

**WANDER MAIA ARAÚJO**

**CONTROVERCIAS JUDICIAIS SOBRE: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL**

Monografia apresentada à Facer, - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba -, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em direito sob a orientação da Professora Ms. Erival de Araújo Lisboa Cesarino.

**RUBIATABA-GO  
2014**

**BANCA EXAMINADORA**

**WANDER MAIA ARAÚJO**

**CONTROVÉRCIAS JUDICIAIS SOBRE: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL**

PROF. Ms. ERIVAL DE ARAÚJO LISBOA CESARINO  
Orientadora

PROF.  
Examinador

PROF.  
Examinador

Rubiataba, \_\_ de \_\_\_\_ de 201\_.

Agradeço ao Senhor meu Deus por sempre estar me abençoando e por ter permitido que eu realizasse o meu sonho de concluir o curso de Direito.

Especialmente agradeço aos meus pais por terem me incentivado e apoiado em todos os momentos. É por causa deles é para eles, que eu luto e dedico a minha vida.

Sou grato também aos meus familiares por terem me ajudado.

A minha linda noiva que sempre é muito paciente e tem parcela importante nessa minha conquista.

Aos meus amigos que estiveram comigo nessa jornada.

A minha orientadora, professora Erival de Araújo Lisboa Cesarino, pelas correções, paciência e pelos ensinamentos que muitos contribuíram para o meu crescimento como profissional.

Dedico este trabalho aos meus pais, João Gomes de Araújo Filho e Simone das Dores Maia de Araújo; pelo carinho, amor e suporte que me deram. A minha sobrinha Maria Clara, de um ano e cinco meses, motivo de grande alegria de todos em minha casa.

*“Lembro-me dos dias difíceis, de pouco mais de duas décadas atrás, quando a Constituição era um documento menor, submissa aos atos institucionais e aos desmandos da ditadura. Percorremos um longo caminho. Nesse percurso, o direito constitucional passou da de importância ao apogeu em menos de uma geração. Um triunfo incontestável, absoluto, que merece ser celebrado. Mas com humildade. Na vida devemos ser janela, e não espelho. A Constituição deve servir como uma forma de olhar para a vida, e não para si mesmo. A propósito: se você acredita na dignidade da pessoa humana, nas possibilidades transformadoras do direito e na ética como fundamento de um mundo melhor, seu lugar pode ser aqui. Estamos recrutando”.*

*Luís Roberto Barroso*

## **LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS**

Art. – artigo

Dep. – Deputado

EC – Emenda Constitucional

Nº – número

§ – parágrafo

Vol. – volume

DF – Distrito Federal

## **LISTA DE SIGLAS**

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

DJ-e – Diário da Justiça Eletrônico

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

RE – Recurso Extraordinário

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

## RESUMO

O presente trabalho monográfico teve como objeto de pesquisa a legislação, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concernente ao direito constitucional, mais precisamente sobre uma das ações do controle de constitucionalidade concentrado: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O motivo pelo qual escolhi esse tema foi de contribuir com uma análise mais detida sobre uma das ações do controle via de ação direta. A referida escolha é regulamentada pela lei n.9882/99, e muito debatida na doutrina e na jurisprudência. O objetivo deste trabalho é mostrar as controvérsias judiciais sobre a matéria e explicar a sua amplitude e como a referida medida é usada para efetivar as decisões judiciais. As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileira a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre o controle concentrado. Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, tal como regulada na Lei n. 9.882/99, há de demonstrar que, afora os problemas decorrentes da limitação do parâmetro de controle, o texto normativo guarda estrita vinculação com as propostas e quanto ao objeto, o rol é abrangente: ato do poder público; lei ou ato normativo federal; lei ou ato normativo estadual; lei ou ato normativo distrital; lei ou ato normativo municipal. Importante notar que essas leis ou atos normativos citados podem ter sido editados a qualquer tempo, antes ou depois da Constituição de 1988. De resto, esse estudo detalhado sobre essa respectiva ação do controle concentrado se mostra cada vez mais relevante, por ser instrumento de proteção de todos os preceitos fundamentais da Constituição Federal.

**Palavras – chave:** Subsidiariedade. Controle Concentrado. Lei 9882/99. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental.

## ABSTRACT

This monograph was to research object legislation, doctrine and jurisprudence of the Supreme Court concerning the constitutional law, more precisely on one of concentrate constitutionality control actions: the accusation of breach of fundamental precept. The reason I chose this theme was to contribute to a more detailed analysis of one of the control actions via direct action. That choice is governed by the law n.9882 / 99, and much debated in the doctrine and case law. The objective of this work is to show the judicial controversies on the matter and explain its extent and how the measure is used to enforce judicial decisions. The changes in the Brazilian constitutionality control system from 1988 radically changed the relationship that existed between the concentrated controls. Thus, a complaint that fundamental precept, as regulated by Law n. 9,882 / 99, there to show that, apart from the problems of the control parameter limitation, the normative text linking strict guard with the proposals and as the object, the list is comprehensive: act of public authority; federal law or normative act; state law or normative act; law or district normative act; law or municipal legislative act. Important to note that these laws or normative acts cited may have been edited at any time, before or after the Constitution of 1988. Moreover, the detailed study of the respective action of concentrated control shown increasingly important because it is an instrument of protection all the fundamental precepts of the Constitution.

Key - words: Subsidiary. Concentrate control. Law 9882/99. Accusation of breach of fundamental precept.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO .....	13
2.1 Hevolução histórica do controle .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2.2 Classificação do controle .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2.3 Modalidade de controle no sistema nacional .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
2.4 A constituição de 1988 e a contestada constitucionalidade da Lei 9882	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	24
3.1 Introdução ao descumprimento de preceito fundamental..	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
3.2 Legitimidade e a polêmica aplicação em processos subjetivos .....	25
3.3 Objeto da arguição .....	27
3.4 Parâmetro do controle.....	33
4 DO PROCESSO E JULGAMENTO DA ADPF .....	35
4.1 Controvérsias sobre a interveção de terceiros e amicus curiae.....	36
4.2 Concessão de medida cautelar em sede de ADPF.....	37
4.3 Técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à ADPF.....	39
4.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental e a polêmica fungibilidade com ADI.....	40
5. EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE ADPF .....	46
5.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de controle das decisões judiciais.. .....	48
5.2 Análise de alguns casos específicos ADPF n. 45, 54 e 130	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
5.3 Reflexos positivos e negativos da ADPF.....	54
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

## 1 INTRODUÇÃO

O tema deste presente trabalho encontra-se enraizado no Direito Constitucional. Pois é dentro desse ramo do direito que é estudado o controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal é um grande protagonista dessa seara jurídica, devido o seu papel primordial que é a guarda da constituição. O controle de constitucionalidade é expressão genérica; dentro desse tema temos o controle difuso, - feito por qualquer juiz, competente é claro -, e temos o controle concentrado, diz-se concentrado, pois é concentrado em um órgão de cúpula como o STF.

Dentro do controle concentrado de constitucionalidade temos quatro ações principais quais sejam: Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Além de outra de titularidade exclusiva do Procurador Geral da República a Ação direta interventiva, também conhecida como ADI Interventiva.

Contudo, o objetivo geral desse trabalho será o estudo de uma das respectivas ações: a polêmica Arguição de descumprimento de preceito fundamental, assim, o objetivo será mostrar a amplitude do referido sistema, algumas e determinadas controvérsias é o impacto das mesmas na sociedade e no mundo jurídico.

No primeiro capítulo, será estudo a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, pois é necessário para compreender todo o tema. Porém, desde de esse primeiro capítulo até o último, será abordado as principais controvérsias judiciais sobre a ação. No segundo, haverá uma análise material da ADPF, buscando entender, como é cabível, legitimidade, parâmetro e etc. no terceiro, a proposta é analisar o processo e julgamento da ação com grandes polêmicas propostas. E no último capítulo, será explicado os efeitos das decisões do Supremo na referida ação, e os efeitos da mesma para toda sociedade.

Por conseguinte, neste trabalho foi possível demonstrar que a ADPF, vem se transformando em uma das mais importantes protagonistas do controle concentrado, deixando assim de ser mera coadjuvante, pois as matérias questionadas através de suas atribuições repercutiram não só no mundo jurídico, como também em toda sociedade.

Ciente disto, revela-se importante tecer alguns questionamentos que serão objetos de debate ao longo deste trabalho. Assim, o parágrafo primeiro da Lei 9882/99 é inconstitucional? A arguição de descumprimento de preceito fundamental seria aplicada em

processos subjetivos? Seria possível a fungibilidade entre ADPF e ADI? A arguição de descumprimento de preceito fundamental vem se revelando como instrumento de controle das decisões judiciais?

A metodologia científica, utilizada para a elaboração do presente trabalho monográfico, é de cunho predominante bibliográfico, com base em obras de renomados doutrinadores, que trazem abordagens claras e objetivas sobre o tema. Nesse sentido, serão interpretados livros, a jurisprudência que é uma fonte muito fértil nesse tema, e a legislação de que trata a matéria ora analisada. Logo, o método de revisão bibliográfica como explica Marconi e Lactatos (2011, p. 114) é aquele que faz “levantamento, seleção e documentação de toda bibliografia já publicada sobre o assunto que está sendo pesquisado”. Isto posto, confirma a metodologia escolhida para a presente pesquisa.

Este trabalho toma como referencial teórico o professor Pedro Lenza, as obras do Ministro Gilmar Mendes, o procurador da Fazenda Nacional, Marcelo Novelino, Uad Lammengo Bulus e as obras do professor Luis Roberto Barroso. Essas são os principais referenciais teóricos deste trabalho.

O estudo foi dividido em quatro capítulos, sendo que ao final a conclusão apresenta ponderações pessoais acerca do assunto, bem como, incentivos, para quem um dia queira dar prosseguimento ao trabalho.

## **2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Dentro de uma análise puramente conceitual, podemos dizer que o nosso ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.

Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia. Superado o plano conceitual, partimos para uma análise da evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

### **2.1 Evolução histórica do controle**

O controle de constitucionalidade, como instrumento de garantia do Estado democrático da Supremacia Constitucional, no tocante ao sistema brasileiro teve uma tímida movimentação na Constituição Republicana de 1891, já que a Constituição Imperial de 1824, não estabeleceu nenhum sistema de controle, visto que, o Imperador detentor do poder moderador, exercia a função de fiscalizar, porém de forma absoluta.

Na Constituição da República de 1891, encontramos o primeiro sistema de controle que vigora até hoje, é o controle difuso. Sob a influência do modelo norte-americano que estabelecia que qualquer juiz ou tribunal fosse competente para realizar o controle de constitucionalidade. Mas esse modelo só encontra amparo na via incidental, logo é importante lembrar que tal controle é repressivo, posterior ou aberto. Neste sentido a doutrina dispõe que:

Temos uma especificidade do modelo americano que não se faz presente no nosso sistema, é a possibilidade que o juiz tem de declarar efetivamente a norma inconstitucional e decidir a processo subjetivo de forma concreta e estabelecer tal decisão no dispositivo da sentença. (LENZA, 2012, p. 280).

O que não ocorre no sistema pátrio, portanto o magistrado deve declarar na fundamentação a inconstitucionalidade. Vale dizer, que será na causa de pedir e não no pedido que se alegue o referido vício no controle difuso. Ou seja, dentro da sentença tal operação se efetua na fundamentação, e não no dispositivo.

