

## DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF

**Márcia Vogel Vidal de Oliveira**

Juíza Federal. Bacharel em Direito pela UFRGS.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos Aspectos Legais e Doutrinários a Respeito da ADPF. 2.1 Do controle de constitucionalidade no Brasil. 2.2 Da competência para julgamento da ADPF. 2.3. Da legitimidade ativa para propor a ADPF. 2.4. Do procedimento e julgamento da ADPF. 3. Da Jurisprudência Envolvendo a ADPF. 3.1. Do conceito de preceito fundamental. 3.2. Do princípio da subsidiariedade. 3.3. Das hipóteses de cabimento da ADPF. 4. Considerações Finais. Referências.

### 1. Introdução

No presente trabalho, vai se tratar sobre o instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, previsto originalmente no parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal, sendo depois transformado, com a Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, no §1º do mesmo artigo da Lei Fundamental. Eis a redação do dispositivo:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [...]*

A ADPF tem sua previsão desde 1988, porém, como podemos vislumbrar, a norma constitucional que a institui tem baixa densidade normativa ou, conforme a classificação de José Afonso da Silva, trata-se de norma de eficácia limitada a depender de providências legislativas para poder surtir seus efeitos essenciais<sup>1</sup>.

A ADPF é um remédio constitucional sem precedentes no mundo. Porém, de início, o instituto foi relacionado ao recurso constitucional alemão – *Verfassungsbeschwerde*, conforme relata o Juiz Gilberto Schäfer:

<sup>1</sup> SILVA, 2000, p.122.

*Logo após a Constituição de 1988 José Afonso da Silva relacionava o instituto com o recurso constitucional alemão (Verfassungsbeschwerde). Sobre essa relação Clèmerson Clève faz a seguinte observação: ‘ o Verfassungsbeschwerde não pode, porém, sem mais, ser transplantado para o Brasil. A imensa maioria dos recursos constitucionais propostos, perante a Corte Constitucional alemã, impugna decisões judiciais. Ora, no Brasil, o recurso extraordinário serve para a mesma finalidade. De modo que, entre nós, a lei haveria de conferir à argüição uma funcionalidade muito menor que a alcançada pelo recurso constitucional alemão’.<sup>2</sup>*

A regulamentação da ADPF somente veio a ocorrer pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que acabou espancando quaisquer dúvidas sobre sua natureza de ação direta e sobre seu espectro maior de atuação. Saliente-se, todavia, que existem elementos da ADPF que se confundem com o recurso constitucional alemão, como se verá no curso desse trabalho.

É preciso mencionar, ainda, que, no período de 1988 a 1999, não houve nenhum interesse pelo instituto. Com a regulamentação da ADPF pela Lei nº.9.882/99, é que se criaram os meios adequados para utilização do novo mecanismo de controle de constitucionalidade, despertando a curiosidade dos operadores do direito. Com a elaboração desse trabalho, espera-se contribuir para a recente discussão sobre o assunto, tendo em vista que se trata de instituto que ainda precisa ser delimitado, sendo aqui apresentados alguns aspectos do instituto que se entendem relevantes.

Há muita discussão doutrinária sobre o tema. Contudo, a jurisprudência relativa à ADPF é relativamente escassa, não estando ainda clara a utilidade do instituto. Desse modo, o presente trabalho ganha importância como mais um ingrediente a ser inserido na análise que já vem sendo feita pela doutrina.

Some-se a esse quadro de insegurança quanto aos limites do instituto o fato de estar sendo questionada a constitucionalidade da Lei nº. 9.882/99, por meio da ADIn nº 2.231/DF, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em junho de 2000. O feito encontra-se concluso com o Min. Sepúlveda Pertence desde 02 de agosto de 2004,

---

<sup>2</sup> SCHÄFER, 2001, p. 201.

tendo sido iniciado o exame da medida liminar<sup>3</sup>. Porém, a decisão ainda está pendente em decorrência do pedido de vista, não tendo havido, nem mesmo, a devida publicação.

Essa situação de incerteza também pode ser comprovada pelo fato de que, em um primeiro momento, na ADPF n.º 14/DF<sup>4</sup>, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, em razão do questionamento relativo à constitucionalidade da Lei n.º 9.882/99, essas ações deveriam ficar suspensas até o julgamento da ADIn n.º 2.231/DF. Todavia, este posicionamento já foi alterado<sup>5</sup>.

Por fim, para o desenvolvimento do trabalho, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa doutrinária, no exame dos textos constitucionais e legais e de alguns precedentes jurisprudenciais. No Capítulo I, serão examinadas questões mais facilmente visualizadas por meio de aspectos legais do instituto, enquanto o Capítulo II apresentará peculiaridades relativas à ADPF, tendo por base conceitos surgidos na jurisprudência nacional.

<sup>3</sup> *ADIn 2.231-8/DF (Relator Min. Néri da Silveira, DJ 17-12-01)* – DECISÃO: Depois do voto do senhor Ministro Néri da Silveira, Relator, deferindo, em parte, a medida liminar, com relação ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, para excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como deferindo, na totalidade, a liminar, para suspender o § 3º do artigo 5º da mesma lei, sendo em ambos os casos o deferimento com eficácia *ex nunc* e até final julgamento da ação direta, pediu vista o senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os senhores Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, Presidente. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Gilmar Ferreira Mendes. Presidiu o julgamento o senhor Ministro Moreira Alves. Plenário, 05.12.2001.

