o *quorum* de decisão ou julgamento estava previsto no mesmo artigo, § 1º, que estabelecia *quorum* idêntico ao da instalação para considerar a argüição procedente ou improcedente. No entanto, tal dispositivo foi vetado no momento da deliberação executiva. Na motivação deste ato presidencial, o chefe do Executivo assim se manifestou em sua Mensagem de Veto nº 1.807, de 03 de dezembro de 1999, acerca do dispositivo em comento:

O § 1º do art. 8º exige, para o exame da argüição de descumprimento de preceito fundamental, *quorum* superior, inclusive, àquele necessário para o exame do mérito de ação direta de inconstitucionalidade. Tal disposição constituirá, portanto, restrição desproporcional à celeridade, à capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. A isso, acrescente-se a consideração de que o escopo fundamental do projeto de lei sob exame reside em ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade, o que certamente resta frustrado diante do excessivo *quorum* exigido pelo dispositivo ora vetado. A

fidelidade à Constituição Federal impõe o veto da disposição por interesse público, resguardando-se, ainda uma vez, a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal e a presteza nas suas decisões.

Com o veto ao § 1º do art. 8º, segundo o qual era exigida a votação por maioria de dois terços, questiona-se qual o *quorum* necessário ao julgamento da argüição, principalmente, em se tratando de controvérsia envolvendo conflito de direito intertemporal, em que não se exige a obediência ao disposto no art. 97 da CF/88. A resposta a essa questão pode ser obtida pela interpretação compreensiva da norma prevista no art. 5º, caput, que condiciona a concessão da medida liminar à observância do quorum mínimo da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Assim, mesmo em se tratando de tema ligado à revogação de normas pré-constitucionais ou por força de reforma constitucional, no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, será necessário o *quorum* qualificado, a despeito da não aplicação do art. 97 da CF/88.

Além disso, a exemplo do art. 27 da Lei 9.868/99, também na Lei 9.882/99 foi consagrada hipótese de exceção à regra da nulidade do ato impugnado, mediante a seguinte previsão:

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

A decisão é imediatamente auto-aplicável, antes mesmo da lavratura do acórdão (art. 10, § 1º). A decisão tem efeito vinculante e eficácia contra todos. Então, transitada em julgado, a parte dispositiva da decisão, em razão de seus efeitos *erga omnes* e vinculantes, deverá ser publicada no Diário Oficial (§ 2º do art. 10). Pode o Supremo, porém, excepcionar a própria regra do efeito *erga omnes* e do efeito declaratório ou *ex tunc* de suas decisões,

atribuindo efeitos mais limitados ou constitutivos, ou mesmo *ex nunc*, ou prospectivo sob o fundamento da segurança jurídica e estabilidade das relações. De qualquer forma, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da ADPF é irrecorrível.

Prolatada a decisão, o Supremo Tribunal Federal comunicará as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Caso se trate de decisão em que seja reconhecida a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de ato normativo, a Corte Suprema poderá adotar todas as técnicas de decisão aplicáveis à ADI e à ADC, inclusive a interpretação conforme à Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a declaração de lei ainda constitucional, a técnica de apelo ao legislador etc. Já se a decisão disser respeito à ato concreto, poderá declarar sua invalidade, impedindo a sua aplicação pela Administração Pública; se a ADPF for julgada improcedente, o ato será declarado legítimo.

A inobservância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ADPF, dada sua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, caracteriza grave violação ao dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja pelos magistrados, hipótese em que é cabível reclamação ao Pretório Maior contra o descumprimento da decisão por ele proferida.

## 5 CONCLUSÃO

Não há negar-se que a argüição de descumprimento de preceito fundamental afigura-se como um meio de ligação entre os sistemas de controle difuso (concreto) e concentrado (abstrato), na exata medida em que faculta que uma questão levantada no controle difuso possa valer-se de uma decisão dotada de eficácia *erga omnes*.

É de elementar sabença que a mais relevante alteração introduzida no sistema de controle concentrado de constitucionalidade foi a ADPF com a instituição de mecanismo de aferição abstrata, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade do direito pré-constitucional e do direito municipal ante a Constituição Federal, controle até inviável no âmbito

dos processos objetivos de fiscalização da constitucionalidade integrantes do ordenamento pátrio.

Nesse sentido, mostra-se imprescindível que se confira uma interpretação extensiva à argüição de descumprimento de preceito fundamental de maneira que o mencionado instituto possa ser dotado de maior amplitude e efetividade para que deste modo possa cumprir o seu desiderato consistente numa valoração e respeito da Constituição da República e do Estado Democrático de Direito, além de apresentar-se como um valioso instrumento de defesa da própria cidadania. Deste modo a subsidiariedade prevista no §1º do art.4º da Lei n. 9.882/99 deve ser interpretada com muita cautela e de modo restritivo, sob pena de invalidar-se, ou melhor, restar sem aplicação o próprio instituto da argüição.

Ademais, cabe salientar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que significa dizer que as orientações firmadas pela Corte Suprema nessa ação nortearão o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades federadas.

Já no tocante à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado também é perfeitamente compatível com a Constituição, desde que sejam respeitados os requisitos formais e materiais exigidos pela Lei n. 9.882/99 e, ainda, que sejam aplicados somente naquelas situações que o próprio sistema constitucional está a exigir a manutenção da lei declarada inconstitucional no ordenamento jurídico por um determinado espaço de tempo.

Diante de toda exposição, resta concluir, inquestionavelmente, que a Lei n.º 9.882/99, regulamentadora da argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista art. 102, § 1º da Constituição Federal de 1988, está eivada de certos vícios de interpretação, ou seja, dispõe de um texto que certamente mereceria um maior cuidado por parte daqueles que o elaboraram, tendo em vista o montante de divergências e discussões acerca de sua aplicação e efetivação no mundo jurídico.

Qualquer pessoa que tiver o cuidado de pesquisar acerca desse instituto, logo de início, certamente encontrará dificuldades em sua compreensão, haja vista o

posicionamento, às vezes, absolutamente divergente de conhecidos e renomados constitucionalistas que se dedicaram à tentativa de desvendar as lacunas desta lei.

Nessa esteira, contudo, este fato não implica em negar-se as vantagens que podem ser absorvidas com a correta aplicação desta lei que não é, no todo inconstitucional, como querem alguns e também não é a panacéia de longos males que vem afetando o controle de constitucionalidade brasileiro, como defendem outros, mas apenas uma lei que, de fato, trouxe consideráveis modificações para o ordenamento jurídico brasileiro, das quais algumas são absolutamente aproveitáveis e outras, infelizmente, padecem do vício da inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio Grande do Sul, v. 19, p. 181-200, 2000.

GARCIA, Maria. Arguição de Descumprimento: direito do cidadão. **Revista dos Tribunais**, Caderno de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 8, n. 32. jul./set. 2000.

MANDELLI JR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamen-

tais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MÉLEGA, Luiz Henrique Cavalcanti. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – Art. 102, § 1º da C.F.** Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de março de 2001, n. 05/2001, Caderno 1.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Incidente de inconstitucionalidade:** uma proposta de alteração substancial no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em: 05 set. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99.** André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Org.). São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/netathtml/discurso\\_homenagem.htm](http://gemini.stf.gov.br/netathtml/discurso_homenagem.htm)>. Acesso em: 04 set. 2006.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

## Correspondência | Correspondence:

Gaudêncio Jerônimo de Souza Neto

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Univer-  
sitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.078-970. Natal, RN, Brasil.

Fone: (84) 3215-3487

Email: gauneto@gmail.com