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição

Todavia, a Constituição de 1934, de forma inteligente, manteve o sistema de controle difuso e desencadeou o movimento que hoje é o consagrado controle concentrado de constitucionalidade, estabelecendo assim à época a chamada ação direta de constitucionalidade interventiva, em que o Procurador Geral da República era o único legitimado. Assim, (Pedro Lenza, 2012,) entende que:

A legitimação para a ação é privativa do Procurador Geral da República, e seu objeto é a obtenção de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da violação de algum princípio constitucional sensível por parte do Estado-membro. O procedimento não comporta medida cautelar e a decisão final funciona como requisito para a decretação da intervenção federal. Acolhida a ação, o entendimento majoritário é o de que o ato do Presidente da República que concretiza a intervenção terá natureza vinculada, não lhe cabendo formular juízo de conveniência ou oportunidade.

É a chamada cláusula de reserva de plenário. Assim o artigo 97 da Constituição da República alude que: “Somente pelo o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

Contudo, tal regra poderá ser excepcionada por já ter orientação do tribunal sobre a matéria ou ter decisão do Supremo Tribunal Federal, decidida sobre o objeto que seria levado ao pleno do tribunal. O que se mostra muito satisfatório, pois seria ilógico permitir tal acontecimento, muito embora haja críticas em sentido contrário.

Com a denominada Polaca, assim chamada a Constituição de 1937, doravante tenha mantido o controle difuso, por ter sido inspirada na carta ditatorial polonesa de 1935,

submeteu as decisões do judiciário ao controle do então Presidente da República. Não há dúvidas de que culminou num grande retrocesso do judiciário e do Brasil.

Já a Constituição de 1946, fruto de um movimento democrático e de constitucionalização instituído no país, retirou do poder Executivo as prerrogativas que lhe tinham sido outorgadas. Devolvendo ao sistema nacional o instrumento capaz de assegurar a garantia da ordem constitucional e ao próprio Estado, o sistema de controle de constitucionalidade.

Mostra-se necessário expor que foi através da emenda constitucional nº16, de 26.11.1965, que gerou no Brasil a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo único competente para processar e julgar seria o Supremo Tribunal Federal, no tocante às leis ou atos normativos federais ou estaduais. E cujo único legitimado à época era o Procurador Geral da República. Temos nesta égide Constitucional o berço das ações do controle concentrado.

Outrossim, a Constituição de 1967, com a redação dada pela emenda nº1 de 1969, retirou todo o sistema de controle existente, com exceção do controle de constitucionalidade municipal, porque tal situação era interessante ao comando militar, situação não aceita hoje no nosso ordenamento jurídico.

## **2.2 Classificação do controle**

Quanto à classificação do controle de constitucionalidade, temos o controle difuso e concentrado. Primeiramente vamos abordar a origem histórica do sistema difuso no polêmico caso *Marbury versus Madison*. Tudo começou quando 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. Portanto, (Pedro Lenza 2012, 296) cita que:

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.

Depois de dois longos anos, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América resolveu enfrentar a matéria. John Marshall, “Chief Justice” em seu voto, analisou vários pontos, dentre os quais a questão de, se a Suprema Corte teria competência para apreciar ou não aquele remédio. Isso porque, segundo a Constituição dos EUA, o Supremo Tribunal teria jurisdição originária em todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros públicos e cônsules e nos litígios em que fosse parte um Estado. Em todas as outras causas, o Supremo Tribunal teria jurisdição em grau de recurso. Ou seja, na prática, pela primeira vez teria a Suprema Corte de analisar se deveria prevalecer a lei (seção 13 do “Judiciary Act”, de 1789, que determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte) ou a Constituição de 1787, que não fixou tal competência originária, em verdadeiro conflito de normas.

Até então, a regra era a de que a lei posterior revogava a lei anterior. Assim, teria a lei revogado o artigo de Constituição que tratava das regras sobre competência originária? Depois de muito meditar, inclusive sobre o papel da Constituição escrita, Marshall conclui: assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo a qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento.

Assim, pode-se afirmar, que a noção e ideia de controle difuso de constitucionalidade, historicamente, deve-se ao famoso caso julgado pelo Juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana, que apreciando o caso *Marbury v. Madison*, em 1803, decidiu que havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior. Assim anota Pedro Lenza que:

O controle difuso, repressivo, ou posterior é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil (LENZA 2013, p.339).

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incider tantom*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. E pode no controle difuso haver a chamada transcendência dos motivos

determinantes. Nessa hipótese, poderia se usar os motivos determinantes de uma decisão em outra semelhante. Para compreender melhor veja o seguinte julgado:

RE 197.9 17/SP - o Relator foi o Ministro Maurício Corrêa, cuja decisão, publicada no DJ de 7-5-2004, reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9, determinando que tal veredito só começasse a vigor na próxima legislatura. Nesse julgado, a Corte Suprema conferiu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que ampararam o julgamento plenário do RE 1 97. 9 1 7/SP. Resultado: aplicou, ao Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, o efeito vinculante, emergente da própria ratio decidendi, que ensejou o julgamento do referido caso. Dito de outro modo: a decisão do Supremo vinculou o Tribunal Eleitoral, que teve de seguir os motivos determinantes por ele fixados. E, nada obstante o fato de que a declaração de inconstitucionalidade foi proferida no campo do controle difuso, veja-se que a Corte conferiu eficácia ex nunc em sua decisão, a qual só deveria atingir a próxima legislatura. Desse modo, os Juízes do Tribunal evitaram que certas situações constituídas ficassem desamparadas, justificando-se, assim, a eficácia pro futuro do julgado.

Note-se que a teoria da transcendência dos motivos determinantes, vem ganhando espaço e possivelmente em pouco tempo poderá se revelar uma das mais rápidas formas de julgamento. Caso isso ocorra, deve-se ficar atento ao princípio da segurança jurídica, pois do contrário estar-se-ia a presenciar uma nítida arbitrariedade.

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio!

O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de concentrar-se em um único tribunal. Pode ser verificado em cinco modalidades: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Representação Interventiva. Ação Declaratória de Constitucionalidade.

### **2.3 Modalidades de controle no sistema nacional**

No tocante as modalidades são encontradas em nosso ordenamento jurídico essas quatro ações do controle concentrado, mais a representação de inconstitucionalidade que

ainda será objeto de estudo. Contudo, falemos de cada uma dessas citadas modalidades presentes no sistema brasileiro.

Ação direta de inconstitucionalidade, essa modalidade de ação do controle concentrado é a primeira e a mais remota previsão de impugnação genérica das leis, monopolizada preteritamente pelo Procurador Geral da República no sistema nacional de 1965, situação em que se buscava com um único legitimado o controle abstrato das leis ou atos normativos. O que não se mostrou prudente, como se evidencia pela evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Quando nasceu a Representação de Inconstitucionalidade com a Emenda Constitucional nº16 de 65, pois assim era chamada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o único legitimado para sua propositura era o PGR, que tinha essa função de impugnar todo o complexo legislativo contrário à ordem constitucional vigente à época.

Porém, nos termos do artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõem a legitimação para propositura da Ação Direta a diferentes órgãos da sociedade, não mais se restringindo a um único órgão, passando assim ao Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Governador de Estado ou do Distrito Federal, entre outros legitimados do artigo supracitado. Nesse sentido, nota-se que:

O nosso sistema de controle de constitucionalidade, como Já anotado anteriormente é o Jurisdicional Misto, modelo caracterizado pela presença da possibilidade de se questionar, tanto pela via incidental, quanto pela via principal, lei ou ato normativo do poder público. O primeiro sistema de controle reside na tutela subjetiva das partes; esse controle quando suscito deve ser feito na causa de pedir e não no pedido. (LENZA 2013, p.383).

No julgamento, o juiz exercendo o controle difuso, deve pronunciar-se sobre a questão de constitucionalidade na fundamentação e não no dispositivo. Se tal questão chegar ao Tribunal, este através de seus órgãos fracionários não pode declarar a inconstitucionalidade das leis. Hipótese esta admitida somente ao pleno ou órgão especial se houver.

No que se refere ao segundo sistema, que é o objeto de estudo desse presente capítulo, o controle é feito pela via principal, ou seja, a impugnação das leis ou ato normativo do poder público é feito por um órgão de cúpula. Em âmbito nacional temos o Supremo Tribunal Federal, e em âmbito estadual temos os Tribunais de Justiça.

Nesse modelo, os legitimados estão previamente definidos em lei, podendo ser tanto a Lei Maior com a Constituição do Estado Membro. Assim temos definido o nosso sistema de proteção das normas superiores, um dos mais bem estruturado e evoluído sistema mundial. O qual o nosso modelo também é um dos melhores.

Com a Constituição de 1988, ficou reduzido de forma significativa o significado do controle de constitucionalidade difuso, pois, ao ampliar os legitimados para propositura da ação direta de constitucionalidade, mitigou de forma acentuada o controle difuso porque através de uma impugnação geral e abstrata evita milhares de ações na via incidental, em homenagem ao objetivo principal do controle abstrato que é a solução geral, através da impugnação legal.

Portanto, dessa explanação sobre a evolução da ação direta, parece quase intuitivo que por essa forma acabou o constituinte por restringir, de maneira radical a amplitude do controle difuso de constitucionalidade, interpretação que se extrai da análise da nova norma, pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico.

Outrossim, quando nos portamos a falar da legitimação para agir, além daquela extensa lista de incisos constantes do artigo 103, reputa-se importante que falemos dos legitimados que possuem capacidade postulatória para o ingresso com a referida ação. Logo, (Roberto Barroso 2012) preceitua que:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que, somente os partidos políticos, a confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, não possuem capacidade postulatória, situação na qual se faz necessário que se representem por meio de Advogado. Quanto aos demais legitimados, constantes dos incisos I, ao VII, a sua capacidade postulatória emana da própria Constituição.

Dada à relevância da matéria e ao debate doutrinário e jurisprudencial mostra-se necessário uma menção ao tópico, chamado neste trabalho e em muitos de Pertinência Temática. Esse instituto é criação da doutrina e da jurisprudência, e consiste na necessidade que alguns dos legitimados necessitam para comprovar o seu real interesse na propositura de qualquer uma das ações do controle concentrado. Por exemplo, um Governador de Estado não pode impugnar uma lei de outro estado, se esta lei não afeta a sua circunscrição, nem de forma indireta. Nesse caso, tal Governador não terá demonstrado a pertinência temática ficando prejudicado seu interesse.

Quanto à matéria que pode ser objeto de ADI, ou seja, quais espécies normativas podem ser impugnadas por essa ação; segundo a Constituição Federal no artigo 102,§1 pode

ser objeto de ADI, Lei ou ato normativo Federal ou Estadual; logo se percebe a extensão dessa medida, que vai até os atos normativos Estaduais.