<sup>4</sup> *ADPF 14/DF (Relatora Substituta Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, DJ 08-11-01)* - Observo que o decreto impugnado foi objeto da ADI n.º 2387, tendo o Plenário desta Corte, na sessão de 21.02.01, deixado de conhecer da ação sob o fundamento de que o decreto atacado não se reveste de autonomia, sendo insuscetível, assim, de impugnação por meio de ação direta. Realço, também, que a constitucionalidade da Lei n.º 9882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º da CF), está sendo discutida nos autos da ADI n.º 2231. Por este motivo, o Plenário desta Corte, na sessão de 10.10.01, suspendeu o julgamento da ADPF n.º 18, Rel. o Min. Néri da Silveira. Diante do exposto, suspendo o processamento desta arguição, até solução da ADI n.º 2231 (Relatora Min. Ellen Gracie Northfleet).

<sup>5</sup> *ADPF 33-5/PA (Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 06-08-04)* – Voto: [...] Por fim, vale registrar que o fato de ainda estar pendente de julgamento a medida cautelar na ADI n.º 2231-8/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a íntegra da Lei n.º 9.882/99, não prejudica a análise do presente feito, pois muito embora já tenha sido proclamado o voto do Min. Néri da Silveira, no sentido de se deferir em parte a medida cautelar com relação ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 9.882/99, para excluir de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como deferindo a liminar para suspender o §3º do artigo 5º da mesma lei, com eficácia *ex nunc* e até julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade, o julgamento está suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence. Vê-se, assim, que a Lei n.º 9.882/99 está integralmente em vigor, não havendo óbice à continuidade do julgamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental ajuizadas. [...]"

## 2. Dos Aspectos Legais e Doutrinários a Respeito da ADPF

### 2.1 Do controle de constitucionalidade no Brasil

O Brasil possui um sistema de controle de constitucionalidade bastante complexo, tendo em vista que é misto. O doutrinador José Afonso da Silva afirma que:

*[...] o fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores<sup>6</sup>.*

Primeiramente, cabe mencionar que, apesar de não muito comentado, existe o controle preventivo de constitucionalidade que é realizado antes do ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Com este tipo de controle, evita-se que uma norma inconstitucional passe a ter vigência.

Em nosso país, o controle preventivo é efetuado pelos Poderes Executivo e Legislativo. Alexandre de Moraes<sup>7</sup> bem aponta que em nosso ordenamento há, pelo menos, dois casos de controle preventivo que são:

- a) a análise efetuada pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional ou pelo Plenário do Poder Legislativo sobre a compatibilidade do projeto de lei ou de emenda constitucional frente ao texto constitucional;
- b) e o veto jurídico ao projeto, diverso do veto por contrariedade ao interesse público, em razão do entendimento do Presidente da República de que o projeto de lei aprovado não está de acordo com os ditames constitucionais (artigos 66, §1<sup>o</sup> da Constituição).

<sup>6</sup> SILVA, 2005b, p. 47.

<sup>7</sup> MORAES, 2001, p. 562-563.

<sup>8</sup> “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1<sup>o</sup> - **Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente**, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...]” – grifo nosso.

Saliente-se, inclusive, a título de curiosidade, que o inciso II do parágrafo único do artigo 1º, o § 4º dos artigos 5º e 9º da Lei nº. 9.882/99, que deu molde à ADPF, foram objeto de veto por inconstitucionalidade.

O controle repressivo de constitucionalidade, mais usual, é efetuado em momento posterior à publicação da lei ou ato normativo, de regra pelo Poder Judiciário. O doutrinador Alexandre de Moraes<sup>10</sup> entende que existem dois casos de controle repressivo realizados pelo Poder Legislativo que seriam:

- a) na hipótese do artigo 49, inciso V da Constituição<sup>11</sup>;
- b) no caso de o Congresso Nacional rejeitar medida provisória com base em parecer da comissão pela inconstitucionalidade da norma.

No controle repressivo judicial, há dois sistemas muito distintos, quais sejam:

- a) o controle difuso ou incidental, idealizado com base no modelo da Suprema Corte Americana;
- b) e o controle concentrado ou via de ação, cuja origem se deu na Áustria.

O controle difuso de constitucionalidade é outorgado a todos os juízes, quando o exame dos feitos envolve duas partes sob sua jurisdição. Trata-se de recusa na aplicação de determinada lei dita inconstitucional, no caso concreto, sendo que o objeto do pedido não é a inconstitucionalidade em si, que é mera questão prévia na análise do feito, mas o bem da vida buscado por uma das partes. A eficácia da decisão é *inter partes*, pois a lei continua aplicá-

<sup>9</sup> “Art. 1º [...] Parágrafo único. [...] II - em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal.”

“Art. 5º. [...] § 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente.”

“Art. 9º Julgando procedente a arguição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subsequentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição.”

<sup>10</sup> MORAES, Ob. cit., p. 564.

<sup>11</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...].

vel aos demais casos, podendo apenas ter a suspensão de sua executoriedade pelo Senado<sup>12</sup>.

