

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: QUESTÕES EM TORNO DA LEI N.º 9.882/99

Jailsom Leandro de Sousa

Juiz Federal

Introdução; 1- Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil; 2- Institutos similares em outros países; 2.1- Alemanha: o recurso constitucional alemão (verfassungsbeschwerde); 2.2- Espanha: o recurso de amparo espanhol; 3. Definição de preceito fundamental; 3.1- O que é descumprimento de preceito fundamental; 4 - Natureza jurídica da argüição de descumprimento de preceito fundamental; 5 - Hipóteses de cabimento; 6 - A ADPF e a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade; 7 - Legitimação ativa; 8 - Modalidades da ADPF; 9 - Juízo de relevância: inovação inconstitucional? 10 - O caráter subsidiário da ADPF; 11 - A natureza objetiva da ADPF; 12 - Quórum para julgamento e efeitos da decisão de mérito; 12.1 - Efeito erga omnes; 12.2 - Efeito vinculante aos órgãos do poder público; 12.3 - Efeito ex tunc ou ex nunc; 12.4 - Efeito repristinatório; 13 - Suspensão do andamento de processos ou de efeitos de decisões judiciais; 14 - Restrição de efeitos ou fixação de termo para a eficácia das decisões declaratórias de inconstitucionalidade; 15 - A Adin 2.231/DF; Considerações finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A presente monografia justifica-se pelo interesse em aprofundar o estudo sobre a Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, haja vista a relativa novidade da regulamentação do instituto.

O tema, muito instigante, evoca questões sobre a constitucionalidade de diversos dispositivos, a saber: a) o que estabelece o controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal - STF sobre atos normativos municipais, atos infralegais e atos anteriores à Constituição; b) o que estabelece os legitimados para a propositura da ação, excluindo a legitimidade popular; c) o que estabelece efeito vinculante para as decisões proferidas; d) o que condiciona o julgamento a juízo prévio de relevância e e) o que possibilita ao Supremo Tribunal restringir os efeitos ou fixar termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade proferidas.

O contexto é de relativa instabilidade judicial, uma vez pendente de apreciação o mérito de ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.231/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Pairam incertezas sobre a aplicabilidade e eficácia desse novel instrumento de controle de constitucionalidade trazido pela Carta de 1988, que ampliou sobremaneira as possibilidades de aferição da conformidade dos atos do Poder Público com o Estatuto Maior.

Nos tópicos que seguem, serão abordados sucintamente, entre outros pontos, a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, a definição de preceito fundamental, a natureza jurídica da arguição, suas modalidades, os legitimados, os efeitos das decisões e a existência de institutos similares em outros países.

1. EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle judicial de constitucionalidade¹, no Brasil, iniciou-se com a Constituição de 1891, a qual determinou que os juízes não aplicariam as leis e os decretos que fossem contrários à Constituição, instituindo, em seu art. 59, § 1º, alínea b, recurso para o Supremo Tribunal Federal quando contestada, em face da Constituição ou das leis federais, a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados, e a decisão de última instância as considerar válidas.²

¹ No sistema da Constituição do Império (1824), o controle de constitucionalidade era feito pelo Poder Legislativo, sendo da competência da Assembléia Geral elaborar, interpretar, suspender e revogar as leis (conforme seu art. 15, inciso VIII).

² Sobre a evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, cf. Edilson Pereira Nobre Júnior, *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 73/78, e Roberto Mendes Mandelli Junior, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*, p. 40/56.

A Constituição de 1934, promulgada após a Revolução Constitucionalista de 1932, trouxe importantes inovações: o recurso para o STF passou a se chamar recurso extraordinário; estabeleceu-se a possibilidade de o Senado suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo (art. 91, inciso IV) e inaugurou-se o controle concentrado de constitucionalidade com a criação da ação de inconstitucionalidade interventiva, sendo legitimado o Procurador-Geral da República (art. 12, V).

Importante novidade foi a criação da cláusula de reserva de plenário (art. 179), ainda vigente e que consta do art. 97 da atual Constituição Federal. Por ela, os Tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei pelo voto da maioria de seus membros ou do órgão especial nos Tribunais com mais de 25 (vinte e cinco) membros. É medida de prudência que prestigia a presunção de constitucionalidade das leis e possibilita maior serenidade no julgamento dessa questão, que, quando apreciada pelo Tribunal em controle concentrado, influi na órbita jurídica de um sem-número de pessoas.

A Constituição do Estado Novo (1937) notabilizou-se principalmente por possibilitar ao Presidente da República submeter ao Congresso Nacional lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, se obtida a confirmação da lei por 2/3 (dois terços) de cada uma das Casas Legislativas, tornar sem efeito a decisão da Corte (art. 96, parágrafo único). Além do quorum, exigia somente que o Presidente entendesse que a lei impugnada fosse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta.

A Carta de 1946 trouxe a possibilidade de, na ação interventiva, a decisão do Tribunal limitar-se a declarar a inaplicabilidade do ato que motivou o pedido de intervenção, se isso fosse suficiente para a correção da inconstitucionalidade (art. 13).

O controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais foi estabelecido com a Emenda Constitucional n.º 16/65, que alterou a alínea k, do art. 101, inciso I, da Constituição, a ser exercido por representação do Procurador-Geral da República. Dada a permanência do controle difuso, temos, desde então, um sistema misto de controle de constitucionalidade, com um progressivo fortalecimento do controle concentrado.

A Carta de 1967 destacou-se pela supressão de um avanço trazido pela Emenda n.º 16/65, ao acrescentar o inciso XIII ao art. 124 da Constituição de 1946: a permissão de que lei estadual estabelecesse processo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição Estadual.

O ano seguinte ao triste dezembro de 1968, data em que foi editado o Ato Institucional n.º 5, marcou-se pela Emenda n.º 01/69, que na verdade era uma nova Constituição outorgada. Nela, destacou-se a marca positiva da criação da intervenção federal de Estado-membro em Município, de competência dos Tribunais de Justiça, sempre que ato municipal violasse princípios constitucionais sensíveis insculpidos na Carta Estadual (art. 15, § 3º, alínea d).

A Emenda Constitucional n.º 07/77, conhecida como Pacote de Abril, singularizou-se principalmente pela previsão de possibilidade de concessão de medidas cautelares nas representações de inconstitucionalidade (art. 119, inciso I, alínea p).

A Constituição Cidadã de 1988 trouxe significativas inovações.

Dentre elas, alterou a nomenclatura da representação de inconstitucionalidade para ação direta de inconstitucionalidade; aumentou o rol de legitimados a propô-la (art. 103, incisos I a XI); instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e admitiu a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedando a legitimação para agir a um único órgão (CF, art. 125, § 2º).

Atribuiu ao Advogado-Geral da União a competência para defender a constitucionalidade das leis e atos normativos impugnados em ações declaratórias de inconstitucionalidade (art. 103, § 3º).

Em 1993, via Emenda Constitucional (n.º 03/93), foi criada a ação declaratória de constitucionalidade.

A Constituição Federal previu a arguição de descumprimento de preceito fundamental em seu art. 102, parágrafo único, depois alterado, pela Emenda n.º 3/93, para § 1.º, nos seguintes termos:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

A jurisprudência fimou-se no sentido de que a norma tinha eficácia limitada, não sendo auto-executável, estando sua aplicação condicionada ao advento de lei prevista no próprio texto constitucional.³

³ Cf. AI 145.860 AgR/SP, 2ª turma, vu, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/1993, DJU 12/03/1993; Pet 1.365 QO/DF, Pleno, vu, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03/12/1997, DJU 23/03/2001.

A proposta de regulamentação do dispositivo constitucional consistiu no Projeto de Lei n.º 2.872, de março de 1997, de autoria da Deputada fluminense Sandra Starling, que, denominando a arguição de representação, atribuía-lhe como objeto a arguição de descumprimento de preceito fundamental resultante da aplicação ou interpretação dos regimentos internos da Câmara, do Senado ou do regimento comum do Congresso Nacional no processo legislativo de elaboração de normas.

Em fevereiro de 1997, o Ministério da Justiça instituiu comissão de juristas para elaboração de proposta de regulamentação do artigo. Foi composta pelos juristas doutores Celso Ribeiro Bastos, que a presidiu, Oscar Dias Corrêa, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins e Arnaldo Wald. Após meses de estudo, a Comissão elaborou proposta de projeto de lei, tendo como preocupação a guerra de liminares então travada em face da implementação do programa de privatizações do governo federal.

O deputado Prisco Viana, relator do Projeto de Lei n.º 2.872/97 na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, aprovou a iniciativa nos termos de emenda substitutiva que adotou basicamente a proposta elaborada pela comissão de juristas, adicionando a ela a hipótese constante do projeto da deputada Sandra Starling.

Após aprovação em ambas as casas do Congresso Nacional, indo à sanção, o Presidente da República vetou os dispositivos que permitiam a legitimação popular (inciso II do art. 2.º); a possibilidade de representar diretamente ao Supremo Tribunal Federal quando o Procurador-Geral da República não acolhesse representação para propositura de arguição de descumprimento (§ 2.º do art. 2.º); a exigência de quorum qualificado para a aprovação da arguição pelo Supremo – impondo quorum superior ao da própria ação declaratória de inconstitucionalidade – (parágrafos do art. 8.º) e a possibilidade de impugnação de ofensa a preceitos fundamentais decorrente de aplicação ou interpretação das normas dos regimentos internos da Câmara, do Senado ou do Congresso Nacional (inciso II do parágrafo único do art. 1.º, § 4º do art. 5.º e art. 9.º).

A lei recebeu o n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

2. INSTITUTOS SIMILARES EM OUTROS PAÍSES

Analisando o direito estrangeiro, constata-se que a Alemanha e a Espanha são os países que possuem os institutos mais assemelhados à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Vejamos.

2.1 ALEMANHA: O RECURSO CONSTITUCIONAL ALEMÃO (VERFASSUNGSBESCHWERDE)

O recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*) é previsto no art. 94, alínea 4.a, da Constituição da República Federal da Alemanha. Pode ser proposto por toda pessoa que se sinta lesada pelo Poder Público em um de seus direitos fundamentais constantes dos artigos 1 a 19 ou um dos direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental, quais sejam: direito de resistência; de igualdade perante os Estados-membros; igualdade de direitos civis e políticos e acesso igualitário à função pública; direito de sufrágio ativo e passivo; garantia do juiz natural e não admissibilidade de juízo de exceção; contraditório e legalidade e anterioridade penais.⁴

Está regulamentado nos artigos 90 a 95 da Lei Sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão.