No que concerne aos atos normativos Distritais, somente os que tiverem o caráter de ato normativo Estadual é que poderão ser impugnados com tal ação; os atos normativos distritais de natureza Estadual podem sim, ser analisados no controle concentrado por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, não se admite a referida medida de atos normativos pré-constitucionais, pois para tais atos a constituição prevê medida específica. Não se admite também contra projetos de emendas ou súmulas, porque nesta situação temos medidas específicas e reservadas que permite o resultado prático equivalente. De resto, em que pese a competência do controle; assinala Luis Robert Barroso que:

O sistema concebido pelo constituinte permite o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal- isto é, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal-, tendo por objeto a mesma lei ou ato normativo estadual, mudando apenas o paradigma: no primeiro caso a constituição de Estado e, no segundo, a Carta da República. Como intuitivo a decisão que vier a ser proferida pela Suprema Corte vinculará o Tribunal de justiça estadual, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações, sendo a norma constitucional estadual contrastada de mera reprodução obrigatória da Constituição Federal, tem-se entendido pela suspensão do processo no plano estadual. (BARROSO p.330 2010).

E possível notar com clareza a manobra permitida pelo o sistema jurídico, possibilitando assim, de forma igualmente lícita, o ajuizamento simultâneo da ação direta no âmbito estadual e no plano federal, ou seja, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, (Pedro Lenza 2012) ainda preceitua que:

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993. Busca-se por meio dessa ação declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Indaga-se: mas toda lei não se presume constitucional? Sim, no entanto, o que existe é uma presunção relativa (juris tantum) de toda lei ser constitucional.

Em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, declarando-se, quando necessário, através dos mecanismos da ação direta de inconstitucionalidade genérica

ou do controle difuso, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Pois bem, qual seria, então, a utilidade dessa ação? O objetivo da ADC é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta (*jure et de jure*), não mais se admitindo prova em contrário. Ou seja, julgada procedente a ADC, tal decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, ou agir em desconformidade com a decisão do STF. Nesses termos, (Pedro Lenza, 2012), preceitua no seguinte sentido:

Não estaremos mais, repita-se, diante de uma presunção relativa de constitucionalidade da lei, mas absoluta. Em síntese, a ADC busca afastar o nefasto quadro de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem jurídica constitucional. O objeto da referida ação é lei ou ato normativo federal. Frise-se: somente lei ou ato normativo federal, diferentemente do que ocorre com a (ADI) genérica, cujo objeto engloba também, a lei ou ato normativo estadual (cf. art. 102, § 2.º). Quanto ao procedimento é o mesmo da ADI genérica, com algumas observações que serão feitas ao final do estudo.

Já a ação de inconstitucionalidade por omissão é fruto de uma inovação da CF/88, inspirada no art. 283 da Constituição portuguesa. O que se busca através da ADO é combater uma “doença”, chamada pela doutrina de síndrome de inefetividade das normas constitucionais. O art. 103, § 2.º, da CF/88 estabelece que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional; será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O que se busca é tornar efetiva a norma constitucional destituída de efetividade, ou seja, somente as normas constitucionais de eficácia limitada!

Nesse diapasão, (Roberto Barroso, 2012) ensina que: deve o poder público ou órgão administrativo regulamentar norma constitucional de eficácia limitada e não o fazendo, surge a “doença”, a omissão, que poderá ser “combatida” através de um “remédio” chamado Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão, de forma concentrada no Supremo Tribunal Federal.

Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, (ADPF) tem seu fundamento constitucional no § 1.º do art. 102 da CF/88, de acordo com a EC n. 3/93, estabelece que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da CF/88, será apreciada pelo STF, na forma da lei. E será estudada em capítulo próprio.

## 2.4 A Constituição de 1988 e a contestada constitucionalidade da lei 9882/99

Quando fala-se em controle de constitucionalidade é importante dizer com propriedade que o sistema brasileiro não adotou a teoria da inconstitucionalidade superveniente, logo uma lei pré-constitucional, poderá ter sua constitucionalidade discutida em face da constituição à época de sua edição, e nesse caso, somente pelo controle difuso. Porém, o juízo que devemos fazer em relação às leis pré-constitucionais, não é de constitucionalidade, e sim de recepção ou não recepção; se a norma anterior for materialmente compatível com a nova Constituição, então será recepcionada. A doutrina fala que pouco importa a sua formalidade, com a Constituição antiga, basta a sua compatibilidade, material.

De forma significativa a constituição ampliou os mecanismos de proteção jurisdicional e por consequência o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos emanados do poder público. Logo, vê-se que os mecanismos de controle se multiplicaram e os legitimados também, o que se faz necessário para uma efetiva fiscalização. Pois o sistema de controle, quanto à titularidade é jurisdicional misto, pois é realizado tanto pela via difusa ou incidental, por qualquer juiz ou tribunal num processo subjetivo com partes envolvidas e tendo destinatários determinados com o dispositivo da sentença.

Como também, pela via principal ou pelo controle concentrado, porque concentra a competência em um único órgão de cúpula, com legitimados determinados em um rol taxativo, o que não ocorre no controle difuso, onde qualquer um pode ser legitimado. Neste sentido, veja que:

A Carta Magna de 88, em relação ao controle pela via principal, ampliou o rol de legitimados, constantes do artigo 103, I – IX da CRFB/88, estabelecendo os legitimados de um modo geral. Porém a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, classificou os legitimados, em universais e especiais. Ao passo que os universais são os legitimados que têm o interesse presumido e podem em qualquer caso propor as ações do controle concentrado. (LENZA, 2013 p, 320).

Sendo que os legitimados especiais recebem esse nome porque precisam demonstrar a pertinência temática, observando as partes envolvidas e as matérias discutidas, valendo como uma verdadeira condição da ação, pois se deve verificar o interesse na propositura. Estes são motivos que justificam a chamada, pertinência temática.

Quanto à lei 9868/99, esta lei regula a interposição das ações do controle concentrado, excetuando a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que é regulada por lei

específica, a lei 9882/99 que trata estritamente das peculiaridades desta referida lei. Porém, a segunda lei foi objeto de um ADI proposta pela OAB que vale a pena ser comentada. (Gilmar Mendes 2012, p 1753), relata que:

A Ordem dos Advogados Brasil propôs a ADI 2.231 contra a íntegra da Lei n. 9.882/99, distribuída ao Ministro Néri da Silveira, na qual se alegava, em síntese, a inconstitucionalidade do parágrafo único, I, do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, caput e § 3º, e do art. 11, todos da mesma Lei. O Ministro Néri da Silveira, na sessão do dia 5-12-2001, acolheu em parte a arguição, para suspender, com eficácia ex nunc e até o julgamento final da ação, a vigência do § 3º do art. 5º da referida Lei, por estar relacionada com a arguição incidental nos processos em concreto, e conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso I do parágrafo único do art. 1º, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso.

A discussão foi interrompida em razão de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence e aguarda julgamento desde novembro de 2008. Embora ainda pendente de decisão a ADI 2.231, o julgado do STF sobre a admissibilidade da ADPF parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.882/99. Também no julgamento do mérito da ADPF 33, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou pedido formulado por *amicus curiae*, com o objetivo de suspender o julgamento da ação até o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade do instituto. Assim temos a seguinte posição jurisprudencial:

Registre-se o posicionamento do Ministro Néri da Silveira. Embora reconheça que o parágrafo único do art. 1º possui uma formulação genérica, prevendo a arguição incidental, nos processos em curso, afirma que esta última não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, apenas, por emenda constitucional (STF, ADIn 2.231 -MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 5-12-2001). Já a Ministra Ellen Gracie foi enfática ao vislumbrar vício formal de criação da Lei n. 9.882/99, por ter instituído "nova modalidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental por lei ordinária, em matéria que se reserva à atuação de constituinte reformador" (STF, Pleno, ADPF 54-8-QO/DF, voto proferido em 27-4-2005). No mesmo sentido, a opinião de Sérgio Rezende de Barros, que também considera o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882/99 inconstitucional.

Além de permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, a ADPF poderá ser utilizada para solver controvérsia sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da Constituição que, anteriormente, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Ademais, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo de legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. Após ter-se verificado a constitucionalidade da referida lei que regulamenta a medida judicial objeto deste estudo, faz-se necessário analisar esta pormenorizadamente.

### **3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

#### **3.1 Introdução ao descumprimento de preceito fundamental**

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição. Nesse contexto, Gilmar Mendes (2012, p, 1516) preceitua que:

É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada guerra de liminares.

Em resposta a essa incompletude, foi criada uma comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados para compor a Comissão os Professores Celso Ribeiro Bastos, Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e o autor desta obra. Após intensos debates realizados em São Paulo, a Comissão chegou ao texto final do anteprojeto, que foi encaminhado pelo Professor Celso Bastos ao Ministro da Justiça, acompanhado de relatório.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da CF. Estabeleceram-se o rito perante o STF, o elenco

dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade

Em 1988, o constituinte introduziu na Carta Política o art. 102, parágrafo único, transformado em § 1.º pela EC 3/1993, contemplando a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porém, o dispositivo foi econômico, posto que somente trouxesse a informação de que compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Neste sentido leciona Roberto Barroso que:

Em razão disso, o STF entendeu que a previsão contida no art. 102, § 1.º, traduzia uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo do legislador ordinário para poder ser analisada pelo STF. Assim, o anteprojeto da lei foi elaborado pelo Ministério da Justiça por meio de uma comissão de juristas, dentre os quais Oscar Dias Corrêa, Arnaldo Wald, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes.

Em 03 de dezembro de 1999, a Lei 9.882/1999 foi publicada, disciplinando a ADPF. Porém, poucos meses depois, em junho de 2000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2.231/DF), impugnando diversos dispositivos da referida lei. Esta ação ainda está em análise no Supremo Tribunal Federal.

A ADPF, nos moldes da utilizada no Brasil, é típica do Direito brasileiro. Não se pode omitir que foram duas as fontes de inspiração para esta ação: a) recurso constitucional do direito Alemão; b) recurso de amparo do direito Espanhol. Entretanto, apesar da inspiração inicial, restou pouca identidade entre a ADPF e os recursos que a inspiraram, adquirindo nítidos contornos próprios.

Quanto à natureza jurídica, a ADPF assume feição eminentemente objetiva. A dúvida surge quando a ADPF é suscitada como incidente processual, havendo quem levante uma possível natureza subjetiva. Porém, o entendimento dominante mantém, por seus efeitos, a natureza objetiva.

### **3.2 Legitimidade e polêmica aplicação em processos subjetivos**

O artigo 2.º da Lei 9.882/1999 foi econômico ao afirmar que podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de

inconstitucionalidade. Por força disso, aplicam-se à ADPF as mesmas regras dispensadas à ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, na íntegra do art.103, da CF poderão propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: “o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado Federal, os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas e a Mesa da Câmara Distrital, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional”. Segundo (Gilmar Mendes, 2012) entende-se que:

A divergência gira em torno da possibilidade de o povo mover ADPF incidental nos processos concretos, pois tal como a Lei n. 9.868/99, na parte que disciplinou os pressupostos da ação declaratória de constitucionalidade a Lei n. 9.882/99 pressupõe, basicamente, a existência de controvérsia judicial ou jurídica relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato para a instauração da arguição de inconstitucionalidade.

Portanto, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir em concreto, tal como consagrada no Direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. É necessário que se configure, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, pela voz de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada. Nesse contexto:

A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculantes das decisões, caracteriza de forma singular a arguição de descumprimento, em detrimento de qualquer outro tipo já apresentado (MENDES 2012, p. 1.268).

Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade. É por esses motivos que se faz necessário explicar o princípio da subsidiariedade.