No controle concentrado, relativo à afronta direta à Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal é o único legitimado para o exame de ações objetivas que buscam a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual em abstrato<sup>13</sup>. A Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros, erigiu a própria Constituição Estadual à condição de parâmetro único e exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais (artigo 125, §2<sup>o</sup><sup>14</sup>). A eventual reprodução, na Constituição do Estado-membro, de princípios ou regras constitucionais federais não impede a argüição imediata perante o Supremo Tribunal da incompatibilidade direta da lei local com a Constituição da República; ao contrário, a propositura aqui da ação direta é que bloqueia o curso simultâneo no Tribunal de Justiça de representação lastreada no desrespeito, pelo mesmo ato normativo, de normas constitucionais locais. Nessa hipótese, tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade da competência do Tribunal de Justiça – lei estadual ou municipal em face da Constituição Estadual – somente a questão de interpretação de norma central da Constituição Federal, de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, é que autoriza também, além da opção do ingresso imediato da ação direta no Supremo Tribunal Federal, a admissão de recurso extraordinário após o julgamento da ação direta pelo Tribunal de Justiça.

<sup>12</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...].

<sup>13</sup> *ADIn n° 409/RS (Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26-04-2002 p. 65)* – Controle abstrato de constitucionalidade de leis locais (CF, art. 125, § 2º): cabimento restrito à fiscalização da validade de leis ou atos normativos locais - sejam estaduais ou municipais -, em face da Constituição estadual: invalidade da disposição constitucional estadual que outorga competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de normas municipais em face também da Constituição Federal: precedentes”. No mesmo sentido: *ADIn n° 347/SP (Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 20-10-2006, p. 48)*; e *ADIn n° 508/MG (Relator Min. Sydney Sanches, DJ 23-05-2003, p.30)*.

<sup>14</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...]

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Na via de ação, não há propriamente partes do processo, mas meros interessados. O pedido é a declaração por parte do Supremo Tribunal Federal sobre a compatibilidade ou não da norma frente à Constituição Federal, e, no caso do reconhecimento da inconstitucionalidade, o efeito da decisão é a retirada da norma do ordenamento jurídico e a eficácia é *erga omnes*.

A Constituição de 1988 ampliou as hipóteses de ações diretas de controle de constitucionalidade, sendo que existem atualmente cinco tipos de ação desta espécie. Há a ação direta interventiva ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República, que, no plano federal, proporciona a intervenção da União no Estado-membro ou no Distrito Federal, quando for infringido algum princípio sensível ou for recusada a execução de lei federal<sup>15</sup>. Existe a ação direta de inconstitucionalidade genérica que tem por objetivo a declaração da inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo federal ou estadual frente à Constituição Federal, ocorrendo a simples retirada da norma do mundo jurídico. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é outra espécie de ação direta em que se verifica a inconstitucionalidade na ausência de medida para tornar efetiva a norma constitucional, sendo dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para aze-lo em trinta dias. Há a ação declaratória de constitucionalidade que, a partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004, passou a ter ampliado o número de legitimados ativos para sua propositura<sup>16</sup>. Sua utilização serve para estancar, de forma imediata, com controvérsia a respeito da constitucionalidade

<sup>15</sup> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...]

III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>16</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

da lei ou ato normativo federal ocorrida em grande número de ações. O último tipo de ação direta é a ADPF que é objeto desse estudo.

Ressalte-se que doutrinadores como Sérgio Ferraz<sup>17</sup> e José Afonso da Silva<sup>18</sup> visualizam apenas quatro hipóteses de ações diretas em suas classificações. Sérgio Ferraz não inclui entre as hipóteses a ação declaratória de constitucionalidade e José Afonso da Silva não faz menção à ADPF.

A ADPF, segundo Celso Ribeiro Bastos, “[...] é medida de *cunho judicial*, que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos e não-normativos, desde que emanados do Poder Público.”<sup>19</sup> A ADPF poderá ser autônoma, quando for verdadeira ação direta, subdividindo-se em preventiva ou repressiva, caso sirva para evitar ou reparar a lesão de preceito fundamental decorrente de ato do poder público.

A ADPF poderá também ser utilizada quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, sendo nessa hipótese um incidente em uma causa em julgamento, cuja questão prejudicial a respeito da compatibilidade com a Constituição será examinada pelo Supremo Tribunal Federal, quando provocado, e o magistrado da causa retomar o curso da ação, suspensa com base no artigo 265, IV, “c”, do

---

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93 e Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

<sup>17</sup> FERRAZ, 1993, p. 205-207.

<sup>18</sup> SILVA, 2005b, p.50-52.

<sup>19</sup> BASTOS, Celso Seixas Ribeiro *apud* TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p. 78.



CPC<sup>20</sup>, após a decisão sobre o ponto prejudicial, a fim de proferir a sentença dentro da nova realidade sobre a questão<sup>21</sup>.

### 2.2 Da competência para julgamento da ADPF

A Constituição Federal de 1988, como já foi mencionado, apresentou uma previsão genérica em seu artigo 102, §1º a respeito da ADPF. Contudo, a competência para a análise e julgamento da ADPF é o único elemento bastante claro na previsão. Cabe ao Supremo Tribunal Federal a sua apreciação, até mesmo por ser o guardião da Lei Fundamental. Ainda, por ser a ADPF uma ação direta de controle de constitucionalidade, somente a este órgão do Judiciário poderia ser atribuída a competência para o seu exame. O artigo 1º da Lei nº. 9.882/99 prevê essa situação<sup>22</sup>.