É regido pelo princípio da subsidiariedade, de forma que, se cabível outra medida judicial contra o ato do Poder Público, o recurso constitucional só poderá ser proposto depois de esgotada essa via. Admitem-se exceções a essa regra, quais sejam, quando o recurso é de significado geral, isto é, quando há um interesse público na apreciação para formação de precedente, ou ainda se a imposição da via judicial ordinária puder causar ao promovente um prejuízo grave e inevitável.

Interessante notar que, nos termos do art. 93.4b da Constituição da República Alemã, o recurso constitucional também pode ser proposto pelos municípios ou uniões de municípios nos casos em que uma lei federal ou do estado viole a autonomia municipal.

O recurso deve ser proposto no prazo de 1 (um) mês, a contar da notificação ou comunicação informal da decisão redigida em forma completa, ou no prazo de 1 (um) ano quando proposto contra lei ou outro ato do poder público contra o qual não haja via judicial aberta. O prazo começa a contar da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato do poder público, ou da data de vigência da constituição para as leis anteriores.

⁴ Cf. Luís Afonso Heck, O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, p. 115-133.

O julgamento requer juízo prévio de admissibilidade que não exige fundamentação (§ 24 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão).⁵

São pressupostos de admissibilidade:

1. a existência de um significado fundamental jurídico-constitucional. Vale dizer, que o caso concreto tenha como cerne uma questão jurídico-constitucional de importância fundamental.
2.
 - a) verificação da indicação da ocorrência de um dos direitos para os quais a Constituição Federal prevê o recurso constitucional, quais sejam, os direitos fundamentais constantes dos artigos 1 a 19 ou um dos direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental;
 - b) verificação da ocorrência, na hipótese, de algum especial prejuízo grave ao promovente em virtude da denegação de decisão sobre a matéria.

Os requisitos 1 e 2 são cumulativos, sendo alternativos entre si as hipóteses “a” e “b” do item 2.

A Lei do Tribunal Constitucional também prevê que o Tribunal pode declarar na decisão que toda a reiteração da medida objetada viola a Lei Fundamental, o que equivale a estender a eficácia da decisão para todos.

Se provido o recurso constitucional, em se tratando de recurso interposto contra decisão judicial, a Corte Constitucional infirma essa decisão e remete a causa para julgamento ao Tribunal competente. Quando provido contra uma lei federal, essa lei é declarada nula.

⁵ O juízo de admissibilidade é feito por uma das Câmaras ou um dos Senados do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional alemão é dividido em dois Senados com 08 (oito) juízes cada, sendo cada Senado dividido em Câmaras de 03 (três) juízes. Três juízes de cada Senado serão eleitos entre juízes dos tribunais superiores com mais de 03 (três) anos de atividade. São requisitos para a nomeação: idade mínima de 40 (quarenta) anos e elegibilidade para o Parlamento Federal. Exercem mandatos de 12 (doze) anos, sem reeleição, com aposentadoria compulsória aos 68 (sessenta e oito) anos de idade. Os juízes são nomeados pelo Presidente da República e eleitos metade pelo Parlamento Federal e metade pelo Conselho Federal (órgão composto de membros dos governos estaduais, cuja atribuição é participar da elaboração das leis, da administração da Federação e dos assuntos da União Européia).

2.2. ESPANHA : O RECURSO DE AMPARO ESPANHOL

Vicente José Martínez Pardo define o recurso de amparo espanhol nestes termos:

“O recurso de amparo constitui um meio de impugnação extraordinário e subsidiário, que cabe interpor ante o Tribunal Constitucional contra a última resolução judicial definitiva emanada do Poder Judiciário por haver essa resolução (ou sentença, ato administrativo ou via de fato que aquela resolução vem a confirmar) violado algum direito fundamental dentre os contemplados na 1ª Seção, 1º do Capítulo II do título I da Constituição (arts. 15 a 29), o princípio da igualdade (art.14) ou o direito à objeção de consciência (art. 30.2), e dirigido a obter a declaração de nulidade de tais resoluções, o reconhecimento do direito fundamental infringido e a adoção, em seu caso, das medidas apropriadas para seu restabelecimento”⁶ (tradução livre do autor).

Refletindo sobre o recurso de amparo, esse autor resume que sua natureza é de um recurso de cassação “especial” pelo seu objeto, qual seja a defesa da Constituição. Afirma sua qualidade de recurso extraordinário, sendo subsidiário e eventual, vez que os direitos fundamentais devem receber sua garantia ordinária e natural através das resoluções dos órgãos jurisdicionais ordinários.

Destina-se apenas a salvaguardar liberdades públicas constantes dos artigos 14 a 30.2 da Constituição Espanhola, não alcançando os direitos sociais.

É cabível contra atos do Poder Público e, embora não previsto em lei, é também utilizado contra atos particulares mediante o artifício de se propor a medida ante um juiz ordinário que, ao negar o amparo, transmuda-se na autoridade pública causadora da lesão que passa a ser impugnada por novo recurso

⁶ “El recurso de amparo constituye un medio de impugnación extraordinario y subsidiario, que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional contra la última resolución judicial definitiva emanada del Poder Judicial por haber vulnerado dicha resolución (o la sentencia, acto administrativo o vía de hecho que aquella resolución viene a confirmar) algún derecho fundamental de los contemplados en la Sec. 1º del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29), el principio de igualdad (art. 14) o el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2) y dirigido a obtener la declaración de nulidad de tales resoluciones, el reconocimiento del derecho fundamental infringido y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su restablecimiento”.

de amparo, tendo por sujeito passivo o juiz que denegou o amparo.⁷ Dessa forma, o recurso é cabível diante dos Tribunais Ordinários – o chamado ‘amparo ordinário’ – e diante do Tribunal Constitucional, este chamado amparo constitucional.

A jurisprudência igualmente ampliou o rol dos legitimados. Informa Ángel J. Gómez Montoro⁸ que o art. 162 da Constituição Espanhola dispôs que pode interpor o recurso de amparo

“toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal, mas que o artigo 162.1b contém uma regulamentação mais ampla que a do artigo 53.2 [da CE] por duas ordens de considerações: em primeiro lugar, não fala de cidadão, mas sim de toda pessoa física (o que inclui também os estrangeiros) ou jurídica; em segundo lugar, a utilização da expressão ‘interesse legítimo’ parece indicar que para que se tenha legitimação, a vinculação que deve dar-se entre o direito fundamental e a pessoa que interpõe o recurso não tem porque ser em todos os casos a que deriva da titularidade do direito”⁹

Sobre o objeto, leciona Martínez Pardo¹⁰ que o recurso de amparo é cabível contra disposições, atos jurídicos ou vias de fato do Poder Público. As

⁷ Cf. Pablo Perez Tremps, Tribunal Constitucional, juez ordinario e uma deuda pendiente de el legislador, p. 133.

⁸ El interés legítimo para recurrir en amparo – la experiencia del tribunal constitucional español. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard2.htm>. Acesso em 16/02/2004.

⁹ O art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, ao enumerar os legitimados para propositura do recurso de amparo, também não faz distinção. Refere-se apenas a “pessoa diretamente afetada” e “quem tenha sido parte no processo judicial correspondente”. Veja-se: “Artículo 46. Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional: a) en los casos de los artículos 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. b) en los casos de los artículos 43 y 44, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.”

¹⁰ El recurso de amparo constitucional – consideraciones generales. Revista Internauta de Prática Jurídica. Disponível em <http://www.uv.es/~ripj/8vic.htm>. Acesso em 16/02/2004.

disposições limitam-se aos regulamentos da administração pública, pois leis e disposições com força de lei só podem ser combatidas por recurso de inconstitucionalidade ou questão de inconstitucionalidade¹¹. Esclarece que o conceito de ato jurídico alcança máxima significação, englobando os atos provenientes do Executivo e do Judiciário¹², os comissivos e os omissivos - estes referentes a inércia de agente público em cumprir obrigação a que estava vinculado, da qual resulte impedimento ao livre exercício de uma liberdade ou direito fundamental -, os atos administrativos, os atos políticos e os atos administrativos excluídos do âmbito da jurisdição contencioso-administrativa.

Processualmente, o amparo possui, a um só tempo, natureza declaratória e condenatória. Aquela concernente ao desejo de ver reconhecido o direito e declarada a nulidade do ato causador da lesão; esta em virtude do pedido de restabelecimento do direito ou liberdade violada.

Vige o princípio da subsidiariedade, de maneira que o recurso de amparo não pode ser proposto se ainda não foram esgotados os recursos judiciais cabíveis contra o ato impugnado.

Há prazo para sua propositura. Ele é decadencial e de 20 (vinte) dias, contados da ciência do ato ou, quando existir outra via judicial de impugnação, da ciência do esgotamento de todos os recursos cabíveis.

As sentenças em amparo têm efeito inter partes. Porém, o tribunal pode declarar que a inconstitucionalidade atinge também eventuais atos semelhantes que venham a ser praticados.

A apreciação do recurso de amparo exige juízo prévio de admissibilidade, que é feito pelo próprio Tribunal e para o qual não se exige fundamentação. Graças a ele, o Tribunal tem conhecido atualmente apenas cerca de 5% (cinco por cento) dos recursos interpostos (o que equivale a 350 (trezentos e cinquenta) dos 6.000 (seis mil) casos que chegaram à Corte no ano 2000). O recurso

¹¹ Na Espanha, o recurso de inconstitucionalidade corresponde ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade; a questão de inconstitucionalidade corresponde ao recurso indireto, ou incidental, suscitado num processo ordinário para definição, pela Corte, da constitucionalidade em um caso concreto.

¹² Walter F. Carnota, in *Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos argentino y español*, noticia que o grande parte dos recursos de amparo espanhol são interpostos em face de sentenças judiciais, por violação ao direito de tutela constitucional efetiva consagrado no artigo 24 da Constituição.

de amparo responde por 99% (noventa e nove por cento) do trabalho do Tribunal Constitucional.¹³

3. DEFINIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

De início, faz-se necessário esclarecer o que seja preceito. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira aponta como origem da palavra o latim *praeceptu* e, como significados, entre outros, “regra de proceder, norma, ensinamento, doutrina, ordem, determinação, prescrição.”¹⁴ Assim, preceito fundamental é a norma, ordem ou determinação ligada aos fundamentos basilares do Estado Brasileiro. São as normas estritamente essenciais da Constituição.