O desenvolvimento desse instituto dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. A esse respeito, destaca-se que a Lei n. 9.882/99 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, art. 4º, § 1º da respectiva lei. Nesse sentido Gilmar Mendes preceitua o seguinte:

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. (MENDES, 2012, p 1553)

Em outros termos, o princípio da subsidiariedade, inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, contido no § 1º do art. 4º da Lei n. 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. E por conseguinte incorre em erro aquele que faz uma análise estanque do referido princípio.

Assim, o art. 2.º, II, que previa essa possibilidade, foi vetado pelo Presidente da República. Nas razões do veto, o Presidente da República alegou, dentre outros fundamentos, que a admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais. Assim, (Roberto Barroso, 2012, p 321) ensina que:

O STF segue esta linha de raciocínio e não admite incidente de ADPF proposta pelo cidadão. A única medida a ser tomada pelo particular que queira suscitar incidente de descumprimento de preceito fundamental é provocar o Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999. Nestes termos, mediante representação, o particular pode solicitar ao PGR a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo, em análise independente.

Essas breves digressões demonstram que o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, parece dotado de grande flexibilidade, o que pode permitir desenvolvimento de soluções criativas para a adequação do modelo jurídico-institucional às demandas dos novos tempos.

### **3.3 Objeto da arguição**

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos da Lei n. 9.882/99, tem cabimento para reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Assim, quanto ao objeto percebe-se que, o rol é abrangente: ato do poder público; lei ou ato normativo federal; lei ou ato normativo estadual; lei ou ato normativo distrital; lei ou ato normativo municipal. Importante notar que essas leis ou atos normativos citados podem ter sido editados a qualquer tempo, antes ou depois da Constituição de 1988. Portanto, (Pedro Lenza, 2012, p 332), preceitua que:

É bom notar que o art. 1.º, caput, da Lei 9.882/1999 informa que o primeiro objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público, isto é, ato das autoridades públicas, seja qual for o órgão que ofender preceito fundamental constitucional. Contudo, tem-se que observar que a ADPF é uma ação residual (ou subsidiária), não cabendo esta ação quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999. Nesse passo, se houver outro meio que resolva o imbróglio de forma ampla, geral e imediata, não caberá ADPF.

Nestes termos, não caberá arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo: contra sentença, porque cabe recurso; contra decreto expropriatório, pois será cabível mandado de segurança e contra contrato administrativo, eis que é possível ação civil pública e/ou ação popular.

Porém, será cabível ADPF para solver controvérsia que envolva lei federal, estadual, distrital, municipal e as anteriores à Constituição. Aliando este dispositivo à residualidade desta ação, podemos verificar um grande leque de possibilidades para esta demanda, como controvérsia sobre lei anterior à Constituição, independentemente do ente federado que editou a norma. Assim, a provocação do STF sobre a recepção ou não do direito pré-constitucional se faz por ADPF.

As hipóteses de cabimento que traz a lei n. 9882/90, são específicas, porém, nós temos divergência quanto alguns elementos formadores do seu conceito, que se propaga tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Por essa divergência é que se faz necessária a abordagem do tema em separado. Assim, Bernardo Gonçalves (2012, p. 783) dispõe que:

Aqui, no tocante a essa espécie de controle concentrado no STF, temos uma digressão interessante: qual o parâmetro da ADPF? Ora, sem dúvida será ato do Poder Público, ou lei, ou ato normativo federal, estadual, municipal, inclusive anterior à CRFB/88, que irá ou ameaçará ferir preceito fundamental da constituição.

Por conseguinte, o que seriam os preceitos fundamentais? O que existe na verdade são correntes que debatem, se os mesmos estão ou não dentro da nossa constituição. Logo, temos duas correntes, que dispõem sobre o tema. Uma delas é majoritariamente aceita e a outra e minoritária. A primeira corrente defende que não existem preceitos fundamentais diferenciados na constituição de outras normas de natureza constitucionais. Nesse sentido, toda a constituição é um preceito fundamental por excelência. Essa corrente é eminentemente minoritária.

Já a segunda corrente afirma que, apesar de a constituição ser uma norma fundamental, ou seja, ser fundamento de validade para as outras normas do ordenamento existem preceitos fundamentais na mesma que se diferenciam de outras normas constitucionais. Essa é a corrente majoritária e é que foi inclusive adotada pelo STF. Nesse contexto, a definição, sem dúvida, não é legal, trata-se de definição doutrinária e jurisprudencial. Assim, (BARROSO 2012 p. 830), entende que:

Nesses termos, os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da constituição formal. Ou seja, devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição. Em síntese pode se definir como sendo as matérias típicas fundamentais do Estado e da sociedade empregadas no texto constitucional.

Nesse sentido, leva-se a identificar segundo as informações apresentadas e a corrente majoritária, quais atualmente seriam essas normas que estão presentes na constituição e que são indicadas como preceito fundamental. O próprio Supremo Tribunal Federal vem construindo cotidianamente, um rol, meramente exemplificativo. Atualmente, pode elencar os seguintes artigos: 1<sup>o</sup>a 4<sup>o</sup>; 5<sup>o</sup>; 6<sup>o</sup> 14<sup>o</sup>; 34, VII; 60§4<sup>o</sup>, 170,196,222, e 225 da CRFB/88.

Respectivamente a expressão atos do Poder Público, temos várias indagações, pois, em que consiste esse citado ícone, segundo a lei 9882/99, pode ser extraída interpretação mais ampla do que uma mera inconstitucionalidade, como veremos a seguir no desenvolvimento desse presente trabalho.

Como decorre da dicção do artigo 1º da lei, os atos que podem ser objeto de ADPF, são os emanados do Poder Público. Com base em doutrina e em jurisprudência desenvolvidas, sobretudo em relação ao mandado de segurança, determinados atos privados devem ser equiparados aos praticados por autoridades públicas. Incluem-se nessa categoria aqueles executados por entidades privadas que agem mediante delegação do Poder Público, sejam as controladas pelo Estado.

Nesse contexto, é o que se passa, por exemplo, com os concessionários de serviços públicos, não por seus atos de gestão, mas por aqueles que envolvem o desempenho de parcela de competência pública. Também os dirigentes de entidades privadas de ensino praticam, em determinadas circunstâncias, atos de natureza pública.

No tocante ao debate doutrinário em curso, acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e, por conseguinte, à vinculação direta dos particulares ao que dispõe a constituição, atos normativos ou negociais envolvendo particulares não estão sujeitos, em princípio, à ADPF, mas sim a outras formas de impugnação.

A título de exemplo, se uma empresa privada, adotar uma política de recrutamento que favoreça os candidatos mais jovens ou os originários de determinadas instituições de ensino, tal política não será questionável mediante arguição de descumprimento. Já na lição de (Luis Roberto Barroso, 2012) os Atos normativos, são os que:

A locução atos normativos compreende os atos estatais dotados dos atributos de generalidade, abstração e obrigatoriedade, destinados a reger a vida social. Para os fins da ADPF, estão abrangidos todos os atos infraconstitucionais, da lei complementar aos atos normativos emanados da Administração Pública.

Logo, os atos normativos são os atos gerais e abstratos, que se destinam à coletividade. Nestes termos, podem ser objetos de ADPF os atos infraconstitucionais, de lei complementar aos atos normativos emanados da administração pública. Razão pela qual essa medida se faz necessária. Nesse sentido, conforme a decisão do Min. Celso de Mello, presente no Informativo nº 532 do STF:

EMENTA: arguição de descumprimento de preceito fundamental. Incidência, na espécie, do princípio da subsidiariedade, porque instaurável, perante o tribunal de justiça local, processo objetivo de controle normativo abstrato de leis municipais (cr, art. 125, § 2º), possibilidade de concessão, em referido processo de índole objetiva, de medida cautelar apta a sanar, de imediato, a lesividade do ato normativo impugnado. ADPF não conhecida. (ADPF 45 Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ).

A possibilidade de instauração, no âmbito do Estado-membro, de processo objetivo de fiscalização normativa abstrata de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual (CR, art. 125, § 2º) torna inadmissível, por efeito da incidência do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental (Decisão de 15.12.2008).

Por outro lado, no tocante ao direito federal, estadual e municipal, a lesão a preceito fundamental é a questão sobre a controvérsia judicial relevante, pois pode envolver qualquer desses direitos. É claro que se for o caso de Ação Direta, não será cabível ADPF, haja vista a regra da subsidiariedade.

Relativamente ao controle de atos municipais, aí repousa uma das mais significativas inovações trazidas pela ADPF. É que, consoante jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal, não cabe ação direta de inconstitucionalidade contrapondo lei municipal à Constituição Federal. Contudo, (Dirley da Cunha 2012 p. 430), preceitua que:

O mesmo vale para ação direta de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, cujo objeto restringe-se à lei ou ato normativo federal. De modo que, até a edição da Lei n. 9.882/99, o direito municipal somente comportava o controle incidental ou difuso de constitucionalidade, salvo a hipótese de representação de inconstitucionalidade em âmbito estadual, por contraste com a Constituição do Estado-membro.

Contudo, se a norma municipal envolver ameaça ou lesão a preceito fundamental ou houver controvérsia constitucional relevante quanto a sua aplicação, sujeitar-se-á ao controle abstrato e concentrado do Supremo Tribunal Federal, mediante ADPF. Dentro dessa perspectiva temos que:

Também por aplicação da regra da subsidiariedade, será cabível, em tese, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tendo por objeto o reconhecimento da constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal. É que, como assinalado, a ação declaratória de constitucionalidade somente poderá ter por objeto lei ou ato normativo federal, havendo espaço, portanto, para a arguição, sem que haja superposição.

Assim, (BARROSO 2012, p.338) entende que; “por fim, cabe um registro referente à possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade pela via da ADPF. A especulação teria cabimento em razão da inadmissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade contra ato legislativo em fase de formação, como a proposta de emenda constitucional ou o projeto de lei”.

No tocante a esse tópico é o que temos de mais moderno no nosso ordenamento jurídico, visto ser o próprio Supremo Tribunal Federal, que comanda boa parte do nosso raciocínio, através das interpretações jurisprudenciais que a doutrina faz com muito contento. Já quando tratamos do direito pré-constitucional, temos uma das formas de incidência por excelência da ADPF, pois de longa data a jurisprudência do Supremo é pacífica no sentido de não ser admitida ADI, por ser de notório conhecimento a perda do objeto, e a respectiva ação direta restaria prejudicada. Prescreve (Gilmar Mendes 2012) que:

Temos uma peculiar hipótese de incidência do instituto em estudo, no que diz respeito aos atos infralegais, ou seja, inferiores à lei. Jurisprudência, antiga e constante do Supremo Tribunal Federal rejeita o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos secundários, como são os regulamentos, resoluções, instruções, portarias e outros. Esse raciocínio é possível, uma vez que tais atos não afrontam diretamente a constituição, pois em uma segunda hierarquia, contrariando dessa forma a respectiva lei que estão regulamentando. Tais atos não podem inovar no ordenamento jurídico pois se assim procederem, haverá uma novidade ensejando outra medida de acordo com o caso concreto.

Relativamente aos atos jurisdicionais, como regra geral, deverão eles ser impugnados mediante os recursos cabíveis. Como regra, será necessário esgotá-los sem sucesso para se superar o óbice do art. 4º, § 1º, quanto à inexistência de outro meio para sanar a lesividade. Todavia, em casos gravíssimos de erro *in procedendo e in indicando*, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e havendo relevância na controvérsia constitucional, não sendo possível produzir o resultado constitucionalmente adequado pelos mecanismos do processo subjetivo, será possível cogitar do cabimento de ADPF.