Ao Ministro relator, compete o indeferimento liminar da petição inicial<sup>23</sup>, quando não for o caso de ADPF, não estiverem presentes todos os requisitos da petição previstos na lei<sup>24</sup> ou for esta inepta, sendo cabível agravo, no prazo de cinco dias, contra esta decisão. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, reconheceu a validade constitucional da norma que atribui ao relator a competência para negar trânsito, em decisão monocrática,

<sup>20</sup> Art. 265. Suspende-se o processo:

[...]

IV - quando a sentença de mérito:

[...]

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente;

<sup>21</sup> DANTAS, 2001, p. 131.

<sup>22</sup> “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. [...]”

<sup>23</sup> Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. [...]

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

<sup>24</sup> Art. 3º A petição inicial deverá conter:

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

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

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

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

a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência e a competência daquele Tribunal, o que inclui também os casos envolvendo os processos do controle concentrado de constitucionalidade em qualquer modalidade<sup>25</sup>. O relator é o responsável pela direção do feito e, por isso, faz o controle prévio dos requisitos formais da ação direta.

O Supremo Tribunal Federal tem competência para deferir, por decisão da maioria absoluta de seus membros, em casos excepcionais, em razão da presunção de constitucionalidade das normas, pedido de medida liminar na ADPF que poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou qualquer outra medida que apresente relação com a matéria da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada<sup>26</sup>. Em casos de extrema urgência, perigo de lesão grave ou durante o período de recesso, pode o Ministro relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Existe a possibilidade da oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, do Advogado-geral da União ou do Procurador-geral da República, no prazo comum de cinco dias, antes da decisão sobre a medida liminar. No caso do Advogado-geral da União, sua oitiva é uma faculdade, e não uma obrigatoriedade.

### 2.3. Da legitimidade ativa para propor a ADPF

Quanto à legitimidade ativa para propor a ADPF, a previsão legal é a que consta no artigo 2º, da Lei nº. 9.882/99:

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

<sup>25</sup> STF: *ADIn nº 2.270/MS (Relator Min. Celso de Mello, DJ 24-02-03); ADIn nº 2.060/RJ (Relator Min. Celso de Mello, DJ 14-04-00), ADIn nº 593/GO (Relator Min. Marco Aurélio Mello); ADPF nº 45 (Relator Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 04-05-04).*

<sup>26</sup> Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

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

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

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

§ 4 - Vetado.

*I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;*

*II – Vetado.*

*§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.*

*§2º Vetado.*

Após a Emenda Constitucional nº. 45/2004, os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, igualmente legitimados para propor a ADPF, são:

- a) o Presidente da República;
- b) a Mesa do Senado Federal;
- c) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- d) a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- e) o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- f) o Procurador-Geral da República;
- g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- h) partido político com representação no Congresso Nacional;
- i) e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Entre os legitimados ativos, há os chamados legitimados especiais<sup>27</sup> que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da ação direta de inconstitucionalidade<sup>28</sup>, aplicável também à ADPF, precisam demonstrar pertinência temática entre o ato impugnado e as funções do órgão ou da entidade, bem como a adequação da causa às finalidades estatutárias, como forma de demonstração do interesse processual para a causa. Estes legitimados especiais são: a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>27</sup> CLÈVE, 2000, p. 165.

<sup>28</sup> STF, *ADIn-MC - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 202/BA*, (Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02-04-1993, pp. 05612); *ADI-MC nº 1590/SP* (Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15-08-1997, pp. 37034); *ADI-QO - Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1526/DF* (Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 21-02-1997, pp. 02823); *ADI-MC nº 2396/MS* (Relatora Min. Ellen Gracie Northfleet, DJ 14-12-2001, pp. 00023).

O inciso II, do artigo 2º do projeto da referida lei foi vetado, porque previa que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia ingressar com ADPF junto ao Supremo. O veto deu-se por contrariedade ao interesse público. Cabe, aqui, a transcrição de parte das razões do veto ao inciso, por reforçar o caráter objetivo da ADPF:

*A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. [...] Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup>.*

O §2º, do artigo 2º que também foi vetado por contrariedade ao interesse público tinha a previsão de representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, processada e julgada na forma do Regime Interno daquela Corte, quando fosse indeferido o pedido de representação efetuado por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público ao Procurador-geral da República. As razões do veto do Presidente Fernando Henrique Cardoso são bastante esclarecedoras:

*Nessa medida, inexistindo direito subjetivo a um acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal ao mesmo tempo em que se asseguram outras e amplas vias para o processo e julgamento das controvérsias constitucionais pertinentes, a admissão de um recurso ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de indeferimento da representação desqualifica o necessário exame de relevância e consistência pelo Procurador-Geral*

<sup>29</sup> Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999.

*da República e cria, em verdade, procedimento adicional e desnecessário a demandar processamento e julgamento específico. Impõe-se, destarte, o veto da disposição por contrariar o interesse público*<sup>30</sup>.