Preceito não se confunde com princípio. Vai além, inclui também normas que não sejam principiológicas. “Os preceitos fundamentais englobam”, nas palavras de Alexandre de Moraes, “os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais”.¹⁵

Edílson Pereira Nobre Júnior esclarece que “a locução ‘preceito fundamental’ há de ser compreendida como o conjunto dos dispositivos que, explícita ou implicitamente, acham-se abrigados nos Títulos I [Dos Princípios Fundamentais] e II [Dos Direitos e Garantias Fundamentais] da Constituição, ou que, mesmo situados noutra parte desta, configurem proposição dirigida à tutela de direitos fundamentais; diversamente, o Pretório Excelso, como se pode notar das

¹³ Na obra já citada, Martínez Pardo traz os seguintes dados estatísticos: dos processos ingressos no Tribunal Constitucional no ano de 1997, 4.694 (quatro mil, seiscentos e noventa e quatro) foram recursos de amparo e 125 (cento e vinte e cinco) foram referentes a outros assuntos de sua competência. Dentre os recursos de amparo, 99% (noventa e nove por cento) tinham como núcleo fundamental atos ou omissões judiciais. Em 4.158 (quatro mil, cento e cinquenta e oito) recursos, alegou-se violação dos direitos consagrados no art. 24 da Constituição Espanhola, frente a 1.233 (mil, duzentos e trinta e três) recursos em que se alegou o art. 13 e 1.063 (mil e sessenta e três) recursos em que foram alegados outros direitos fundamentais. Em 1999, o Tribunal Constitucional apreciou 4.485 (quatro mil, quatrocentos e oitenta e cinco) recursos de amparo, admitindo-se ao trânsito apenas 4,75% (quatro vírgula setenta e cinco por cento) deles. Em 2000, o número de recursos de amparo chegou a quase 6.000 (seis mil). A demora média de um recurso de amparo é de 01 (um) a 03 (três) anos. No fim de 1997 havia 3.916 (três mil, novecentos e dezesseis) recursos de amparo e 149 (cento e quarenta e nove) questões de inconstitucionalidade pendentes.

¹⁴ Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI.[s.l.]: Editora Nova Fronteira-Lexicon Informática, 1999.

¹⁵ Comentários à Lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 15-37.

primeiras decisões sobre o cabimento da medida, vem ofertando compreensão ampla, de sorte a considerar como portador de tal qualidade os preceitos inerentes à separação de poderes e à organização federativa”.¹⁶

No plano jurisprudencial, constata-se o seguinte trecho de voto do Ministro Néri da Silveira na ADPF- 1-7 -RJ¹⁷:

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

¹⁶ Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental, p.120.

¹⁷ Voto disponível, na íntegra, no site <http://www.stf.gov.br>. Consulta em 16/02/2004.

Percebe-se na decisão transcrita que compete ao Supremo Tribunal Federal definir quais são os preceitos fundamentais em face da não conceituação do que seja preceito fundamental pela Constituição e pela Lei n.º 9.882/99. Nota-se também, pela exaustiva enumeração, que se atribuiu ao conceito a mais ampla interpretação.

Anote-se ainda que a argüição poderá referir-se a preceitos decorrentes direta e indiretamente da Constituição, bastando que sejam fundamentais. Isso porque, sendo os preceitos constituídos de princípios e normas, poderão decorrer indiretamente da Constituição quando relacionados aos chamados princípios constitucionais implícitos. É nesse sentido a doutrina de André Ramos Tavares em seu *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*.¹⁸

3.1 O QUE É DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Descumprimento de preceito fundamental, como observa Roberto Mendes Mandelli Junior¹⁹, é espécie do gênero inconstitucionalidade, assim como também o é a contrariedade à Constituição necessária para a interposição do recurso extraordinário.

O referido autor, em lição aplicável a preceitos fundamentais, esclarece que a espécie 'descumprimento da Constituição' comporta as seguintes modalidades²⁰:

- a) descumprimento formal ou material: aquele quando decorrer de vício de incompetência do órgão que expede o ato do Poder Público ou quando não for adotado procedimento fixado na Constituição; este quando se verificar uma incompatibilidade com o conteúdo de preceito constitucional fundamental;
- b) total ou parcial: conforme vicié todo o ato ou apenas parte dele;
- c) por ação ou por omissão: o primeiro exige uma conduta comissiva, o segundo uma omissão por parte do poder público em praticar atos a que estejam obrigados pela Constituição;
- d) originário ou superveniente: no primeiro caso, o descumprimento a preceito fundamental vigente ocorre desde o início da prática do ato; no

¹⁸ P. 158.

¹⁹ Argüição de descumprimento de preceito fundamental; instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição, p. 107.

²⁰ Op. cit., p.111/112.

segundo caso, o ato que em sua origem estava em conformidade com preceito fundamental deixa de estar com o decurso do tempo, em virtude de mudança formal na Constituição ou mudança na interpretação do preceito fundamental.

- e) antecedente (imediato) ou conseqüente (derivado): aquele decorre da violação, direta e imediata, de um preceito fundamental por ato do Poder Público; este deriva de um efeito reflexo do descumprimento antecedente, em virtude da relação de dependência que pode existir entre atos do Poder Público;
- f) direto ou indireto: conforme seja contrário a um preceito fundamental explícito ou implícito.

4. NATUREZA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 não dispôs sobre o conceito de preceito fundamental, como, aliás, não deveria, vez que a atribuição de conceituar é própria da doutrina, sendo imprópria para o legislador.

Conquanto a palavra argüição insinue tratar-se de incidente, ao que se vê na regulação trazida pela Lei n.º 9.882/99, o legislador ordinário conferiu caráter de ação constitucional à argüição de descumprimento.

Incidente, nas palavras de Cândido Dinamarco²¹, é aquilo que incide, ou seja, que recai sobre algo ou alguém (do latim *in-cidere*, que é cair sobre – *Carnelutti*). Os incidentes do processo recaem sobre este, causando alguma alteração no procedimento e produzindo, ao fim, algum efeito sobre ele. O processualista define ainda processo incidente como “um processo novo, nova relação processual, que se instaura por causa de outro já pendente e destinado a exercer alguma influência sobre ele.”²²

O legislador afastou, por completo, a natureza de recurso ou de mero incidente de inconstitucionalidade à argüição ao permitir sua propositura direta no STF, independente de estar atrelada à ação judicial já proposta, embora tenha previsto também modalidade incidental para a ação.

²¹ Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 465.

²² *Ibid.*, p. 465.

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

Celso Bastos atribui conceito mais amplo ao instituto, sem distingui-lo das ações de controle de constitucionalidade, ao dizer que a argüição “é medida de cunho judicial, que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, desde que emanados do Poder Público”,²³

Ivo Dantas vê no instituto natureza de ação subsidiária à ação direta de inconstitucionalidade e nega a natureza de recurso.²⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que ela é uma nova ação direta de inconstitucionalidade, com outro nome, e que seu objetivo real, embora disfarçado, “é introduzir uma forma de avocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”,^{25 26}

Edílson Pereira Nobre Júnior conclui que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação que a Constituição Federal submete à competência originária do Supremo Tribunal Federal, de índole objetiva, que nada mais faz do que ampliar a abrangência das ações direta de inconstitucionalidade e direta de constitucionalidade.^{27 28}

Um ponto é pacífico: a argüição veio completar o quadro de ações objetivas para controle de constitucionalidade.

²³ Argüição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 76-84.

²⁴ *Constituição & processo: introdução ao direito processual constitucional*, p. 421.

²⁵ O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (lei nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999), in *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, p. 1-17.

²⁶ Francisco Wildo L. Dantas, *Jurisdição constitucional: ação e processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental*, entende que a argüição não se confunde com a avocatória, pois esta permitia chegar ao Supremo Tribunal Federal qualquer matéria politicamente interessante, enquanto aquela só permite o controle pelo STF de matéria constitucional e referente a preceito fundamental.

²⁷ *Op. cit.*, p. 96.

²⁸ Bruno Noura de Moraes Rêgo, em *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 59, entende que a intenção do legislador ao criar as argüições principal e autônoma foi apenas aumentar o controle concentrado de constitucionalidade, diminuindo o difuso.

5. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Consoante disposto no art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, “a arguição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Clara a opção do legislador pela exclusividade de foro no Supremo Tribunal Federal, assim como pela possibilidade de propositura preventiva da arguição, ao lado da reparadora.

Destina-se a ação a reparar ou prevenir lesão resultante de ato do Poder Público. Estão excluídos os atos praticados por particulares.

Entende-se que a ação também pode ser proposta em face de ato praticado por particular no exercício de atividade própria do Poder Público, aplicando-se, por semelhança, entendimento cabível para o mandado de segurança.²⁹

Daniel Sarmiento vai além, ao entender sindicáveis também atos privados equiparáveis a ações estatais.³⁰ Veja-se:

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

Com vênias ao prestigiado autor, não se pode anuir com o seu posicionamento, uma vez que a extensão da arguição aos atos privados equiparáveis a ações estatais, não obstante desejável, extrapola os limites previstos em lei, sendo, pois, indevida.

A expressão Poder Público comporta interpretar todas as dimensões: as três esferas da Federação, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, são controláveis atos da competência dos Municípios, Estados, Distrito

²⁹ Nesse sentido, Roberto Mendes Mandelli Junior, *op. cit.*, p. 126.

³⁰ Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 224, p. 95-116.

Federal e União, bem como os praticados, nas várias esferas, nos âmbitos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Elival da Silva Ramos ressalva a exclusão dos atos formal e materialmente legislativos, embora entenda viável a propositura de arguição tendo por objeto lei revogada, haja vista que esta não conta mais com a característica da abstração, deixando de consubstanciar disposição legal em sentido material.³¹ Observe-se que da mesma forma ocorre com a lei orçamentária, que, inatacável por ADIn, por não possuir generalidade e abstração³², pode ser sindicável por arguição de descumprimento.

Sem fazer a ressalva anterior, Mandelli Junior entende possível a sindicância inclusive dos atos políticos, já que esses atos, no seu entender, são controláveis pelo Poder Judiciário, não havendo razão para exclusão da apreciação via ADPF em face do princípio da inafastabilidade da Jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV).³³

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “são definidos como atos políticos ou atos de governo os atos praticados pelo Poder Público com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função meramente política...”.³⁴ Na mesma passagem, exemplifica como ato político o veto fundado na contrariedade ao interesse público e finaliza asseverando que referidos atos são controláveis pelo Poder Judiciário.

Diversa a posição de Miguel Seabra Fagundes.³⁵ Após definir o ato estritamente político como aquele que possui medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, “há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)”, conclui o autor no sentido de que o ato estritamente político não é controlável pelo Poder Judiciário, embora não fique fora da ordem jurídica. *In verbis*:

³¹ Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 109-126.

³² Nesse sentido, ADI 203 AgR/DF, Pleno, vu, rel. Min. Celso de Mello, j. 22/03/90, DJU 20/04/90 e ADI 1716/DF, Pleno, vu, relator Min. Sepúlveda Pertence.

³³ Op. cit, p. 123/124

³⁴ Curso de direito administrativo, p. 342/343.

³⁵ O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, p. 162.