Gilmar Mendes (2012 p.1380) faz referência a duas possibilidades, coligadas na experiência alemã: lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial e contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em uma falsa base legal).

Por fim, até que o supremo se pronuncie sobre quais seriam e sobre o alcance dos preceitos fundamentais, a causa fica aberta e a carga da doutrina especializada aponta tais

preceitos. È importante frisar que a arguição descumprimento de preceito fundamental, não protege toda a constituição, ela só protege os preceitos fundamentais. Por isso, diz-se que o seu objeto é mais amplo, porém o seu parâmetro não é. Ao passo que, uma norma na constituição que não seja considerada pelo supremo como preceito fundamental, não pode servir como parâmetro para arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Da mesma forma, resolver controvérsia constitucional de norma estadual, distrital ou municipal, mesmo que posterior à Constituição será por meio de ADPF, na medida em que não se admite ação declaratória de constitucionalidade destas espécies normativas. Nestes casos essa é a medida necessária e suficiente ao deslinde da situação.

### **3.4 Parâmetro do controle**

Qualquer norma formalmente constitucional pode servir como parâmetro de controle de constitucionalidade, mesmo as já revogadas; neste caso, a violação a direito subjetivo deve ter ocorrido, por óbvio, ao tempo de sua vigência. Mesmo normas já revogadas podem ser objeto de controle, desde que, da mesma forma, a violação tenha ocorrido ao tempo de sua vigência.

Entretanto, no tocante à ADPF, é muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento. Porém, não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Gilmar Mendes (2012, p 1542) preceitua que: “é fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um engessamento da ordem constitucional, obstando a introdução de qualquer mudança de maior significado”.

Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a

tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, ao invés de permitir um fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas garantias de eternidade, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros art. 34, VII. Esses princípios ensejam uma das melhores modalidades de proteção da unidade da constituição prevista em nosso ordenamento. A título de resumo (Pedro Lenza 2012) subtende que:

Quanto ao preceito fundamental, é bom que não se confunda com princípio fundamental. Topologicamente, estes estão elencados no título I da Constituição, entre os arts. 1.º e 4.º. Já os preceitos estão espalhados pelo Diploma Constitucional, como, por exemplo, arts. 1.º ao 4.º (princípios fundamentais); arts. 5.º ao 17 (direitos fundamentais); art. 34, VII (princípios constitucionais sensíveis); art. 37, caput (princípios da administração pública); art. 60, § 4.º cláusulas pétreas.

Somente a título de esclarecimento, os princípios fundamentais fazem parte do grupo de preceitos fundamentais, podendo ser considerados espécies do gênero preceito. No sentido conceitual, os princípios fundamentais constituem a base do ordenamento constitucional. Já preceito fundamental é o conjunto de normas que asseguram a estabilidade do ordenamento democrático, ou seja, todos os preceitos constitucionais de natureza fundamental. Contudo, após ser verificada a amplitude material do referido sistema, é de grande importância esmiuçar as possibilidades quanto ao processo e julgamento.

#### 4 DO PROCESSO E JULGAMENTO DA ADPF

A Lei 9882/99 de forma expressa adotou procedimento similar ao da Lei 9868/99. Assim, a Lei n. 9.882/99 estabelece que a petição inicial deva conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido com suas especificações e, se for o caso, a demonstração da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental questionado. Portanto, Gilmar Mendes preceitua nesse sentido que:

Mais ainda do que nas ações diretas de inconstitucionalidade, a indicação do preceito fundamental violado assume peculiar significado na arguição de descumprimento. Não será suficiente a simples indicação de possível afronta à Constituição, devendo caracterizar-se, fundamentadamente, a violação de um princípio ou elemento básico. Também aqui se faz indispensável fundamentar o pedido em relação a cada uma das impugnações, (MENDES, 2012).

De qualquer sorte, a despeito da exigência quanto à fundamentação do pedido, não está o Tribunal vinculado aos fundamentos porventura expendidos pelo requerente, devendo a ADPF em razão de seu caráter objetivo submeter-se ao postulado da *causa petendi* aberta pelo menos no que concerne aos demais preceitos fundamentais. Igualmente às ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, deverá o legitimado formular precisamente o pedido, fazendo as devidas especificações.

Portanto, no caso da ADPF, deve-se configurar a controvérsia judicial relevante, ou que seja, jurídica. Nas ações propostas em razão de processos que tramitam nas diversas instâncias – estes deverão ser os mais relevantes –, o requerente deverá demonstrar a existência de controvérsia judicial ou controvérsia jurídica relevante.

O parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.882/99 estabelece que ao autor da arguição de descumprimento de preceito fundamental cabe apresentar, juntamente com a petição inicial

em duas vias, cópias do ato questionado e documentos necessários à comprovação do alegado. Aludida disposição prevê também, a necessidade de serem as petições acompanhadas, quando subscritas por advogado, de instrumento de procuração. Tal como já foi destacado em relação à ação direta de inconstitucionalidade, afigura-se recomendável que a procuração contemple poderes específicos para impugnar as normas atacadas na inicial.

Nos termos da Lei n. 9.882/99, a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, em caso de manifesta inadequação da ação, na hipótese de não atendimento de qualquer dos requisitos legais ou ainda, em caso de inépcia da inicial art. 4º. Da decisão de indeferimento caberá agravo no prazo de cinco dias.

Ao contrário da Lei n. 9.868/99, não se prevê na disciplina da ação de descumprimento de preceito fundamental proibição expressa de desistência. Tendo em vista, porém, o caráter igualmente objetivo desse processo e seu manejo na defesa de interesse público geral, é provável que o STF venha a adotar entendimento semelhante em relação a essa ação especial. Assim, (Gilmar Mendes 2012) prescreve o seguinte:

Os requisitos iniciais para que seja recebida a referida arguição. Porém agora depois de já iniciado o processo vejamos como se dá as manifestações do Advogado geral da união e do Procurador Geral da República. O artigo 5º preceitua que pedido de liminar, poderá o relator ouvir as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como, o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

Contudo, a Lei n. 9882/99 não exige a audiência do Advogado-Geral da União acerca do ato impugnado, prevendo apenas, caso o relator entenda oportuno, a possibilidade de sua audiência em sede de liminar. Como já explicado no parágrafo anterior a participação do AGU, ficará condicionada ao pedido de liminar.

#### **4.1 Controvérsias sobre intervenções de terceiro e amicus curiae**

Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que as pessoas interessadas possam exercer direito de manifestação, não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação. Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a

arguição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*. Nesse sentido veja-se que:

A Lei n. 9.882/99 faculta ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (art. 6º, § 1º). Outorga-se assim, às partes nos processos subjetivos um limitado direito de participação no processo objetivo submetido à apreciação do STF. É que, talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo, (MENDES 2012, p. 1549).

Como visto o artigo 6º, §2º da referida lei, diz que poderá ser autorizada, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. Dessa forma, observa-se que não há, no caso, dispositivo explícito tratando da figura do *amicus curiae*. Contudo, excepcionalmente, o STF vem admitindo a sua presença, aplicando, por analogia, o art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, desde que se demonstrem a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Pedro Lenza(2012, p. 408) leciona que: “na ADPF 46/DF, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se pela sua admissibilidade, porém, como exceção à regra geral, nos seguintes termos: É possível a aplicação, por analogia, ao processo revelador de arguição de descumprimento de preceito fundamental, da Lei n. 9.868/99, no que disciplina a intervenção de terceiro”. No entanto, na ADPF 73/DF, o Ministro Relator, Eros Grau, aceitou a figura do *amicus curiae* nos seguintes termos:

As Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicus curiae* (§ 2.º do artigo 6.º da Lei n. 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2.º do artigo 7.º da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionária, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3.º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004. Determino à Secretária que proceda às anotações. Publique-se. “Brasília, 1.º de agosto de 2005” (DJ de 08.08.2005).

Portanto, a decisão do ministro é defensável, porém de forma excepcional e desde que configurada as hipóteses de cabimento, admitida será a presença do *amicus curiae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental. O que ainda está por ser aceito é a legitimidade de pessoas físicas para figurar com o referido amigo da corte.

#### 4.2 Concessão de medida cautelar em sede de ADPF

O artigo 5º e §1º da Lei n. 9882/99, prevê a possibilidade de concessão de medida liminar na arguição de descumprimento, mediante decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Em caso de extrema urgência ou de perigo de lesão grave, ou ainda durante o período de recesso, a liminar poderá ser concedida pelo relator *ad referendum* do Tribunal Pleno.

Neste sentido, (Gilmar Mendes, 2012), citando um precedente histórico relativo às cautelares preceitua que: Quando o Supremo Tribunal Federal viu-se confrontado com pedido de suspensão provisória do ato normativo, no julgamento de uma representação n. 94, de 17 de julho de 1946, o eminente ministro relator Castro Nunes deixou o seguinte voto:

Devo informar ao Tribunal que o Exmo. Senhor Procurador encaminhou-me petição com pedido formulado pelo Governador do Estado para que fosse suspensa provisoriamente a Constituição, até o pronunciamento provocado. Mandei juntar aos autos a petição, sem despachar. O pedido de suspensão provisória não poderia ser deferido por analogia com o que se prescreve no processamento do mandado de segurança. A atribuição ora conferida ao Supremo Tribunal é *sui generis*, não tem por objeto ato governamental ou administrativo, senão ato constituinte ou legislativo; não está regulada em lei, que, aliás, não poderia dispor para estabelecer uma tramitação que entorpecesse a solução, de seu natural, expedita da crise institucional prefigurada. Acresce por sobre tudo isso que o poder de suspender o ato arguido de inconstitucional pertence ao Congresso, nos termos expressos do art. 13, como sanção articulada com a declaração da inconstitucionalidade, (MENDES, 2012, p, 1550).

Além da possibilidade de decretar a suspensão direta do ato impugnado, admite-se na cautelar prevista para a arguição de descumprimento a determinação de que os juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na ação artigo. 5º, § 3º, exceto aqueles decorrentes da coisa julgada. Neste sentido, (Gilmar Mendes, 2012), estabelece que:

Contudo, em 18-6-2009, a ação voltou ao Plenário por força da interposição de agravo regimental contra o deferimento de liminar (ADPF-AgR 79, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 17-8-2007). Então, o Tribunal, por maioria, deu

parcial provimento ao agravo para excluir da eficácia do art. 5º, § 3º, da Lei n. 9.882/99, “os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente.

Confere-se assim, ao Tribunal, um poder cautelar expressivo destinado a impedir a consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a ser proferida. Nesse aspecto, a cautelar da ação de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à medida cautelar da ação declaratória de constitucionalidade. Dessa forma, a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial

A Lei que regulamenta a ADPF, não traz de forma expressa o prazo de vigência para a cautelar deferida em sede da respectiva ação. Diferentemente do que se verifica com o disposto no artigo 21 da Lei 9868/99 que fixa em 180 dias o prazo de eficácia da cautelar em ação declaratória de constitucionalidade.

Pelo princípio da simetria, é razoável cogitar-se, porém da adoção de prazo idêntico (180 dias) em caso de deferimento de cautelar em ADPF que importe na suspensão de processo ou de julgamentos pelas instâncias ordinárias. Essa orientação foi adotada ao ser parcialmente deferida a cautelar requerida na ADPF 130, em que se discutia a legitimidade constitucional da Lei de Imprensa.