O parágrafo único, do artigo 3º da Lei nº. 9.882/99 dispõe que a petição inicial da ADPF, apresentada em duas vias com cópias do ato questionado e dos documentos necessários para provar a impugnação, será acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso. A expressão “se for o caso” decorre do fato da desnecessidade de apresentação de procuração por parte de alguns legitimados, por exemplo, o Presidente da República, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e o Procurador-geral da República. Deve ser mencionado que Hélio Márcio Campo tem posição mais radical a esse respeito, com a qual não concordamos, quando diz em sua obra que, ao contrário do que ocorre no Tribunal Constitucional Alemão, no Brasil, “tirante a hipótese da arguição ser proposta pelo Procurador-geral da República, todos os legitimados ativos, universais e singulares, deverão ser representados. Quanto ao Procurador-geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação do nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução, não é exigida procuração porque sua representação judicial decorre do fato de ser ocupante de cargo efetivo dos respectivos quadros do Ministério Público Federal.

Relativamente ao Presidente da República e ao Governador do Estado ou do Distrito Federal, não há a exigência de juntada de instrumento de mandato, mesmo quando não tenham formação profissional como advogados, porque se entende que devem vir a juízo, postulando e demandando, aqueles a quem a Constituição Federal atribui, diretamente, a legitimidade para a causa. Não é a pessoa estatal quem deve vir a juízo, mas os legitimados que possuem capacidade processual plena e capacidade postulatória em razão da previsão da norma constitucional, havendo precedentes neste sentido<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Mensagem nº 1.807/99.

<sup>31</sup> STF, ADI-MC nº 127/AL (Relator Min. Celso de Mello, DJ 04-12-92); ADPF-MC – Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA (Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ de 06-08.2004).

#### 2.4. Do procedimento e julgamento da ADPF

Neste ponto, far-se-á um breve resumo a respeito do procedimento e do julgamento da ADPF, levando em conta os aspectos estritamente legais.

Alexandre de Moraes, no livro *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, organizado por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, lembra que:

*A Lei nº 9.882/99 não previu a existência de prazo fatal para o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, afastando-se, portanto, dos modelos austríaco e alemão previstos para o recurso constitucional perante os respectivos Tribunais Constitucionais<sup>32</sup>.*

Quanto ao procedimento, após a apreciação do pedido de liminar, o relator solicitará informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias (artigo 6º, da Lei nº 9.882/99). Verifica-se, de plano, que os legitimados passivos para a causa são as autoridades ou entidades responsáveis pelo ato questionado. No §1º, do artigo 6º, consta que, se entender necessário, o relator poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a ADPF, requisitar informações adicionais, designar peritos para emitirem parecer sobre a questão ou fixar data para declarações, em audiências públicas, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Os interessados no processo poderão requerer sustentação oral e juntada de memoriais, ficando a critério do relator o deferimento ou não de sua realização.

Depois do prazo das informações, o relator lança relatório, com cópia a todos os Ministros, e pede dia para julgamento. O Ministério Público tem sempre vista da ADPF da qual não formulou, pelo prazo de cinco dias, após o decurso do prazo para informações (artigo 7º).

A decisão sobre a ADPF somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros (artigo 8º). Julgada a ação, será providenciada comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. O presidente do Supremo determinará o cumprimento imediato da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de *apud* TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p.20.

Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (artigo 10). O doutrinador Gilmar Ferreira Mendes esclarece que o efeito vinculante abrange os “fundamentos determinantes da decisão”<sup>33</sup>, ou seja, a coisa julgada abrange a motivação do decisório. Existe controvérsia na doutrina a respeito da constitucionalidade do efeito vinculante previsto na Lei nº. 9.882/99, tendo em vista que não há previsão neste sentido no artigo. 102, §1º da Constituição. Teori Albino Zavascki tinha importante lição a respeito do efeito vinculante, ainda na época em que a Emenda Constitucional nº. 45/2004 não havia alterado o §2º do artigo 102 da Constituição, para expressamente prever o efeito vinculante para as ações diretas de inconstitucionalidade<sup>34</sup>, e que atualmente serve para o caso da ADPF:

*[...] o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor seu cumprimento. [...]*

*Por não haver disposição expressa no mesmo sentido a respeito da ação direta de inconstitucionalidade, questionava-se a existência do efeito vinculante das decisões nela proferidas. A dúvida não procedia. A falta de menção explícita de modo algum representa empecilho ao reconhecimento do referido efeito. Também a ‘eficácia contra todos’, prevista no §2º do art. 102 da Constituição para as decisões de mérito nas ações declaratórias, não recebeu explicitação alguma do constituinte quando tratou da ação direta de inconstitucionalidade, e nem por isso se lhe nega tal eficácia. Da mesma forma, a medida cautelar, apesar de prevista textualmente apenas para a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, p), mes-*

<sup>33</sup> MENDES, 2006b, p. 371.

<sup>34</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

*mo assim foi reconhecida cabível também nas ações declaratórias de constitucionalidade.*

*Na verdade, o argumento a contrario sensu não deve, neste caso, sobrepujar o resultado interpretativo imposto pelo exame sistemático. O efeito vinculante, que representa, em essência, a imposição obrigatória do cumprimento da decisão, constitui, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, decorrência natural do sistema de controle de constitucionalidade. [...]»<sup>35</sup>.*

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em ADPF é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória (artigo 12). Assim como nos demais casos envolvendo ações do controle concentrado de constitucionalidade, é cabível a interposição de embargos de declaração, uma vez que, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal poderá, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (artigo 11). O autor português Jorge Miranda tem a seguinte análise a respeito da possibilidade, em seu país, de se restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de sua eficácia temporal:

*[...] destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade. Todavia, encerra o risco de uma aproximação da atitude própria do legislador, ou mesmo de uma confusão entre o juízo jurídico e o juízo político»<sup>36</sup>.*

Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma de seu Regimento Interno (artigo 13).