“Os atos administrativos exclusivamente políticos, escapando à apreciação jurisdicional, não ficam, por isso, fora da ordem jurídica. São apenas isentos do controle do Poder Judiciário, o qual, aliás, seria impraticável em relação a eles, dado que não podem ferir direitos individuais. Mas tanto quanto os demais atos da Administração Pública, se devem submeter à ordem jurídica exercendo-se segundo a competência constitucional e dentro da forma legal. Praticados fora dessas jurídicas limitações, serão os atos exorbitantes da ordem jurídica, atos violadores do direito. Aliás, é de esclarecer que, no nosso sistema político, os chamados pesos e contrapesos, tão úteis ao bom funcionamento da máquina estatal, constituem meios de controle para esses atos. Emanem eles do Parlamento ou do Presidente da República, tais órgãos se controlam reciprocamente. O controle dos atos administrativos exclusivamente políticos é, sem dúvida, mais político do que de legalidade. Entretanto, não deixa de dar ensejo ao exame do aspecto jurídico.”

Com vênia aos que compreendem de outra forma, considera-se possível a sindicância de atos políticos por meio da argüição pela razão acima exposta, qual seja, a inafastabilidade da jurisdição estatuída na Carta da República, e também porque não é absoluta a liberdade para a prática desses atos, vez que o agente político está circunscrito aos parâmetros previstos na Constituição, cujo respeito é obrigatório, sendo a inobservância corrigível pela atuação do Judiciário.

Lamentavelmente, o STF não caminhou nesse sentido, pois ao julgar a já citada ADPF n.º 1/RJ, proposta pelo Partido Comunista Brasileiro em face do Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, que vetou projeto de lei sem apresentar motivação, entendeu que o ato político não está incluído no conceito de ato do Poder Público, não sendo, pois, tutelável por meio da argüição.³⁶

³⁶ ADPF(QO) 1-7 RJ, STF, vu, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 07/11/2003. Ao acolher a questão de ordem e negar provimento à argüição, o Tribunal baseou-se no fundamento de que o ato de vetar e a deliberação legislativa sobre o veto são atos políticos, procedimentos que se reservam à esfera de independência dos Poderes. Daí, não caberia ao Supremo Tribunal substituir o Legislativo e antecipar juízo formal sobre os motivos do veto, manifestando-se sobre sua procedência ou improcedência. Não bastasse a violação à independência dos poderes, entendeu o STF que, inexistindo, ainda, lei, não lhe caberia manifestação sobre constitucionalidade, haja vista a inexistência, em nosso sistema jurídico, de controle prévio de constitucionalidade pela via jurisdicional. O acórdão da ADPF 1- RJ pode ser consultado, na íntegra, no endereço <http://www.stf.gov.br>.

6. A ADPF E A AMPLIAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como pode ser visto no § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, a ADPF ampliou as hipóteses de apreciação de inconstitucionalidade pelo STF, pois admite a propositura:

- a) contra ato normativo em geral, não exigindo tratar-se de lei;
- b) contra leis e atos normativos municipais;
- c) contra leis e atos normativos anteriores à Constituição.

Alexandre de Moraes entende que o legislador ordinário incorreu em inconstitucionalidade ao prever que a ADPF poderia tratar de tais assuntos, ampliando, indevidamente, o objeto previsto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Isso porque referidos assuntos não seriam preceitos fundamentais e a competência dada ao legislador ordinário restringir-se-ia à regulamentação do procedimento da arguição, não à ampliação de seu objeto.³⁷ *In verbis*:

“O texto constitucional é muito claro quando autoriza a lei o estabelecimento exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal.”

“Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.”

“O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.”

³⁷ Comentários à Lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 15-37.

Pensa-se que a ampliação de competência trazida no art. 1.º da Lei n.º 9.882/99, ao incluir as hipóteses acima, merece interpretação conforme a Constituição, no sentido de que elas devem sempre referir-se a lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental.

Entendimento diverso conduziria ao reconhecimento de inconstitucionalidade dessa lei, vez que estaria a ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, o que não é permitido ao legislador ordinário, mas só ao constituinte.

A ampliação de competência está clara, pois o constituinte não previu o controle direto de constitucionalidade sobre leis e atos normativos municipais, bem como, para o controle difuso por meio de recurso extraordinário, não admitiu que o ato normativo tivesse *status* infralegal.³⁸

Por outro lado, a par de ser descabida a ampliação de competência por lei ordinária, mostra-se desnecessária a previsão de que o controle de constitucionalidade possa ser feito contra leis e atos normativos anteriores à Constituição. Isso porque não há impedimento para a apreciação da constitucionalidade de referidas espécies pelos meios já previstos no Texto Magno. A limitação existente decorre de entendimento jurisprudencial firmado pelo próprio STF, bastando, para sua superação, que a Corte revise o seu posicionamento.³⁹

Feita essa nota sobre a necessidade de interpretação conforme, é de se reconhecer que, se observado o limite da constitucionalidade, houve avanço institucional, mormente ao admitir-se o controle de constitucionalidade pela Corte Maior de atos normativos municipais, de atos infralegais e de atos normativos anteriores à Constituição. Até então, a jurisprudência era cediça em sentido contrário a esses pleitos da cidadania e a constitucionalidade de atos municipais

³⁸ Sobre o descabimento de ADI contra ato infralegal, veja-se ADI 264 AgR/DF, Pleno, vu, rel. Min. Celso de Mello, DJU 08/04/1994 e ADI 561 MC/DF, Pleno, mv, rel. Min. Celso de Melo, j. 23/08/1995, DJU 23/03/2001. Sobre descabimento de RE contra decreto regulamentar, veja-se AI 206809 AgR/DF, Segunda Turma, vu, rel. Min. Maurício Correa, j. 10/02/1998, DJU 27/03/1998 e RE 207016 AgR/RS, Segunda Turma, rel. Min. Nelson Jobim, j. 22/10/2002, DJU 29/11/2002.

³⁹ Antonio G. Moreira Maués e Patrick Menezes Colares, A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior, apontam a verificação da recepção do direito anterior pela nova Constituição como fator importante para a legitimação da Carta Magna como critério de validade do ordenamento jurídico, principalmente nos países que passaram por regimes autoritários. Como exemplos, anotam que em Portugal a Constituição prevê expressamente a competência do Tribunal Constitucional para apreciar a constitucionalidade do direito anterior e que na Espanha esse controle pôde ser feito pela via direta até três meses após a promulgação da Constituição, podendo, ainda, ser feito via recurso de amparo e conflito constitucional.

só podia ser apreciada via controle concentrado pelos Tribunais de Justiça ou por via de controle difuso, por todos os juízes.⁴⁰

A seu tempo, não se admitia o controle de constitucionalidade de atos anteriores à Constituição, sob entendimento de que a hipótese seria de recepção ou não recepção pela nova Carta da legislação antecedente.^{41 42}

Merece nota entendimento de Walter Claudius Rothenburg no sentido de que a possibilidade de propositura de arguição sobre os assuntos em destaque é para ambas as modalidades da ação, não tendo razão a interpretação segundo a qual assuntos tais só poderiam ser abordados na arguição dita incidental.⁴³

7. LEGITIMAÇÃO ATIVA

Estatui a lei de regência que os legitimados para a ADPF são os mesmos legitimados para a ação declaratória de inconstitucionalidade, quais sejam:

- 1) o Presidente da República;
- 2) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- 3) a Mesa do Senado Federal;
- 4) as Mesas das Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- 5) os Governadores de Estado e do Distrito Federal;
- 6) o Procurador-Geral da República;
- 7) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

⁴⁰ Cf. ADI 508/MG, Pleno, vu, rel. Min. Sydney Sanchez, j. 12/02/2003, DJU 23/05/2003; ADI 699 MC/MG, Pleno, vu, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 27/03/1992, DJU 24/04/1992; ADI 1886 AgR/MG, Pleno, vu, rel. Min. Néri da Silveira, j. 08/10/1998, DJU 17.12.1999.

⁴¹ A questão foi apreciada pelo STF na ADI nº 2, Pleno, mv, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 12.02.92, tendo prevalecido o entendimento de que inexistente inconstitucionalidade superveniente, de forma que a contrariedade com a Constituição de lei que lhe é anterior resolve-se pelo instituto da revogação. Vencido o Min. Sepúlveda Pertence, que entendeu plausível a tese da inconstitucionalidade superveniente também correta e mais conveniente ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, por não restringir a propositura de ADIs.

⁴² Palhares Moreira Reis, A arguição de descumprimento de preceito fundamental, posiciona-se no sentido de que, por contrariar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve ser declarada inconstitucional a previsão de controle dos atos anteriores à Constituição.

⁴³ Arguição de descumprimento de preceito fundamental, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 198-235.

- 8) partidos políticos com representação no Congresso Nacional;
- 9) confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Acrescente-se que a inclusão do Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal como legitimados para a ADIn foi feita pela Lei n.º 9.868/99, que disciplinou o processo e o julgamento das ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Essa lei, embora não seja materialmente inconstitucional – posto que apenas explicitou o que era implícito na Constituição e corrigiu uma lacuna desta – evidencia a falta de boa técnica legislativa, posto que o correto seria a supressão da omissão por emenda constitucional – aproveitando para tanto uma das muitas emendas já aprovadas.

A legitimação comporta as mesmas limitações válidas para as ADIns, dentre elas a pertinência temática para os legitimados aos quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já exigia (Mesas das Assembléias Legislativas e do Distrito Federal, Governadores de Estado e do Distrito Federal, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional).

A lei não previu legitimação irrestrita, para qualquer pessoa. Embora prevista no projeto aprovado no Congresso, essa possibilidade foi suprimida pelo veto presidencial ao inciso II do art. 2.º. Resta ao cidadão representar ao Procurador-Geral da República ou a outro legitimado para que este, entendendo cabível, proponha a argüição.

Aqui não andou bem o legislador, pois vedou ao cidadão comum o acesso a um instrumento de grande importância para o exercício da cidadania. Pode-se dizer que a exclusão das pessoas comuns do rol de legitimados desvirtuou a natureza que se concebia para a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tinha-se a expectativa de ser ela uma ação constitucional nos moldes do mandado de segurança, do *habeas corpus* e do *habeas data*. Ou seja, um instrumento que permitisse a insurreição direta do cidadão contra atos do Poder Público que atentassem contra direitos fundamentais. Infelizmente, o legislador andou em outro sentido, pois os contornos que deu à ADPF bem evidenciam que a ação foi aproveitada para ampliar os limites dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.

Crê-se que não foi para esse fim que o constituinte previu a argüição.