Naquela ocasião, o relator, em decisão posteriormente referendada pelo Plenário, aplicou por analogia o prazo do art. 21 da Lei n. 9.868/99, para assentar a suspensão da eficácia dos referidos dispositivos por 180 dias, especificando ademais, que o deferimento da cautelar não impedia o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo as normas da legislação comum.

#### **4.3 Técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à ADPF**

Tomado por base o amplo objeto de impugnação no âmbito da arguição de descumprimento, o Tribunal, reconhecendo sua procedência ou improcedência, poderá declarar a legitimidade ou ilegitimidade do ato questionado. Se incidir sobre ato normativo, adotar-se-ão as técnicas de decisão do controle de constitucionalidade abstrato.

Nesse caso aplicam-se integralmente as considerações desenvolvidas neste estudo, a propósito das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Tendo por objeto o direito

pré-constitucional, deverá o Tribunal limitar-se a reconhecer a legitimidade ou não da lei, em face da norma constitucional superveniente. Luis Roberto Barroso traz o seguinte julgamento:

O julgamento da ADPF 111, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 4-10-2007, destacou hipótese excepcional. Na ocasião, teve-se por não atendido o requisito da subsidiariedade, pois a arguição atacava decisão do Tribunal de Justiça estadual que julgou ação de inconstitucionalidade. Ponderou o Relator: “A jurisprudência deste Supremo Tribunal vem admitindo o manejo de recurso extraordinário contra decisão que julga representação de inconstitucionalidade (a ADI estadual, prosaicamente falando) quando os dispositivos da Constituição Estadual, apontados como violados, são de repetição obrigatória da Constituição Federal, por divisar ofensa a norma da Constituição Estadual que foram compulsoriamente absorvidas da Lei Maior da República. Nesse fluxo de ideias, infere-se que a decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar um eventual recurso extraordinário contra o pronunciamento do TJ/SC, não terá os normais efeitos inter partes, inerentes a qualquer processo de índole subjetiva. Terá isto sim, a mesma eficácia do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça quando do julgamento da representação de inconstitucionalidade. Por outro lado, não se pode olvidar que, uma vez interposto o recurso extraordinário contra a decisão do TJ/SC que julgou a ADI estadual n. 2002.020438-8, poderá ainda o recorrente manejar as medidas judiciais pertinentes, com o fito de atribuir eficácia suspensiva à decisão objeto do apelo extremo. Tudo a atestar que, no caso dos autos, há outro meio eficaz de sanar a lesividade apontada, não importando – ante a natureza objetiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental –, por quem tal medida haja de ser deflagrada. Nessa moldura, nego seguimento ao pedido. ADPF 111, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 4-10-2007).

Esse julgamento mostra o Supremo Tribunal Federal aplicando o princípio da supletividade ou da subsidiariedade, pois no caso apresentado o STF vinha admitindo a interposição de recurso extraordinário, ou seja, havia outro meio idôneo de sanar a lesividade do ato questionado, razão porque não assiste interesse no manejo da referida ação. Além do mais não era só preceito fundamental que estava sendo descumprido, mas também outros dispositivos constitucionais que poderiam ensejar até outra ação do controle concentrado.

Assim, a Lei n. 9.882/99 reconhece igualmente a possibilidade de que por maioria de 2/3 se declare a inconstitucionalidade da lei com eficácia *ex nunc* ou, com efeito, a partir do momento que venha a ser estabelecido pelo Tribunal. Valem aqui as considerações expendidas sobre o art. 27 da Lei n. 9.868/99. Assinale-se ainda, que nos termos da Lei n. 9.882/99, a decisão de mérito proferida na ação de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público art. 10, § 3º. Quanto à eficácia *erga omnes* da decisão, não parece haver dúvida de que se cuida de um consectário da natureza objetiva do processo. Trata-se de um processo

sem partes, no qual se discute amplamente a tutela do interesse público de forma geral. A título de compreender a questão temos o seguinte informativo do STF:

#### **4.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental e a polêmica fungibilidade com ADI.**

Esta modalidade de ação do controle concentrado é a primeira e a mais remota previsão de impugnação genérica das leis, monopolizada preteritamente pelo Procurador Geral da República no sistema nacional de 1965, situação em que se buscava com um único legitimado o controle abstrato das leis ou atos normativos. O que não se mostrou prudente, como se evidencia pela evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Quando nasceu a Representação de Inconstitucionalidade com a Emenda Constitucional n.16 de 65, pois assim era chamada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o único legitimado para sua propositura era o PGR, que tinha essa função de impugnar todo o complexo legislativo contrário à ordem constitucional vigente à época.

Porém, nos termos do artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõem a legitimação para propositura da Ação Direta a diferentes órgãos da sociedade, não mais se restringindo a um único órgão, passando assim ao Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Governador de Estado ou do Distrito Federal, entre outros legitimados do artigo supracitado. Nesse sentido, nota-se que:

O nosso sistema de controle de constitucionalidade, como Já anotado anteriormente é o Jurisdicional Misto, modelo caracterizado pela presença da possibilidade de se questionar tanto pela via incidental quanto pela via principal, lei ou ato normativo do poder público. O primeiro sistema de controle reside na tutela subjetiva das partes; esse controle quando suscito deve ser feito na causa de pedir e não no pedido. . (LENZA 2013, p.383).

No julgamento o juiz exercendo o controle difuso deve pronunciar-se sobre a questão de constitucionalidade na fundamentação e não no dispositivo. Se tal questão chegar ao Tribunal, este através de seus órgãos fracionários não pode declarar a inconstitucionalidade das leis. Hipótese esta admitida somente ao pleno ou órgão especial se houver.

No que se refere ao segundo sistema, que é o objeto de estudo desse presente capítulo, o controle é feito pela via principal, ou seja, a impugnação das leis ou ato normativo do poder

público é feito por um órgão de cúpula. Em âmbito nacional temos o Supremo Tribunal Federal, e em âmbito estadual temos os Tribunais de Justiça. Nesse modelo os legitimados estão previamente definidos em lei, podendo ser tanto a Lei Maior com a Constituição do Estado Membro. Assim temos definido o nosso sistema de proteção das normas superiores, um dos mais bem estruturado e evoluído sistema mundial.

Com a constituição de 1988, ficou reduzido de forma significativa, a noção de controle de constitucionalidade difuso, pois, ao ampliar os legitimados para propositura da ação direta de constitucionalidade, mitigou de forma acentuada o controle difuso porque através de uma impugnação geral e abstrata evita milhares de ações na via incidental, em homenagem ao objetivo principal do controle abstrato que é a solução geral, através da impugnação legal.

Portanto, dessa explanação sobre a evolução da ação direta, parece quase intuitivo que por essa forma acabou o constituinte por restringir, de maneira radical a amplitude do controle difuso de constitucionalidade, interpretação que se extrai da análise da nova norma, pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico. Outrossim, quando nos portamos a falar da legitimação para agir, além daquela extensa lista de incisos constantes do artigo 103, reputa-se importante que falemos dos legitimados que possuem capacidade postulatória para o ingresso com a referida ação.

Quanto à matéria que pode ser objeto de ADI, ou seja, quais espécies normativas podem ser impugnadas por essa ação; segundo a Constituição federal no artigo 102,§1 podem ser objeto de ADI, Lei ou ato normativo Federal ou Estadual, logo percebe-se a extensão dessa medida, que vai até os atos normativos Estaduais.

No que concerne aos atos normativos Distritais, somente os que tiverem o caráter de ato normativo Estadual é que poderão ser impugnados com tal ação, os atos normativos distritais de natureza Estadual, podem sim ser analisados no controle concentrado por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, não se admite a referida medida de atos normativos pré-constitucionais, pois para tais atos a constituição prevê medida específica. Não se admite também contra projetos de emendas ou súmulas, porque nesta situação temos medidas específicas e reservadas que permite o resultado prático equivalente. Em relação competência do controle, ensina Luis Robert Barroso que:

O sistema concebido pelo o constituinte permite o ajuizamento simultâneo de ação direta no âmbito estadual e no âmbito federal- isto é, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal-, tendo por objeto

a mesma lei ou ato normativo estadual, mudando apenas o paradigma: no primeiro caso a constituição de Estado e, no segundo, a Carta da República. Como intuitivo a decisão que vier a ser proferida pela Suprema Corte vinculará o Tribunal de justiça estadual, mas não o contrário. Por essa razão, quando tramitarem paralelamente as duas ações, sendo a norma constitucional estadual contrastada de mera reprodução obrigatória da Constituição Federal, tem-se entendido pela suspensão do processo no plano estadual. (BARROSO p.330 2010).

É possível notar com clareza a manobra permitida pelo o sistema jurídico, possibilitando assim, o ajuizamento simultâneo da ação direta no âmbito estadual e no plano federal, ou seja, perante o Tribunal de Justiça e perante o Supremo Tribunal Federal. Logo, a ambivalência é nítida e patente.

A conversão de arguição descumprimento de preceito fundamental em ação direta de inconstitucionalidade foi objeto de embate jurisprudencial por vários anos. As decisões do Supremo eram sempre divergentes, até que a questão se pacificou e hoje não há mais dúvida sobre a possibilidade de haver essa conversão. Na análise da ADPF 72 QO/ PA, a Relatora Ministra Ellen Gracie entendeu que:

O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349. Relator: Ministro Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no artigo 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação.

Portanto, ficou claro o caráter fungível e ambivalente do referido instituto. Ademais, admite-se pedido subsidiário. Explica-se: em julho de 2009, a Procuradoria-Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma ADPF 178/DF pleiteando o reconhecimento da união homoafetiva.

O que aconteceu, no mesmo mês, o presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, solicitou que a Procuradoria-Geral da República esclarecesse quais tinham sido os atos do Poder Público que vinham violando os preceitos fundamentais citados.

Na petição de esclarecimento, foi apresentado ainda o pedido subsidiário para converter a arguição de descumprimento de preceito fundamental em ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme a Constituição, do art. 1.723 do

Código Civil, para que ocorra uma interpretação extensiva, vindo assim a alcançar também a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em atendimento ao pedido subsidiário apresentado pela Procuradoria Geral da República em sua resposta, determinou-se a reclassificação como ação direta de inconstitucionalidade, a qual recebeu o número 4.277/DF. Segundo, (Gilmar Mendes, 2012, p 1672), em análise ao caso prescreve que:

O princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados versará sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica.

Ainda assim, o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular. Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Pedro Lenza observa que:

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (LENZA 2013).

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como

deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento. Portanto, (Pedro Lenza2012, 376) prescreve que:

Respondendo questionamento sobre o caráter ambivalente da ADPF, preceitua que: “tendo em conta o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental — ADPF, consubstanciado no § 1.º do art. 4.º da Lei 9.882/1999, o Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de conhecer, como ação direta de inconstitucionalidade — ADI, a ADPF ajuizada pelo Governador do Estado do Maranhão, em que se impugna a Portaria 156/2005, editada pela Secretária Executiva de Estado da Fazenda do Pará, que estabeleceu, para fins de arrecadação do ICMS, novo boletim de preços mínimos de mercado para os produtos que elenca em seu anexo único.