<sup>35</sup> ZAVASCKI, 2001, p. 52-53.

<sup>36</sup> MIRANDA, 1988, p. 389.



A reclamação tem por objetivo garantir a autoridade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Hélio Márcio Campo afirma que “[...] a reclamação tem notório efeito político, e a ela não se aplica a subsidiariedade exigida para a arguição, podendo, portanto, ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal mesmo que exista outro recurso cabível ou ação rescisória”<sup>37</sup>.

### 3. Da Jurisprudência Envolvendo a ADPF

#### 3.1. Do conceito de preceito fundamental

O recurso constitucional alemão é destinado à defesa dos direitos fundamentais; enquanto a ADPF é destinada a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, caberá ADPF sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Porém, o que seria preceito fundamental?

Como já mencionado, a disposição constitucional relativa à ADPF não possui suficiente densidade normativa, sendo que a Lei nº. 9.882/99 apresentou o procedimento para o instituto. Todavia, a lei não disciplinou, da mesma forma, o conceito de preceito fundamental. Aliás, creio que um rol de preceitos fundamentais na legislação nem seria adequado, em função da riqueza da vida. Desse modo, o conceito de preceito fundamental decorrerá da base doutrinária ofertada e, principalmente, do conceito acolhido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por fim.

Os doutrinadores, ao examinarem a questão sobre o conceito da expressão “preceito fundamental”, de regra, têm entendido que preceito engloba tanto princípios como regras e que, mesmo as normas constitucionais possuam mesma hierarquia, o termo fundamental afasta o cabimento da ADPF relativamente a algumas normas constitucionais. Nesse sentido, expõe André Ramos Tavares:

*Adota-se, comumente, uma categoria geral, um gênero, que são as normas; e suas espécies, as regras e os princípios. Estas duas últimas, pois, são elementos que compõem o conjunto maior denominado normas.*

*Isso significa que os princípios são normas fundamentais do sistema. Contudo, certos princípios são mais expressivos e mais relevantes para o Direito, do que outros, específicos de*

<sup>37</sup> CAMPO, 2001, p.66.

*determinados setores. Daí falar-se em princípios fundamentais, princípios políticos fundamentais, princípios da Administração Pública, princípios previdenciários, do processo e outros tantos.*

[...]

*Nos quadrantes do Direito a noção de preceito ancora-se na idéia de ‘ordem’, ‘mandamento’, ‘comando’, identificando-se, uma vez mais, com o conteúdo que se encontra tanto em regras com em princípios. Assim, torna-se sinônimo de ‘norma’, no sentido empregado acima, designativo das regras e dos princípios jurídicos.*

[...] *Se a Constituição pretende exatamente manter o respeito a sua hierarquia e rigidez por meio da criação de mecanismos como este da argüição de descumprimento, seria imperfeito pretender que se criaria tal mecanismo específico para a defesa de apenas um dos segmentos apontados (ou só regras ou só princípios), quando a própria expressão utilizada comporta o conjunto de ambos os segmentos: in toto et pars continentur.*

[...]

*É preciso afastar, de imediato, a possibilidade de que ‘preceito fundamental’ seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental. Se, teoricamente, essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quando ao vigente sistema constitucional, por motivos que atendem à lógica. Se a Constituição denomina determinada categoria de ‘preceitos fundamentais’, não se poderia pretender que fossem todos os preceitos (constitucionais). Apenas parcela deles deverá diferenciar-se dos demais preceitos constitucionais, parcela esta aglutinada por uma qualidade comum que os une, a saber, a fundamentalidade<sup>38</sup>.*

<sup>38</sup> TAVARES, André Ramos *apud* TAVARES; 2001, p. 50-52. Cabe mencionar que o Min. Carlos Britto do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 33-5/PA, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJ 27-10-2006, faz distinção entre preceito e princípio, com base na lógica do art. 29 da Constituição, entendendo que preceito é regra e, em função disso, não cabe ADPF em relação a princípios. O Min. Eros Grau (Relator da ADPF nº 47), no julgamento da referida ADPF nº 33-5/PA, ressaltou que entende que preceito ou norma é gênero, espécies são princípios e regras, cabendo a ADPF contra as duas espécies. Os Min. Gilmar Ferreira Mendes e Min. Sepúlveda da Pertence compartilham do mesmo entendimento do Min. Eros Grau.

José Afonso da Silva afirma que preceitos fundamentais são aqueles que: *[...] conformam a essência de um conjunto normativo constitucional. São aqueles que conferem identidade à Constituição. Diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude dos valores que encampam e de sua relevância para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito*<sup>39</sup>.

Existe certa unanimidade na doutrina na caracterização como preceito fundamental de princípios basilares constitucionais, como é o caso da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, do pluralismo político, da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação dos poderes e dos direitos e garantias fundamentais<sup>40</sup>. Cabe a transcrição do voto do Emitente Min. Gilmar Ferreira Mendes, na ADPF nº 33-5/PA, proferido no Plenário do dia 07 de dezembro de 2005:

*É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados 'princípios sensíveis', cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).*

O doutrinador Alexandre de Moraes adota esta posição mais restrita: “Os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamen-

<sup>39</sup> SILVA, 2005a, p. 554.