Observe-se que a previsão de que o interessado poderá representar ao Procurador-Geral da República não supre a falha: um, porque se trata de uma

burocracia desnecessária; dois, porque o Procurador-Geral da República não está obrigado, por força da representação, a propor a argüição.⁴⁴

Por outro lado, em face do texto legal, não há que se dizer que permanece a legitimação popular para propositura da ADPF, como fazem alguns.⁴⁵ A lei é expressa, impondo-se aplicá-la enquanto não modificada pelos instrumentos constitucionais existentes.

8. MODALIDADES DA ADPF

Analisando a Lei n.º 9.882/99, a doutrina interpreta o art. 1.º, *caput* e parágrafo único, e o inciso V do art. 3.º, no sentido de que a argüição comporta duas modalidades: ação autônoma e ação incidental.

A argüição autônoma é uma ação de competência do Supremo Tribunal Federal, de caráter subsidiário e objetivo, que tem por fim a declaração e a correção de atos do Poder Público que lesem ou ameacem preceito fundamental decorrente da Constituição.

A modalidade incidental é cabível quando no curso de ação judicial surgir controvérsia sobre constitucionalidade que diga respeito a preceito fundamental a recomendar, para fins de celeridade e uniformização de entendimento e evitar a proliferação de decisões divergentes, a remessa da questão ao STF para apreciação do incidente. Decidido este, a ação originária retoma o seu curso, cabendo ao juízo natural o julgamento da questão aplicando a decisão da ADPF. Permite um controle concentrado e concreto da Constituição, que tem como precedente a representação de inconstitucionalidade.

Causa estranheza o fato de os legitimados para a propositura da argüição incidental serem os mesmos da argüição principal, acrescentando-se apenas que o Procurador-Geral da República, nos termos do art. 2.º, § 1.º, pode propor a ação atendendo à representação de parte em processo no qual tenha surgido controvérsia sobre descumprimento de preceito fundamental.

⁴⁴ Da mesma forma como não estava obrigado a propor Representação de Inconstitucionalidade, como decidido pelo STF nos seguintes julgados: Pet 262/SP, Tribunal Pleno, vu, Min. Carlos Madeira, j. 24/08/1988, DJU 16/09/1988; Rp 1405/AC, Tribunal Pleno, vu, Min. Moreira Alves, j. 18/05/1988, DJU 01/07/1988; Rcl 160/DF, Tribunal Pleno, vu, Min. Néri da Silveira, j. 15/08/1984, DJU 16.10.1992.

⁴⁵ Cf. André Ramos Tavares, Tratado da argüição de preceito fundamental: (Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99), p. 404 e ss.

Como mencionado no capítulo anterior, essa última disposição legal é inócua porque nada acrescenta, tendo em vista o direito de petição já consagrado no art. 5.º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição Federal e o fato de o Procurador-Geral não estar obrigado a propor a arguição requerida na representação.

Isso evidencia o quanto a arguição ficou descaracterizada com a supressão da legitimidade popular. Ao que parece, a instituição da modalidade servirá mais como medida possibilitadora de avocação para o Supremo de questões de interesse do Poder Executivo ou a requerimento do Procurador-Geral da República, na possibilidade remota de este receber representação, pois, sendo os legitimados para propor a arguição incidental os mesmos da arguição direta, não é de se esperar que escolham aquela via sendo mais fácil propor a arguição direta.

Ambas as ações têm caráter objetivo - o que diferencia a incidental é que a provocação judicial tem por base um caso concreto. Ou seja, a análise pelo Supremo Tribunal Federal tem como móvel o interesse de extirpar ato do poder público que atente contra preceito fundamental decorrente da Constituição, sendo desnecessária a existência de interesse subjetivo.

Tanto é assim que a arguição prescinde da existência de partes no sentido processual clássico e, uma vez proposta, eventual pedido de desistência não impede a apreciação da ação pelo STF, pois é vedada a desistência. O proponente não é senhor da ação. Tem apenas o poder constitucional de provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal para o controle de constitucionalidade (no caso, o controle de descumprimento de preceito fundamental).⁴⁶

Nas duas modalidades é cabível a concessão de medida liminar. Ordinariamente por decisão da maioria absoluta dos membros do STF e, excepcionalmente, pelo relator *ad referendum* do Plenário, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou ainda no período de recesso.

Vale dizer que não assiste razão aos que, como André Ramos Tavares⁴⁷, entendem que as hipóteses do parágrafo único do art. 1.º (impugnação de leis anteriores à Constituição, inexistência de o ato impugnado ostentar *status* de lei,

⁴⁶ Cf. ADI 164/DF, Pleno, vu quanto à preliminar e vm quanto ao resultado, rel. Min. Moreira Alves, j. 08/09/1993, DJU 17/12/1993; ADI 387 MC/RO, Pleno, vu, rel. Min. Celso de Mello, j. 01/03/1991, DJU 11/10/1991; ADI 2049/RJ, Pleno, vm quanto à questão de ordem e vu quanto ao pedido, rel. Min. Néri da Silveira, j. 14/04/2000, DJU 31/08/2001.

⁴⁷ Op. cit., p.106.

possibilidade de propositura em face de ato municipal) somente se aplicariam à arguição incidental.

Tal distinção, além de não ter sido feita pelo legislador, fere a razoabilidade, pois carece de lógica e razão impedir propositura de ações nesses casos pelos legitimados para a ação direta.

9. JUÍZO DE RELEVÂNCIA: INOVAÇÃO INCONSTITUCIONAL?

A Lei n.º 9.882/99 condicionou o conhecimento da ação de arguição a juízo prévio de relevância a ser feito pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁸

Entende-se que o juízo de relevância é aplicável também para a arguição dita principal, não tendo sentido o entendimento referido no capítulo anterior de que as disposições do parágrafo se aplicariam apenas à arguição incidental.

Diz-se que uma causa é relevante para apreciação pelo Supremo Tribunal Federal quando a importância de seu julgamento ultrapassa o caso concreto e o interesse subjetivo das partes. Isto é, quando a apreciação da questão é de interesse da sociedade em geral, quando há um interesse público no julgamento, além e maior que o interesse privado das partes em litígio, a justificar a necessidade de formação de precedente.

Registre-se que não é novidade a exigência de juízo de relevância em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, eis que naquela corte já vigorou a chamada arguição de relevância, instituída em seu regimento interno pela Emenda Regimental n.º 03/75. Essa emenda dispôs no sentido de que o conhecimento dos recursos extraordinários fundados no art. 119, inciso III, alíneas “a” e “d”, da CF/69, estava condicionado à existência de relevância da questão federal. Foi considerada inconstitucional por muitos em virtude de a Constituição enumerar como critério para admissão do recurso apenas a natureza, espécie e valor da causa. Posteriormente, foi constitucionalizada pela Emenda Constitucional n.º 7/77, que adicionou aos critérios a relevância da questão federal.

Vê-se a medida como salutar por possibilitar filtragem dos processos a serem analisados, reduzindo a atuação do STF aos casos em que há real necessidade. Resulta na barragem de causas repetitivas e daquelas destituídas de impor-

⁴⁸ Como se depreende da redação do art. 1.º, parágrafo único: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; II – (vetado.)” (grifo nosso).

tância para a afirmação da supremacia da Constituição, diminuindo de forma significativa os feitos em trânsito na Corte. Permite, dessa forma, melhores condições para os julgamentos realmente necessários.

A propósito, não foram outras as razões que levaram à instituição do juízo de relevância no direito norte-americano. Como mostra Bernard Schwartz⁴⁹ em trecho que merece transcrição:

“A Corte Suprema federal, como se tem frisado, é quase inteiramente um tribunal de apelação. A necessidade de tal tribunal central no vértice do sistema judiciário para unificar a lei interpretada e aplicada pelos tribunais inferiores parece clara. Ao mesmo tempo, num país tão grande como os Estados Unidos, o direito de apelar para o mais alto tribunal deve ser restrito, do contrário o tribunal se verá assobrado com tantas apelações que não disporá de tempo suficiente para resolvê-las. Se se permitisse que os litigantes particulares apelassem para a Corte Suprema toda vez que assim o desejassem, os casos seriam tão numerosos que o tribunal não poderia resolvê-los com a rapidez necessária. O resultado disso seria que alguns casos de importância geral teriam a sua decisão indevidamente protelada, enquanto o tribunal desperdiçaria o seu tempo em casos de pouca importância(...)”

“Segundo uma Lei de 1925, o antigo direito de apelar para a Corte Suprema como uma coisa costumeira foi abolido. Em lugar disso, o próprio tribunal, em muitos casos, tornou-se juiz para decidir se receberia ou não a apelação. Se achar que a questão em apreço não é de suficiente importância, pode recusar julgar o caso.”

A teoria da Lei de 1925, ao transferir muitos casos da jurisdição obrigatória para a facultativa da Corte Suprema, como o Juiz Taft nos informa, ‘é que os litigantes têm os seus direitos suficientemente protegidos por uma audiência ou julgamento nos tribunais de primeira instância e por uma revisão no tribunal de apelação federal imediato. A função da Corte suprema é considerada não como o remédio para o erro de um litigante em particular, mas como o exame de casos cuja decisão envolva princípios cuja aplicação seja de am-

⁴⁹ Direito constitucional americano, p. 175/176.

plo interesse governamental ou público e que deve ser autorizada-mente declarada pelo tribunal final'."

Partilha-se a visão de que, além de ser uma medida saudável por regular o acesso direto à Corte, não há inconstitucionalidade no juízo de relevância por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV). Isso porque a verificação de relevância é feita pelo próprio Judiciário; isso, em si, já constitui uma fase da apreciação jurisdicional. Não nega, pois, o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Pelo contrário, cumpre-o.

Cabe observar que não se trata de condicionar o julgamento à discricionariedade do órgão jurisdicional, pois uma vez reconhecida a relevância (cuja apreciação requer, como toda decisão judicial, motivação – diferente do que ocorre no *writ of certiorari*⁵⁰ americano), o Tribunal é obrigado a dar seguimento ao julgamento, podendo chegar ao exame do mérito.

10. O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF

Dizer que a arguição de descumprimento tem caráter subsidiário equivale a afirmar que ela, como bem consta do art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 9.882/99, não será cabível quando o ato impugnado puder ser atacado por outro remédio judicial.

Edilson Pereira Nobre Júnior indica que duas correntes exegéticas procuram determinar o conteúdo desse dispositivo legal. Diz o autor que “a primeira delas, a que se filiam Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Rodrigo Pieroni Fernandes⁵¹, concebe que a existência de outro meio eficaz diz respeito tanto aos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade quanto aos demais meios judiciais que resguardam os direitos fundamentais”.⁵²

Já a segunda corrente, capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes, “aponta que, no exame da proteção do preceito fundamental, haverá de preponderar um

⁵⁰ O *writ of certiorari* é uma das possibilidades de provocação da jurisdição da Suprema Corte americana (a outra é a *appeal*). Pode ser traduzido como carta requisitória ou mandado de avocação e é caracterizado pelo requerimento de apreciação de determinada questão jurídica pela Suprema Corte que, em juízo discricionário, poderá decidir pela apreciação do caso, quando, então, requisitará o processo ao juízo em que tramita.