Continua a preceituar que: Entendeu-se demonstrada a impossibilidade de se conhecer da ação como ADPF, em razão da existência de outro meio eficaz para impugnação da norma, qual seja a ADI, porquanto o objeto do pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, restando observados os demais requisitos necessários à propositura da ação direta. (ADPF 72 QO/PA, Rel. Min. Ellen Gracie).

Finalmente, em relação à segunda questão, o STF também admitiu que pedido formulado em ADI fosse conhecido como ADPF, aplicando-se o princípio da fungibilidade. Assim, “é lícito conhecer de ADI como ADPF, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela” (ADI 4.163, Rel. Min. Cezar Peluso, 29.02.2012). Assim, conforme foi visto e explicado o sistema de processo e julgamento, é importantíssimo verificar os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF.

## 5 EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE ADPF

A decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Na mesma esteira do art. 27 da Lei n. 9.868/99, o art. 11 da Lei n. 9.882/99 estabelece que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Assim, para (Siqueira Junior, 2012):

A decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental pode possuir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. A invalidação de políticas públicas deve possuir efeito *ex nunc*. Quanto aos efeitos jurídicos que decorrem de uma decisão judicial de inconstitucionalidade de política pública, Comparato afirma lhe parecer irrecusável que o juízo de inconstitucionalidade atinja todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental.

Contudo, sustenta que o efeito invalidante há de produzir-se tão só *ex nunc*, ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois de outra sorte poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados.

Porém, é prudente concordar parcialmente quanto ao afirmado acima, no que tange aos efeitos *ex nunc* da decisão judicial que invalida o ato. Eis que tal posicionamento vai ao encontro da segurança jurídica, especialmente desejável por parte dos atos provenientes do Poder Público. Apenas não seria viável estar de acordo com a invalidação tão só dos atos concluídos após o trânsito em julgado, eis que a decisão judicial, para ser efetiva, deve ter

consequências de imediato, repercutindo no mundo dos fatos, pois, caso contrário, corre o risco de se tornar inócua.

No tocante aos efeitos subjetivos, a decisão proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental, terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público artigo. 10, § 3º, como próprio ao exercício da jurisdição constitucional em processo objetivo e concentrado. Portanto, (Roberto Barroso, 2012, p 320) observa que:

Será assim, inclusive, no tocante à arguição incidental<sup>86</sup>. A previsão é bem próxima da que consta da parte final do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Assim também, quanto ao efeito vinculante, aplicam-se os mesmos comentários já feitos em relação àquelas duas ações. Parece razoável sustentar que, ao menos em determinadas hipóteses inequívocas, a vinculação deva se estabelecer em relação à tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à matéria objeto da arguição, de modo a colher todas as situações idênticas. Neste sentido assinala Barroso quanto aos efeitos objetivos que:

Quanto aos efeitos objetivos, se a arguição tiver resultado de um ato normativo, serão eles análogos aos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Se tratar de ato administrativo — disposição de edital de licitação ou de concurso público, por exemplo —, se acolhido o pedido deverá ela ser retirada do regime jurídico do certame ou, se este já tiver ocorrido, poderá ser declarado nulo. No tocante à decisão judicial, se a simples afirmação da tese jurídica não produzir consequência apta a evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, uma decisão específica deverá ser proferida pelo juiz natural (isto é, o órgão judicial competente para apreciar a questão concreta), levando em conta a premissa lógica estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2012).

Contudo, no tocante à decisão judicial, se a simples afirmação de tese jurídica não produzir consequência apta a evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, uma decisão específica deverá ser proferida pelo juiz natural, isto é, órgão judicial competente para apreciar a questão correta.

No tocante quanto aos efeitos temporais, a lei que rege a ADPF contempla a mesma possibilidade já incluída na Lei n. 9.868/99 relativamente a não retroatividade da decisão. Por essa razão, remete-se o leitor à discussão mais ampla já empreendida quando do estudo da

ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Na Lei n. 9.882/99, a previsão vem assim redigida:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BARROSO 2012).

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental não é possível a declaração da constitucionalidade, nos termos do art. 11 da Lei n. 9.882/99, uma vez que, a decisão não possui o efeito dúplice como ocorre nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, que estatui esse efeito no artigo, 24 da Lei n. 9.868/99.

Percebe-se pela menção que foi feita do artigo 11 da lei 9882/99 que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, poderá ter o seu respectivo efeito restringido pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros.

Mas, se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o *quorum* para decisão é de maioria absoluta nos termos do art. 97 da Constituição Federal, que dita: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. No caso da exceção dos efeitos da decisão prevista no art. 11, o *quorum* para decisão é de dois terços.

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

### **5.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de controle das decisões judiciais**

Como exemplo dessa arguição, tem-se a ADPF 101. Ajuizada pelo Presidente da República, a arguição não se dirigia contra lei ou ato normativo, tendo como objeto decisões

judiciais que autorizam a importação de pneus usados ao argumento de que violavam os preceitos fundamentais inscritos nos artigos. 196 e 225 da Constituição da República.

Requeria o arguente ainda, fosse declarada a constitucionalidade do conjunto de normas, portarias e decretos editados por diferentes órgãos da administração pública com vistas a vedar a importação de pneus usados. Sustentava o arguente que numerosas decisões judiciais estavam sendo proferidas em desconformidade com portarias e decretos de órgãos do Executivo federal que expressamente vedavam a importação de pneus usados. (Gilmar Mendes 2012, p 1580), diz que:

Em preliminar, o Tribunal afastou a alegação de que a arguição não poderia ser admitida por não cumprir a exigência do art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99. Por maioria, a Corte rejeitou a preliminar tendo em conta a pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, o que tem gerado situação de insegurança jurídica, não havendo outro meio hábil a solucionar a polêmica sob exame.

Portanto, no julgamento de mérito o Tribunal declarou inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas às judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí insertos os remoldados. Ficaram ressalvados os provimentos judiciais transitados em julgado, com teor já executado e objeto completamente exaurido. Assim temos o seguinte voto exposto por (Gilmar Mendes, 2012, p 1611) em relação à ADPF 101:

É inequívoca, pois, a relevância constitucional da controvérsia submetida a esta Corte, quanto à ofensa aos artigos 196 e 225 da Constituição, que, inevitavelmente, envolve também a consideração do artigo 170. Dessa forma, há implicação de preceitos fundamentais de enunciação expressa na Constituição, bem como uma repercussão jurídica evidente na sociedade quanto às distintas posições interpretativas adotadas em atos judiciais e atos normativos federais. A questão transcende ao interesse das autoridades nacionais aduaneiras e ao do setor econômico responsável pela importação de pneus usados de qualquer espécie, afetando de forma difusa e irrestrita toda a sociedade, seja em relação à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uma sadia qualidade de vida, seja em relação à definição de uma política externa comercial brasileira pautada em normas jurídicas eficazes. Assim, evidencia-se a utilidade da solução da controvérsia por meio da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Como ressaltei na discussão preliminar deste julgamento, a ADPF – conforme já foi observada certa feita pelo Ministro Pertence – é uma esfinge que pouco a pouco vai sendo desvelada, desvendada pelo Tribunal na sua construtiva jurisprudência. Já firmamos o entendimento de que os direitos fundamentais rimam com a ideia de preceitos fundamentais e

de que outros direitos fundamentais compõem a nossa ordem constitucional, sem necessariamente estarem topograficamente estabelecidos no art. 5º da Constituição.

Portanto, a relevância constitucional da controvérsia submetida a esta corte, quanto às ofensas aos referidos artigos da constituição, há implicação de preceitos fundamentais de enunciação expressa na Constituição, bem como uma repercussão jurídica evidente na sociedade quanto às distintas posições interpretativas adotadas em atos judiciais ou de caráter normativo federal.

## **5.2 Análise de alguns casos específicos ADPF n. 45, 54 e 130**

Tendo por base a importância dos temas que veicularam, merecem aqui registro especial três arguições de descumprimento de preceito fundamental. a ADPF n. 45, rel. Min. Celso de Mello, a ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, e a ADPF n.130, rel. Min. Carlos Aires Brito.

Na primeira arguição discute-se um tema complexo e de grande atualidade: a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, além da viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas. Nestes termos temos a jurisprudência do Supremo que preceitua que:

EMENTA: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas. Direitos constitucionais de segunda geração “(ADPF 45 Rel. Min. Celso de Mello Plenário, DJ).

Note-se que Embora a decisão final tenha sido no sentido de considerar prejudicado o pedido, diante da implementação da política por lei posterior, o teor da decisão merece

referência, diante de sua defesa da possibilidade do Poder Judiciário controlar políticas públicas mesmo diante da alegação da reserva do possível, usando da fundamentação do mínimo existencial.

Dáí concluir-se que o administrador não age na implementação dos serviços de saúde com plena discricionariedade, haja vista a existência de políticas governamentais já implementadas que o vinculam. Nesse sentido, o Judiciário, ao impor a satisfação do direito à saúde no caso concreto, em um número significativo de hipóteses, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo. Cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

Portanto, É por isso que, se tais Poderes do Estado agirem de modo que não se reveste de razão ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo 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 que consubstancia-se de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Nesse sentido, justificar-se, como já enfatizado, e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, 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. No entanto, em ralação a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54 traduz uma ideia de constitucionalização do direito penal e suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico.

No curso do ano de 2012, o Tribunal voltou a se deparar com o problema no julgamento de mérito da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, que discutia a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Motivo pelo qual a respectiva discussão se torna muito interessante.

De fato, ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador Geral da República quando do julgamento da medida cautelar, o Tribunal já havia admitido a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar de forma criativa, acrescentando mais uma excludente de punibilidade no caso do feto padecer de anencefalia, ao crime de aborto.

Na ADPF 54, caso do aborto de feto sem massa encefálica, foi concedida, em 2-8-2004, monocraticamente, liminar requerida para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalo. Na ação constitucional ajuizada, pediu-se a interpretação, conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal, hipótese que configura o cabimento da respectiva ação. Segundo (Gilmar Mendes 2012, p 1589):

A grande questão teórica em discussão consiste em saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição, que é o seu papel, ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, pretende-se que o Supremo Tribunal Federal declare não ser aplicável à hipótese de antecipação do parto de feto anencéfalo aos preceitos dos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal. Logo, procura-se através do presente instituto um provimento afirmativo.

Vale dizer: deseja-se um provimento jurisdicional que afirme que o parto de fetos anencéfalos não constitui crime de aborto, por intermédio de declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, dos dispositivos já referidos. Por tal razão é que se pretende a solução.

Não se objetiva criar uma nova exceção a ser acrescida ao elenco do art. 128 do Código Penal (aborto em caso de estupro ou de risco de vida da gestante), mas simplesmente que se reconheça que os enunciados dos artigos. 124 e 126 do CP (que criminalizam as condutas da gestante e de terceiro, na hipótese de aborto consentido), não incidem no caso de antecipação de parto de feto anencefálico. Roberto Barroso (2012,p 347) preceitua que:

No caso, os três requisitos legais para o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental estão presentes: (a) há preceitos fundamentais sendo vulnerados (dignidade, liberdade e saúde da gestante); (b) a lesão resulta de ato do Poder Público (imposição, sobre a hipótese, de uma incidência inconstitucional de normas do Código Penal); e (c) não há outro meio eficaz de sanar a lesividade.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, deferiu a medida liminar requerida para determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado acerca da

matéria, como também para reconhecer o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, a partir do laudo médico. Os casos expostos demonstram que, a despeito das desconfianças iniciais e do longo lapso de tempo decorrido até sua regulamentação, a arguição de descumprimento de preceito fundamental vem se tornando um instrumento valioso de tutela dos direitos fundamentais.