<sup>40</sup> BASTOS; VARGAS, 2000, p.75; DANTAS, 2001, p. 128.

tais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais”<sup>41</sup>. O referido autor tanto adota posição mais restrita do conceito de preceito fundamental, que defende que a inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº. 9.882/99, uma vez que a controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição não são hipóteses de descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental, devendo, no seu entender, a controvérsia ser examinada no âmbito do controle difuso ou nas demais ações diretas do controle concentrado<sup>42</sup>.

Todavia, concordo com Dimitri Dimoulis<sup>43</sup> que declarou que dificilmente, na prática, o Supremo Tribunal Federal deixará de conhecer uma ADPF por não caracterizar um preceito como fundamental. Seria uma responsabilidade política muito grande a de desprezar algumas normas constitucionais e ensejar que elas não sejam passíveis de exame no controle concentrado de constitucionalidade. Não se trataria de um privilégio do Brasil, como bem expõe o Eminent Jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes:

*Assinale-se, porém, que, mesmo nos sistemas que admitem o recurso constitucional apenas com base na alegação de ofensa aos direitos fundamentais, surgem mecanismos ou técnicas que acabam por estabelecer uma ponte entre os direitos fundamentais e todo o sistema constitucional, reconhecendo-se que a lei ou ato normativo que afronta determinada disposição do direito constitucional objetivo ofende, ipso jure, os direitos individuais, seja no que se refere à liberdade de ação, seja no que diz respeito ao princípio da reserva legal.*

*A Corte Constitucional alemã apreciou pela primeira vez a questão no chamado Elfes-Urteil, de 16-1-1957, deixando assente que uma norma jurídica lesa a liberdade de ação (Handlungsfreiheit) se contraria disposições ou princípios constitucionais, tanto no que se refere ao aspecto formal quanto no que diz respeito ao aspecto material.*

*[...]*

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre de, *apud* TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p.17.

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de *apud* TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p. 21.

<sup>43</sup> DIMOULIS, 2005, p. 17.

*É que, como observa Hans-Jürgen Papier, qualquer inconstitucionalidade de lei restritiva de direito configura, também, afronta aos direitos fundamentais: 'O significado dos direitos fundamentais nos termos da Lei Fundamental não se limita mais exclusivamente a garantir a legalidade (Gesetz-mässigkeit) das restrições impostas à liberdade individual pelo Executivo e pelo Judiciário. Mediante a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais não se suprime, mas se reforça e se completa a função de proteção dos direitos fundamentais. Administração e Justiça necessitam para a intervenção nos direitos fundamentais de uma dupla autorização: além da autorização legal (gesetzliche Ermächtigung) para a intervenção, deve-se exigir também uma autorização constitucional para a limitação dos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais da Lei Fundamental não se exaurem na legalidade do segundo e do terceiro Poder, surge, ao lado da reserva legal, a idéia de uma reserva da Constituição. Então afigura-se lícito admitir que, de uma perspectiva jurídico-material, os direitos fundamentais protegem contra restrições ilegais ou contra limitações sem fundamento legal levadas a efeito pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário. A legalidade das restrições ao direito de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade; a violação à lei constitui uma afronta aos próprios direitos fundamentais [...].*

*Orientação semelhante é enfatizada por Klaus Schlaich, ressaltando que também a incompatibilidade entre as normas regulamentares e a lei formal enseja a interposição de recurso constitucional sob alegação de afronta a um direito geral de liberdade<sup>44</sup>.*

A exigência na Lei nº. 9.882/99 de comprovação, na ADPF incidental, da relevância da controvérsia constitucional abre importante caminho para a ampliação do conceito de preceito fundamental, sem incorrer-se em qualquer inconstitucionalidade. A relevância da controvérsia está intimamente ligada à idéia apresentada pelos princípios constitucionais fundamentais

<sup>44</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *apud* TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p.132-133.

da segurança jurídica e de exigência de uma prestação judicial efetiva. Isso permite que o Supremo Tribunal Federal tenha uma grande margem para, em cada caso, verificar ou não sobre a existência de preceito fundamental em causa, bastando para a configuração a demonstração de ocorrência de diversas decisões e confusões jurisprudenciais sobre o mesmo assunto. Exemplo disso é o recente julgamento do mérito da ADPF n.º. 33-5/PA (Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 27-10-2006), a respeito do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico Social do Pará (IDESP), adotado pela Resolução n.º. 8/86 do Conselho de Administração e aprovado pelo Decreto Estadual n.º. 4.307/86, que estaria lesando o princípio federativo e a vedação de vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, por vincular a remuneração do pessoal dos quadros da autarquia estadual ao valor do salário mínimo.