⁵¹ Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental, p. 109.

⁵² Cf. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão, in Revista Forense n. 363, p. 121-139.

enfoque objetivo ou de defesa da ordem constitucional objetiva.”. De forma que “...a subsidiariedade diria respeito apenas ao possível manejo de processos de índole objetiva.”⁵³

Sobre o tema, com razão, Carlos Mário Velloso manifestou-se nos seguintes termos:

“O Supremo Tribunal Federal deverá, ao construir a doutrina da argüição de descumprimento de preceito fundamental, debruçar-se sobre essa disposição legal. É que, praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º art. 4º da lei 9.882/99, a argüição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, na construção da doutrina dessa argüição, deverá proceder com cautela, sob pena de consagrar, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, inclusive dos atos anteriores a esta. E isto o constituinte não quis e nem seria suportável pelo Supremo Tribunal, dado que temos mais de cinco mil municípios”.⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal tem se inclinado no sentido da primeira corrente, concebendo o princípio da subsidiariedade de maneira mais abrangente. Como, por exemplo: a) ADPF 03/CE⁵⁵, proposta pelo Governador do Estado do Ceará contra decisões monocráticas e colegiadas do Tribunal de Justiça do Ceará, proferidas em reclamações, atinentes à remuneração de servidores ativos e inativos, gratificações, vantagem, cálculo de acréscimos pecuniários e teto de vencimentos e proventos, tendo a Corte entendido ser incabível a argüição porque os atos poderiam ser atacados por outros meios judiciais eficazes, assim como poderia o Governador do Estado propor ação direta de inconstitucionalidade dos artigos 108, inciso VII, da Constituição do Estado, e do art. 21,

⁵³ Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. Revista jurídica Virtual, Brasília, nº 13, vol. 2, jul. 2000. https://www.planalto.gov.br/cciv_03/revista/Rev_50/index.htm. Acesso em 16.03.2004.

⁵⁴ A argüição de descumprimento de preceito fundamental, Fórum Administrativo, n. 24, p. 1849-1853.

⁵⁵ ADPF 03/CE(Q0), Pleno, vu, relator Min. Sydney Sanches, DJU 27/02/2004

inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; b) ADPF 12/DF⁵⁶, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira contra ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que, mantendo decisão em suspensão de segurança concedida para declarar nula a eleição para a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa de Santa Catarina, encaminhou a julgamento agravo regimental contra ele proposto, tendo o Relator negado seguimento à ADPF porque a decisão atacada poderia ser reexaminada por meio de agravo regimental, que, inclusive, foi interposto; c) ADPF 13/SP⁵⁷, apresentada pela Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo contra ato do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciado no Provimento n.º 747, que reorganizou as delegações de registros e notas no Estado, tendo o STF negado seguimento por ter entendido que o meio judicial cabível, na hipótese, era a Ação Direta de Inconstitucionalidade, inclusive já interposta; c) ADPF 18/CE⁵⁸, proposta pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis – Cobrapol em face de ato do Governador do Estado do Ceará que, concordando com a conclusão a que chegou Comissão Processante, determinou a lavratura de ato de demissão de policial civil, não tendo a Corte admitido a arguição em face da existência de outro meio idôneo para impugnar o ato, qual seja, a propositura de ação ordinária na Justiça estadual, na qual, inclusive, foi concedida antecipação de tutela; d) ADPF 39/DF⁵⁹, proposta pelo Partido Social Cristão impugnando o art. 13 da Lei n.º 9.096/95, tendo o STF indeferido a inicial por vislumbrar, na hipótese, cabimento de ação direta de inconstitucionalidade.

Na ADPF n.º 17-AP⁶⁰, relator o Ministro Celso de Mello, assim decidiu o STF:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º). AÇÃO ESPECIAL DE ÍN-

⁵⁶ ADPF 12/DF, decisão do relator Min. Ilmar Galvão, DJU 26/03/2001.

⁵⁷ ADPF 13/SP, decisão do relator Min. Ilmar Galvão, DJU 05/04/2001.

⁵⁸ ADPF 18 AgR/CE, Pleno, vu, relator Min. Néri da Silveira, DJU 14/06/2002.

⁵⁹ ADPF 39/DF, decisão do relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU 06/03/2003.

⁶⁰ ADPF 17 AgR/AP, Pleno, vu, relator Min. Celso de Mello, DJ 12/02/2003.

DOLE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º). EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO.

– O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3-CE, ADPF 12-DF e ADPF 13-SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental”.

Nesse caso, em que o Governador do Estado do Amapá procurava anular a nomeação de 6 (seis) Desembargadores pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal findou por extinguir o processo sem julgamento do mérito, confirmando a decisão monocrática do relator, por entender que a parte autora poderia se valer de ação popular para anular o ato administrativo, como, de fato, foi proposta. Referida ação é cabível para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público nos termos da Lei n.º 4.717/65 e, uma vez proposta ação cautelar, nela se poderia requerer liminar apta a suspender os efeitos do ato atacado. Sendo a ação popular perfeitamente adequada à hipótese, incabível a ADPF.

Resultado inverso sacramentou a Corte Maior no julgamento da ADPF 04/DF⁶¹, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra a Medida Provisória n.º 2.019/2000, que fixou o valor do salário-mínimo, ao entendimento de que a medida judicial existente – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – não seria eficaz a sanar a lesividade.

⁶¹ ADPF 04/DF, Pleno, vm, relatora Min. Ellen Gracie, DJ 27/04/2002.

Importante notar que não basta a existência de outro meio legal para impugnação do ato. Faz-se necessário que ele seja eficaz, capaz de conduzir a termo que solucione a lide. Como visto no segundo exemplo referido, pois, embora existente o mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, entendeu o Tribunal que referido meio não era eficaz em face da interpretação da própria Corte sobre os limites dos efeitos dessa ação constitucional, no sentido de que o legislador não poderia ser compelido a legislar, cabendo apenas cientificação da mora.

11. A NATUREZA OBJETIVA DA ADPF

Impende, agora, dedicar algumas linhas à afirmação de que a ADPF é uma ação objetiva.

Em simples palavras, afirmar que a ADPF é uma ação objetiva equivale a dizer que é ação em que as partes são apenas formais, que é uma ação que provoca um pronunciamento objetivo da Corte Constitucional, independentemente de interesse subjetivo dos que figuram no processo.

Não se admite desistência, pois o interesse em questão não é das partes litigantes, mas sim o interesse público de extirpação da ordem jurídica de norma inconstitucional nela inserida. O titular da ação tem apenas a legitimidade constitucional de provocar a atuação do STF. Não tem poder sobre a ação para desistir ou transigir.

Dada sua natureza de ação objetiva, aplica-se o impedimento de intervenção de terceiros consagrado na jurisprudência do STF para as ações diretas de inconstitucionalidade, como, por exemplo, no seguinte precedente:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - INADMISSIBILIDADE - RISTF (ART. 169, PAR. 2.) - NORMA REGIMENTAL RECEBIDA COM EFICÁCIA DE LEI PELA CF/88 - FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO REQUERIDA POR PARTICULARES - IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO DIRETA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A norma regimental inscrita no art. 169, PAR. 2., do RISTF, que veda a intervenção assistencial no processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, foi recebida com força e eficácia de lei pelo novo ordenamento constitucional. Tratando-se de *lex specialis*, a norma regimental prevalece sobre o disposto*

no art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que admite a intervenção assistencial em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição. - A natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar a intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos. - A formação litisconsorcial passiva, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, só se legitima em face dos órgãos estatais de que emanou o próprio ato normativo impugnado. O mero particular não se qualifica como litisconsorte passivo em processo de controle abstrato, em face da necessária estatalidade do ato normativo nele impugnado”⁶².

Por óbvio, observada a pertinência temática, inexistente impedimento para litisconsórcio ativo das entidades legitimadas na Constituição, assim como poderá ocorrer litisconsórcio passivo sempre que o ato impugnado for praticado por mais de um órgão do Poder Público.

Curioso notar a possibilidade de atuação do chamado *amicus curiae*, assim entendido o interessado que, sem ser parte no processo, a critério do relator e por este autorizado, apresenta memoriais ou sustentação oral (nos termos do art. 6.º, § 2º da Lei n.º 9.882/99).

A título de ilustração, registre-se que o direito espanhol permite a atuação, no processo do recurso de amparo, como demandado ou como assistente, das pessoas que foram favorecidas pela decisão, ato ou fato em razão do qual se formulou o recurso, ou ainda daquelas que ostentem um interesse legítimo (art. 47 da LOTC).

12. QUÓRUM PARA JULGAMENTO E EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO

O art. 8.º da LADPF dispõe que a decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 2/3 (dois terços) dos Ministros.

Embora a lei silencie, aplica-se o disposto no art. 97 da Constituição Federal, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade exige o voto da maioria dos Membros da Corte (no caso, seis Ministros).

⁶² ADI 575 AgR/PI, Pleno, vu, relator Min. Celso de Mello, DJU 01/07/1994. Veja-se, também, ADI 748 AgR/RS, vu, relator Min. Celso de Mello, DJU 18/11/1994 e ADI 1286 AgR/SP, vu, relator Min. Ilmar Galvão, DJU 06/10/1995.

Os efeitos da decisão de mérito proferida na ADPF são os apresentados a seguir.

12.1 EFEITO *ERGA OMNES*

Segundo esse efeito, a decisão é válida e oponível a todos e não apenas àqueles que figuram como partes no processo.

Como diz Mandelli Junior⁶³:

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

Compartilha-se o entendimento de que somente o dispositivo da decisão tem eficácia *erga omnes*, vez que inexistente previsão legal de que também os fundamentos terão esse efeito.

12.2 EFEITO VINCULANTE AOS ÓRGÃOS DO PODER PÚBLICO

Inicialmente, é de se registrar que há controvérsias na doutrina a respeito da possibilidade de lei estabelecer efeito vinculante.