No julgamento da ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, o tribunal declarou que a totalidade da referida Lei n. 5.250/67 não fora recepcionada pela ordem constitucional de 1988 e seu renovado padrão de democracia e de liberdade. Uma decisão histórica que apreende o significado da liberdade de imprensa do Estado Democrático de Direito.

O tribunal, por maioria acabou fazendo uma análise da lei em bloco; um julgamento de inconstitucionalidade total. Sobressaiu, como um todo, o repúdio ao autoritarismo que subjazia à lei em sua completude. No entanto, restava claro, pelo menos nos votos vencidos, que a velha Lei de Imprensa continha algumas normas que não colidiam frontalmente com a constituição.

Ademais, a Lei n. 5.250/67 há muito vinha sendo objeto de depuração por parte de juízes e tribunais e a maioria de seus dispositivos de cunho autoritário não recebia aplicação nos casos concretos. Destaca-se, nesse sentido, editorial publicado na Folha de São Paulo em 30 de março de 2008, com a seguinte passagem: Gilmar Mendes citando, preceitua que:

A Lei de Imprensa deixou de ser a principal ameaça à liberdade de expressão no Brasil. Criada por uma ditadura, seu objetivo central era controlar a informação pela coação legal, imposta a veículos e profissionais. Nem todos os 33 artigos do código de 1967, entretanto, correspondiam a pressupostos de tutela. Os dispositivos mais autoritários da Lei de Imprensa passaram a ser ignorados nos Tribunais a partir da redemocratização de 1985. O que restou do diploma hoje propicia alguma segurança jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais, (MENDES, 2012 p.66).

Com a retirada da vetusta Lei n. 5.250/67 do ordenamento jurídico, abriu-se o espaço para uma nova regulamentação dos temas relacionados à liberdade de imprensa, sempre no intuito, ressalte-se, de protegê-la e ampliar o seu plano, dando-lhe plena eficácia. O que ficou bem demonstrado no respectivo editorial apresentado.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130 introduz criativamente, um profundo arcabouço jurisprudencial e reafirma a importância vital da liberdade de imprensa para o Estado Democrático de Direito. Por ser a mídia um poder tão expressivo quanto o próprio poder estatal.

A decisão do STF em verdade, renova a oportunidade para ampla discussão sobre a regulação dos meios de comunicação em geral no Brasil. Concepções liberais e republicanas sobre o significado da liberdade de imprensa, revolidas argutamente nos fundamentos da decisão, podem iluminar um profícuo debate público sobre mecanismos e modelos regulatórios da atividade de comunicação.

O direito de resposta, também previsto na grande maioria dos países democráticos que resguardam a liberdade de imprensa, é assegurado a todo aquele que sofra agravo proveniente de opinião ofensiva e informação errônea ou inverídica veiculada por meio da imprensa. Trata-se de uma garantia de resposta, retificação, correção, esclarecimento, contestação ou refutação da opinião ofensiva ou da notícia inverídica ou errônea, de forma proporcional ao agravo sofrido, no mesmo meio de comunicação. Razão pela qual o direito fundamental de resposta deve ser resguardado em toda sua plenitude.

É inegável que a retirada da vetusta lei de imprensa implica, certamente, um avanço em termos democráticos, mas também pode gerar instabilidade e insegurança jurídicas quanto a temas relevantes, como a disciplina do exercício do direito de resposta. Gilmar Mendes (2012, p 676) citando Toqueville diz:

Confesso que não professo pela liberdade de imprensa esse amor completo e instantâneo que se outorga às coisas soberanamente boas por sua natureza. Se alguém me mostrasse, entre a independência completa e a servidão inteira do pensamento, uma posição intermediária onde eu pudesse permanecer talvez me estabelecesse nela, mas quem descobrirá essa posição intermediária? Em matéria de imprensa, não há realmente meio termo entre a servidão e a liberdade completa. “Para, recorrer aos bens inestimáveis assegurados pela liberdade de imprensa é preciso saber se submeter aos males inevitáveis que provoca” (TOQUEVILLE, Alexis de. La democracia en América. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 198-201).

Portanto, assiste razão ao autor citado por responder que em matéria de imprensa, não há realmente meio termo entre a servidão e a liberdade completa, motivo pelo qual não professa pela liberdade de imprensa uma paixão inteira, porém outorga coisas soberanamente boas à sua natureza.

### **5.3 Reflexos positivos e negativos da ADPF**

Por todo o exposto, fica clara e evidente a potencialidade dessa ação que pode ser instrumento de controle de atos normativos até, pré-constitucionais. Logo, tem-se a questão: se algo com tamanha amplitude não ficaria sendo, em alguns casos fonte de erros? Ou essa sua dinamicidade viria só a somar, ou seja, que fosse objeto somente de elogios.

A resposta para essas indagações não é das mais simples. Quanto à primeira, a doutrina não trata de forma objetiva o tema e atem-se a dizer que, deve somente ter cuidado com o parâmetro e a validade da norma no tocante à constituição da época em que ela foi editada. Pois, do contrário, caso essa observação não fosse feita ficaria próximo de os julgadores cometerem eventuais erros.

Por outro lado, a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi vista com muito bons olhos no nosso ordenamento jurídico, pois desde a sua primeira e tímida previsão na constituição de 1988, o legislador e a jurisprudência buscaram cada vez mais potencializar essa medida.

Logo, hoje temos questões de grande relevância sendo discutidos em sede de ADPF, como a polêmica do aborto de fetos anencéfalos, e o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Teve-se também discutido em sede da respectiva ação a importação de pneus usados, que gerou manifestações em âmbito internacional. Por esses motivos, a doutrina e a jurisprudência vêm rendendo muitos elogios ao referido instituto.

## 6 CONCLUSÃO

Assim, sendo a arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma das quatro ações do controle concentrado, objeto do respectivo estudo, uma das primeiras polêmicas suscitadas foi sobre a contestada constitucionalidade da Lei 9882/99, Lei esta que dispõe sobre a regulamentação, processo e julgamento da presente ação.

Por conseguinte, ficou firmado na jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal que a referida lei é constitucional, e indicando ainda, a importância da medida no nosso ordenamento jurídico, uma vez que é preciso ter um instrumento amplo o bastante, capaz de inquirir normas de natureza pré-constitucionais se for preciso. Restou, portanto, a ADI proposta pelo conselho federal da OAB, julgada improcedente com absoluta propriedade.

Quanto à controvérsia em processos concretos, acompanhando Gilmar Mendes supracitado no capítulo segundo deste trabalho, ao preceituar que, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo.

A polêmica apresentada se relaciona com a segunda possibilidade, em que discorre ser perfeitamente possível a sua arguição em processos concretos submetidos à jurisdição ordinária, uma vez que a questão será elevada à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Diferentemente do que se verifica no controle incidental, em que se realiza uma cisão funcional no plano horizontal nos termos do artigo 97 da CRFB, tem-se, na ADPF, uma cisão funcional no plano vertical, de órgãos das instâncias ordinárias para o STF. Daí porque haverá de se cogitar, normalmente, nesses casos, de suspensão cautelar dos processos ou de julgamento dos feitos até a deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal como preceitua a Lei n. 9.882/99, no seu artigo. 5º, § 3º.

Outro ponto importante do debate foi à análise sobre a validade da fungibilidade entre ADPF e ADI, e se houvesse fungibilidade, se os seus efeitos seriam também ambivalentes. Ficou demonstrado no trabalho que a referida manobra é permitida pela jurisprudência do

Supremo, embora não fosse de imediato o entendimento da suprema corte, hoje não resta dúvida sobre a possibilidade de conhecer uma ação por outra.

Após um longo estudo sobre as posições, em sede doutrinária entende-se de igual forma sobre a possibilidade da referida medida, o Ministro Gilmar Mendes e o professor Roberto Barroso. Em um julgado, apresentado à ministra Ellen Greice, orientou no sentido da possibilidade de ocorrência da fungibilidade, pois não estaria ferindo nenhum princípio constitucional, expresso ou implicitamente.

Partindo para uma análise finalista do trabalho a ADPF apresenta os seguintes reflexos positivos: o primeiro deles é a possibilidade de arguição contra ato ou lei municipal, instituindo-se o controle direto com relação às normas e atos desse ente federativo que ofendam aos preceitos fundamentais. O objetivo dessa inovação foi impedir que os vários Tribunais de Justiça tivessem um posicionamento discrepante em relação a uma mesma matéria. Anteriormente não era previsto o controle direto para as inconstitucionalidades municipais, para evitar uma grande demanda para o Supremo.

O segundo reflexo positivo diz respeito ao controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição. As normas do ordenamento anterior que se chocaram com o novo Texto Magno foram imediatamente, sem necessidade de pronunciamento judicial, retiradas do ordenamento jurídico, não recepcionadas. Com a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle normativo das Constituições anteriores pôde ser realizado por via direta, com ação para o Supremo Tribunal Federal, desde que incidam contra preceitos fundamentais.

Por fim, apresentando o que seria um reflexo negativo, tem-se um comentário na doutrina, devido à amplitude da ADPF, que ficaria prejudicada a segurança jurídica no que diz respeito de poder ser questionado direito pré-constitucional, que fira preceito fundamental. E a possibilidade de ser arguida no plano incidental como algo que não estaria atendendo o princípio da cisão funcional no plano horizontal, devendo para tal possibilidade se concretizar, criar-se outra modalidade, o da cisão funcional no plano vertical. Logo, os reflexos negativos ficam a cargo da doutrina estritamente minoritária.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Moreira. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: São Paulo: Saraiva 2004.
- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva.2010.
- BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro** 6 ed. São Paulo 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Constituição e o conflito de normas no tempo: direito constitucional intertemporal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, n. 3, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: **limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista de Direito do Estado, v. 1, 2006.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição**. 12.ed. Del Rey.2006.
- CARVALHO, Murilo Andrade de. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei n. 9.882/99: A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 3ºed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DIRLEY da Cunha JR. **Ações Constitucionais**, 6ªed, Revista Ampliada e Atualizada, ed. Jus Podivm, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES. Canotilho. **Direito constitucional**. Ed. Almedina Coimbra. 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Controle da constitucionalidade**. Revista de Processo, São Paulo: RT 1998.

LENZA, Pedro. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do STF**. Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil. Ed. Forense, São Paulo. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição descumprimento de preceito fundamental**. Pg 1º do art. 102 da constituição Federal. Revista Jurídica n.7 dez.99.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Manual de Direito Constitucional**. 3ºed. São Paulo:

Revista dos Tribunais. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e o Controle de Constitucionalidade** 4ª ed. São Paulo. Saraiva 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica: como se faz: uma monografia, uma tese**.7. ed. São Paulo; Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ºed. São Paulo: Saraiva 2012.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99**. São Paulo, Atlas, 2001.

SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6ºed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Controle de constitucionalidade: com as modificações introduzidas pelas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99**. São Paulo, Atlas, 2001. Endereço eletrônicos

## ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

BERNARDES, Juliano Taveira. Lei 9.882/99: **arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Obtido via Internet: <http://www.jusnavigandi.com.br>.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **Notas sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua lei regulamentar.** Obtido via Internet: [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br).