Celso Ribeiro Bastos⁶⁴ posiciona-se favoravelmente nos seguintes termos:

“Nesse passo, temos que é possível à lei estabelecer o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, senão pela semelhança (controle concentrado) com a ação declaratória de constitucionalidade, pela cir-

⁶³Arguição de descumprimento de preceito fundamental; instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição, p. 172

⁶⁴Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 76-84

cunståncia de que à lei é dado disciplinar a força das decisões judiciais, especialmente aquela decorrente da arguição, já que nesta hipótese a lei [leia-se Constituição] remete diretamente à vontade da lei.”(a ressalva é nossa)

Já Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁵ entende faltar ao legislador ordinário legitimidade para instituir referido efeito. Menciona que só o legislador constituinte poderia conferir força vinculante às decisões judiciais, como o fez com relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Aliás, o constituinte alemão procedeu dessa forma. A força vinculante do recurso constitucional germânico, prevista no § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal, tem por alicerce o art. 94.2 da Constituição Federal, que prevê expressamente que lei federal determinará em quais casos as decisões do Tribunal Constitucional Federal terão força de lei.⁶⁶

Ponderando, tem-se que o segundo autor está com a razão, haja vista que o advento de lei que imponha a força vinculante viola a garantia de inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, inciso XXXV. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Não se vê na dicção do art. 102, § 1º da Constituição Federal, alcance a permitir a instituição de força vinculante, mas apenas para o disciplinamento do processo para julgamento de descumprimento de preceito fundamental.

Observa-se, porém, que a medida poderá ser imposta por emenda constitucional, não ocorrendo, na hipótese, violação a cláusula pétrea, pois emenda que imponha força vinculante restringe, mas não tende a abolir direito e a garantia fundamental de acesso à jurisdição (CF, art. 60, §4º, inciso IV)⁶⁷.

⁶⁵ Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, p. 150-171.

⁶⁶ Interessante mencionar que o mesmo § 79 prevê revisão de julgados penais transitados em julgado que tenham tido por fundamentado leis declaradas inconstitucionais pela Corte ou interpretação de norma que foi declarada, pelo Tribunal Constitucional Federal, incompatível com a Lei Fundamental. Não se admite o mesmo para processos cíveis, permanecendo intactas as decisões, ficando, porém, vedadas as execuções dos julgados ainda não levados a termo. A Lei Fundamental exclui também, na hipótese, pretensões fundadas em enriquecimento sem causa.

⁶⁷ Como, aliás, já decidiu o STF no julgamento da ADI 2024-2/DF (MC), pleno, vu, relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/12/2000. Em seu voto, asseverou o relator que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”

Por outro lado, ainda que admitido, nos termos da Lei n.º 9.882/99, o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo, pois este não pode ser coarcado em sua liberdade legislativa, que é a manifestação básica da vontade popular. Tanto é assim que o constituinte não o incluiu quando previu o efeito vinculante para as decisões de mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade, tendo, ali, referido apenas aos órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º, da Constituição Federal).

Não alcança o fundamento das decisões, pois a lei não dispôs nesse sentido. Pelo contrário, quando disse sobre a necessidade de publicação para fins de eficácia contra todos e efeito vinculante, limitou a necessidade de publicação ao dispositivo (art. 10, § 2º, da Lei n.º 9.882/99). Naturalmente, só se pode pretender vinculativo o que é publicado para conhecimento de todos.

12.3 EFEITO *EX TUNC* OU *EX NUNC*

Embora ordinariamente a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito desde o nascer do ato impugnado (efeito desde então – *ex tunc*), na ADPF o Tribunal pode decidir por aplicação de efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão (a partir de agora, ou *ex nunc*), ou pode, ainda, deliberar para que os efeitos só iniciem em outro termo.

Jorge Miranda observa que o objetivo de disposições como essa é conceder meios para que a Corte, podendo fixar a data a partir da qual surtirá efeito a declaração de inconstitucionalidade, não deixe de declará-la em virtude dos danos que poderiam advir em decorrência dos efeitos já produzidos pelo ato impugnado.⁶⁸

A seu turno, Ives Gandra da Silva Martins sustenta a impossibilidade da medida, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade significa o reconhecimento da nulidade do ato impugnado, vale dizer, considerando Kelsen, que o ato, por não estar em conformidade com a norma fundamental, é um não-ato.⁶⁹ É um ato inexistente, e, sendo inexistente, não pode produzir efeitos no mundo jurídico.

⁶⁸ Manual de Direito Constitucional, t. II, p. 500/501

⁶⁹ Descumprimento de preceito fundamental: eficácia das decisões, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99, p. 172-179.

Constata-se que o termo deve situar-se entre a edição do ato impugnado e o trânsito em julgado, pois fora desses limites o ato normativo é inexistente - e o Supremo Tribunal não pode determinar a aplicação de ato normativo inexistente, sob risco de incorrer em inconstitucionalidade.

Como já afirmado, essa disposição legal evidencia e amplia o caráter político dos julgamentos no STF, por se tratar de verdadeiro poder discricionário a ser exercido conforme juízos de conveniência e oportunidade conferidos à Corte.

Exige *quorum* de 2/3 (dois terços) de seus membros.

Apreciando a questão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2231, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a LADPF, o Relator Ministro Néri da Silveira votou no sentido de que, “cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões”.⁷⁰

12.4 EFEITO REPRISTINATÓRIO

É sabido que uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, é reconhecida sua nulidade e ela é extirpada do mundo jurídico. O efeito repristinatório é a volta de eficácia à norma que antes regia a matéria, que vigia antes da entrada em vigor da lei declarada inconstitucional.

CLÉMERSON CLÈVE⁷¹ distingue efeito repristinatório de repristinação, nos seguintes termos:

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

⁷⁰ Informativo do STF n. 253, disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 16/03/2004.

⁷¹ A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 250.

No campo jurisprudencial, o Min. Celso de Mello, em voto proferido no julgamento da ADIn n.º 2574/AP⁷², observa que não é novo no direito pátrio o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* e a suspensão de eficácia de ato inconstitucional importam em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. Aponta que já no regime constitucional anterior a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha reconhecendo a existência de efeitos repristinatórios nas decisões que declaram a inconstitucionalidade ou deferem medida cautelar de suspensão de eficácia dos atos estatais questionados em ação direta. Como ocorreu, por exemplo, no julgamento da Representação n.º 1.077/RJ, proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado do Rio de Janeiro, impugnando lei de custas judiciárias⁷³, e na Representação n.º 1.356/AL, proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado de Alagoas, em que se pleiteou a revogação de Medida Cautelar antes concedida, até o julgamento do mérito, sob a alegação da ocorrência de vazio legislativo, tendo o julgamento desta última assentado que “a suspensão liminar da eficácia da lei torna aplicável a legislação anterior acaso existente, e não impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo.”⁷⁴

13. SUSPENSÃO DO ANDAMENTO DE PROCESSOS OU DE EFEITOS DE DECISÕES JUDICIAIS

A Lei da argüição prevê a suspensão do andamento de processos ou de efeito de decisões judiciais no § 3.º do art. 5.º, que dispõe da seguinte forma:

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

⁷² ADI 2574/AP, Pleno, vu, relator Min. Carlos Velloso, DJU 29/08/2003. No mesmo sentido, ADI 2215/PE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 26/04/2001.

⁷³ Representação n.º 1.077/RJ, Pleno, vu, relator Min. Moreira Alves, j. 26/02/1981, RTJ 101/499, 503.

⁷⁴ Representação n.º 1.356/AL, Pleno, vu, relator Min. Francisco Rezek, j. 23/10/1986, RTJ 120/64.

É forçoso reconhecer-se que não há eiva de inconstitucionalidade em referido dispositivo, eis que, ressalvado o respeito à coisa julgada e considerando-se que são próprios dessa ação os efeitos *erga omnes* das decisões nela proferidas, tem-se que é salutar a possibilidade de se suspender o andamento de processo ou o efeito de decisões judiciais que seriam alcançados pela decisão de mérito. Como a suspensão é decorrente de decisão judicial proferida em ação judicial, não há falar-se de supressão da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito.

É medida que visa garantir uma atuação institucional uniforme do Judiciário no que diz respeito à apreciação de constitucionalidade, prestigiando-se o órgão que, por mando do constituinte originário, tem a primazia - embora não a exclusividade - de dizer sobre a conformidade de lei ou ato normativo com a Norma Fundamental.

Também não se pode vislumbrar na hipótese violação ao princípio do juiz natural, pois a causa continuará a ser julgada pelo juízo originário, sendo remetida ao STF apenas a apreciação da questão de constitucionalidade, após cuja solução o processo retoma o seu curso. Além disso, não há ofensa ao juízo natural quando a lei aplicada é anterior ao caso, sendo suficiente, portanto, que não se aplique a Lei n.º 9.882/99 aos processos que lhe são anteriores.

Como já mencionado, o voto do relator no julgamento do pedido de liminar na ADIn MC 2231/DF⁷⁵ foi no sentido de suspender a eficácia do § 3º do art. 5.º da Lei n.º 9.882/99, por estar relacionado com a - entendida inconstitucional no voto - arguição incidental em processos em concreto.

14. RESTRIÇÃO DE EFEITOS OU FIXAÇÃO DE TERMO PARA A EFICÁCIA DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

O art. 11 da Lei n.º 9.882/99 possibilita ao STF a restrição de efeitos ou a fixação de termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade. Diz o seguinte:

“Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepci-

⁷⁵ O julgamento foi suspenso após o voto do relator e ainda continua nesse estágio, em virtude de pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence.

onal interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Comentando o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, de igual teor, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que são exigidos dois requisitos para que o Supremo Tribunal Federal manipule os efeitos das decisões proferidas: um formal e um material.⁷⁶

O formal diz respeito à exigência de aprovação por 2/3 (dois terços) dos ministros. O material refere-se à existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Verifica-se que o requisito material é de natureza explicitamente subjetiva e política, razão pela qual o citado autor critica acidamente a inovação legislativa. No seu entender, o caráter político das decisões do Supremo Tribunal Federal foi acentuado além da medida, a ponto de considerar que a Corte se transformou na 3ª Câmara do Legislativo.

Aponta, além disso, que a decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade deixa de ter natureza declaratória e passa a ter natureza constitutivo-negativa.

Isso porque ela deixaria de limitar-se a reconhecer inconstitucionalidade existente *ab initio*, desde o momento da entrada da norma no ordenamento jurídico, passando a ter como principal característica o poder de desconstituir a lei a partir de momento determinado.

Nesse ponto, discorda-se do autor, por entender que a decisão tem natureza dúplice, pois ao mesmo tempo em que é declaratória da inconstitucionalidade será, a um só tempo, em se valendo a Corte da faculdade do art. 11, desconstitutiva do ato normativo impugnado.

É forçoso reconhecer que a natureza desconstitutiva refere-se à validade da lei, e não à inconstitucionalidade, de forma que o Tribunal não estaria declarando que a constitucionalidade perduraria até determinado momento.

Edilson Pereira Nobre Júnior anota que a restrição de efeitos ou a fixação de termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade em controle

⁷⁶ O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999), Revista de Direito Administrativo, n. 220, p. 1-17.

concentrado não é novidade no Brasil e no estrangeiro.⁷⁷ Nesta pátria, há precedentes em vários julgados do Supremo Tribunal Federal, inclusive anteriores à Constituição de 1988. No exterior, além da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a possibilidade é positivada na Constituição austríaca (art. 140.3) e na Constituição portuguesa (art. 282, n.º 4.º), estabelecendo esta última, como requisito, que exijam a medida a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado.

Perceba-se que não se trata de hipótese de inconstitucionalidade superveniente, isto é, aquela segundo a qual uma norma originariamente constitucional deixaria de sê-lo em virtude de modificação da Constituição por emenda constitucional.

Como dito antes, tem-se que o disposto no art. 11 deve ser interpretado no limite da constitucionalidade, ou seja, interpretado conforme o sentido de que o limite temporal deve situar-se entre a promulgação do ato normativo e o trânsito em julgado da decisão que declarou a inconstitucionalidade. Pois, fora destes limites, não se poderia aplicar norma que foi reconhecida nula e, portanto, inexistente.

Além disso, deduz-se que ao restringir os efeitos da decisão a Corte não poderá fazer distinção entre as pessoas por ela alcançadas, sob pena de violação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Por outro lado, esse artigo de lei introduz no ordenamento jurídico um mecanismo que poderá gerar inconstitucionalidades intencionais, sendo um perigoso instrumento para a estabilidade das relações jurídicas. Gera fundado receio de que o legislador, burlando a Carta Maior, edite normas sabidamente inconstitucionais com o intento premeditado de obter vantagens indevidas decorrentes da fixação, pelo STF, de data posterior para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

Ainda que fosse a única, essa possibilidade de fraude à Constituição, por si, é razão suficiente para que o STF limite-se a aplicar o art. 11 com a excepcionalidade estrita que é própria da situação nele tratada.

15. A ADIn 2.231/DF

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADIn n.º 2.231/DF contra toda a Lei n.º 9.882/99, e, em especial, contra seus dispo-

⁷⁷ Op.cit., p.118/119.

sitivos constantes do parágrafo único, inciso I, do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, *caput* e § 3º e do art. 11.

A primeira imputação diz respeito à possibilidade de cabimento da argüição “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Entende-se, como antes já consignado, que referida hipótese não comporta inconstitucionalidade, desde que feita interpretação conforme a Constituição no sentido de que o relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, deve referir-se exclusivamente a preceito fundamental. Assim, não é em qualquer hipótese que o STF analisará, nessa via concentrada, a constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal. Dessa forma, não há que se falar em ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal por lei ordinária e, portanto, em inconstitucionalidade.

O voto do relator Min. Néri da Silveira foi no sentido de dar ao parágrafo único do art. 1º interpretação conforme a Constituição para não permitir a propositura de argüição incidental em processos em curso, pois entendeu que a argüição incidental não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas apenas por emenda constitucional⁷⁸. Votou, também, para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, referente a suspensão de andamento de processos e de efeito de decisões, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto.

Com relação à impugnação do art. 11, o ministro votou pelo indeferimento da liminar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões.

O relator posicionou-se pelo indeferimento da liminar com relação à impugnação do art. 10, § 3º (efeito vinculante), por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da argüição. Após a apresentação do voto, o julgamento foi – e continua – suspenso em virtude de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁷⁸ Informativo do STF n. 253, disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 16/03/2004.

De outra feita, o entendimento segundo o qual não seria aferível o controle de constitucionalidade de atos e leis anteriores à Constituição é construção jurisprudencial, não havendo obstáculo expresso no Texto Magno, de forma que a lei, nesse tópico, também não atenta contra a Carta Magna.

O controle abstrato de constitucionalidade do direito anterior à Constituição é admissível na Alemanha, em Portugal, na Itália e na Espanha.

Realmente, ao prever o controle de constitucionalidade, o art. 100 da Constituição Federal Alemã não distingue atos normativos que lhe sejam anteriores. Não fazendo distinção, por consequência, a Lei sobre o Tribunal Constitucional ao dispor sobre o controle abstrato de normas (§ 76), sobre juízo de admissibilidade no controle concreto (§§ 80 e 81a) e sobre o recurso constitucional (§§ 90 e seguintes), salvo para explicitar que o prazo para propositura de recurso constitucional contra lei que entrou em vigor antes de 1º de abril de 1951 findaria em 1º de abril de 1952 (§ 93.4).⁷⁹

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol também não diferencia as leis anteriores à Constituição. Exige apenas que o recurso de amparo seja interposto no prazo de 20 (vinte) dias da violação do direito fundamental, e após o esgotamento de eventuais vias ordinárias de impugnação (art. 44 da LOTC).

Na Itália, a admissão de controle constitucional de normas anteriores à Constituição foi decidida pela própria Corte Constitucional, que apreciou a questão na *Sentenza 01/1956*.

Em Portugal, a questão resolveu-se com previsão expressa no art. 282, n.º 2.º, da Constituição, que admitiu a inconstitucionalidade por norma constitucional posterior, vigendo os efeitos da inconstitucionalidade desde a entrada em vigor desta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como síntese do exposto, pode-se concluir o seguinte:

1. a arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional de competência exclusiva do STF, que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, assim como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre

⁷⁹ Cf. Luís Afonso Heck (trad.), Lei sobre o Tribunal Constitucional federal alemão, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 231-262.

lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

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

3. não há inconstitucionalidade na ampliação antes referida, pois o art. 1.º, parágrafo único, inciso I, merece interpretação conforme a Constituição, no sentido de que o relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, deve referir-se exclusivamente a preceito fundamental. Entendimento diverso conduziria ao reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei n.º 9.882/99, vez que estaria a ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, o que não é permitido ao legislador ordinário, mas só ao legislador constituinte.

4. não andou bem o legislador ao vetar a legitimidade popular para a propositura da argüição. Desvirtuou-a da natureza que se lhe concebia, similar ao recurso constitucional alemão e ao recurso de amparo espanhol. Os contornos que deu evidenciam que a argüição foi aproveitada para ampliar os limites do controle direto de constitucionalidade e para instituir medida possibilitadora de avocação para o Supremo Tribunal de questões de interesse do Poder Executivo.

5. a Lei n.º 9.882/99 incorre em inconstitucionalidade ao prever efeito vinculante para as decisões proferidas na argüição, pois viola a garantia da inafastabilidade da jurisdição insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Porém, essa medida poderá ser estabelecida por emenda constitucional, não ocorrendo, na hipótese, violação a cláusula pétrea, pois emenda que imponha força vinculante, embora restrinja, não tende a abolir direito e a garantia fundamental de acesso à jurisdição (CF, art. 60, §4º, inciso IV). Ainda que admitido, o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo, pois este não pode ser coarctado em sua liberdade legislativa, assim como, nos termos legislados, não alcança o fundamento das decisões.

6. a apreciação da ADPF exige juízo prévio de relevância, medida salutar que possibilita filtragem dos processos a serem analisados pelo STF, restringindo sua atuação aos casos de importante interesse público. Não há inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, inciso XXXV), pois a verificação de relevância constitui, já em si, uma fase da apreciação judicial e porque é lícito ao legislador estabelecer requisitos processuais para o conhecimento das ações.

7. o art. 11 da Lei n.º 9.882/99 possibilita ao STF a restrição de efeitos ou a fixação de termo para a eficácia das declarações de inconstitucionalidade. Essa disposição legal evidencia e amplia o caráter político dos julgamentos no STF, por se tratar de verdadeiro poder discricionário a ser exercido conforme juízos de conveniência e oportunidade conferidos à Corte. Exige *quorum* de 2/3 (dois terços) de seus membros. Sua constitucionalidade exige interpretação conforme a Constituição no sentido de que o termo deve situar-se entre a edição do ato impugnado e o trânsito em julgado, pois fora desses limites o ato normativo é inexistente. Além disso, ao restringir os efeitos da decisão a Corte não poderá fazer distinção entre pessoas, em respeito ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

8. Em resumo, pode-se afirmar que a Lei n.º 9.882/99 incorre nas inconstitucionalidades totais ou parciais (a exigir interpretação conforme a Constituição) acima apontadas. Verifica-se que o legislador, de forma oportunista, valeu-se da previsão constitucional da arguição, regulamentando a ação de forma a atender a conveniências do governo no combate à chamada “guerra das liminares”, em detrimento da cidadania, que perdeu a oportunidade de criação de um instrumento que lhe permitisse o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal contra atos que descumprissem preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

- CARNOTA, Walter F. Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos argentino y español. *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, nº 9, jul./dez. 2003. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard2.htm>. Acesso em 16/02/04.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 783, p. 115-134, janeiro de 2001.

- DANTAS, Ivo. *Constituição & processo : introdução ao direito processual constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, v. 2, 2003.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, FERNANDES, Rodrigo Pieroni. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 363, p. 121/139, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 220, pág. 1-17, abr./jun. 2000.
- GÓMEZ MONTORO, Angel J. El interés legítimo para recurrir em amparo - La experiencia del tribunal constitucional español. *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, nº 9, jul./dez. 2003. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/9/ard/ard2.htm>. Acesso em 16/02/04.
- HECK, Luís Afonso(trad.). Lei sobre o Tribunal Constitucional federal alemão. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. [s.l.]:[s.e.], nº 1, p. 231-262, jan./jun. 2003.
- _____. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 124, p. 115-133, outubro/dezembro 1994.
- MAUÉS, Antonio G. Moreira; COLARES, Patrick Menezes. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988. *Justiça Constitucional en Iberoamérica*. Disponível em <http://www.uc3m.es/uc3m/ins/MGP/JCI/05-10-foro-descumprimento>. Acesso em 17/02/2004.
- MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de*

preceito fundamental : instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. El recurso de amparo constitucional - Consideraciones generales. *Revista Internauta de Prática Jurídica*, Valência, nº 8, jul./dez. 2001. Disponível em <http://www.uv.es/~ripj/8vic.htm>. Acesso em 16/02/2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, nº 13, v. 2, jun. 2000. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_50/index.htm. Acesso em 16/04/2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3ª ed.(reimpr.), Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*, 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

PÉREZ TREMP, Pablo. Tribunal constitucional, juez ordinario e uma deuda pendiente de el legislador. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. [s.l.]:[s.e.], nº 1, p. 127-146, jan./jun. 2003

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

REIS, Palhares Moreira. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Boletim de Direito Administrativo*. [s.l.]: Editora NDJ, nº 6, p. 466-471, junho 2003.

- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n° 224, p. 95-116, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 3, junho, 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 16/02/2004.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio: Forense, 1966.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). *A argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- VELLOSO, Carlos Mário. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n.º 24, p. 1849-1853, fev. 2003.