### 3.2. Do princípio da subsidiariedade

Assim como o *Verfassungsbeschwerde*, a ADPF possui, em sua regulamentação, dispositivo que lhe atribui o caráter de subsidiariedade. Eis a norma:

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

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

*§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias. [grifo nosso].*

O princípio da subsidiariedade restringe as hipóteses de cabimento da ADPF, sendo o recurso constitucional alemão e o recurso de amparo espanhol inspiração para tal disposição, uma vez que tais recursos somente podem ser utilizados quando esgotadas todas as demais instâncias judiciais para a tutela do direito. Quanto ao princípio da subsidiariedade, é imprescindível a análise de nossa jurisprudência, tendo em vista que é o Supremo Tribunal Federal quem dá a palavra sobre a interpretação desta condição de procedibilidade.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento amplo a respeito do princípio da subsidiariedade e, conseqüentemente, das restrições ao cabimento da ADPF, pois, na ADPF n.º. 3-3/CE

(Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno de 18 de maio de 2000, DJ 27.02.2004), entendeu-se que a possibilidade de ser impetrado o mandado de segurança individual, e de poderem ser interpostos recurso extraordinário ou agravo regimental, impediria o uso da ADPF. Eis a ementa do citado julgado:

*Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEQUINTE DA LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, 'CAPUT' E INCISOS XIV, 100, §2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR.*

*1.A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.*

*Esse texto foi reproduzido como §1º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993.*

*2.A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.*

*No art. 1º estatuiu:*

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

*Trata-se, nesse caso, de Argüição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição.*

3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei nº 9.882/99, 'in verbis':

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

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

4. Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no 'caput' do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

5. O caso presente não é de Argüição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados.

6. Cogita-se, isto sim, de Argüição autônoma prevista no 'caput' do art. 1º da Lei.

7. Dispõe, contudo, o §1º do art. 4º do diploma em questão:

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

8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas.

9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, 'i', da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, 'j', 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.

É que, segundo entendimento desta Corte, não compete aos Tribunais legislar sobre Direito processual, senão quando expres-



samente autorizados pela Constituição (RTJs 112/504, 117/921, 119/1145). Assim, também, os Estados, mesmo em suas Constituições.

11. E as decisões atacadas foram proferidas em processos de Reclamação.

12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar.

Tal entendimento tornava inviável o instituto. Porém, em junho de 2002, a ADPF nº. 17-3/AP, de relatoria do Min. Celso de Mello (DJ 14.02.2003), apresentou novo entendimento a respeito da subsidiariedade:

*Ementa: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, §1º) – AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE 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 – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

- 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), a significar 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, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo, desse modo, o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento deste writ constitucional.

- A norma inscrita no art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado”.

Voto: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, situação de lesividade.

Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Essa nova posição da jurisprudência, levando em conta o caráter objetivo da ADPF, passou a considerar um meio eficaz de sanar a lesão somente aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata e foi reafirmada na ADPF nº 33-5/PA, cujo Relator é o Min. Gilmar Ferreira Mendes (DJ 27.10.2006):

*Ementa: 1. Argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer*

*fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de amicus curiae mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrati-*

*vo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não devem excluir, a priori, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal).*

A subsidiariedade passou a ser entendida dentro do contexto da ordem constitucional global, até mesmo em razão do caráter objetivo da ADPF. Negou-se a interpretação literal do princípio da subsidiariedade. Dimitri Dimoulis aponta que:

*Essa mudança jurisprudencial começou a surtir efeitos práticos, conforme mostra a recentíssima decisão sobre a constitucionalidade do aborto. Sabidamente, o STF é um dos poucos tribunais constitucionais do mundo que não decidiu ainda sobre a constitucionalidade do aborto com consentimento da gestante. Do ponto de vista processual, o principal obstáculo era o fato de ser a penalização do aborto devida a norma pré-constitucional (art. 124 do CP/1940), não sendo cabível ação direta de inconstitucionalidade.*

*Em decisão monocrática de julho de 2004, sobre a ADPF 54, o relator considerou que o caso de anencefalia do feto deveria afastar parcialmente a penalização do aborto. Do ponto de vista processual, tal decisão foi possível graças ao entendimento da eficácia no sentido estrito, já adotada na pré-citada ADPF 33. Na liminar sobre o caso do aborto, o relator apontou 'o desencontro*

*de entendimentos, a desinteligência de julgados' e a impossibilidade de concluir um processo nas instâncias ordinárias antes do fim da gestação. Assim sendo, a ADPF foi vista como ação que permite evitar 'decisões discrepantes', sendo sua eficácia superior àquela de decisões que permitem realizar um controle difuso de constitucionalidade, mediante habeas corpus ou outro remédio constitucional.*

*No momento de conclusão desse trabalho, o Plenário do STF revogou por maioria e após polêmica discussão a liminar em exame. Segundo informações disponibilizadas pelo tribunal, a maioria dos Ministros considerou que não havia motivo para a declaração de inconstitucionalidade parcial da norma que pune o aborto com o consentimento da gestante, sem, contudo, contestar o referido entendimento amplo sobre a subsidiariedade da ADPF<sup>45</sup>.*

Quanto a esse tópico, a respeito da subsidiariedade, os trechos que seguem do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, na ADPF nº 33-5/PA, terminam por elucidar a questão:

*Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no uso do recurso extraordinário. Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, a maioria das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.*

<sup>45</sup> DIMOULIS, 2005, p. 30-31. Cabe, aqui, a menção de que o Supremo Tribunal Federal, prosseguindo no julgamento da ADPF 54/DF, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o senhor Ministro Cezar Peluso. E o tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

*É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da argüição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista, especialmente, o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.*

*Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal sempre poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional.*

*Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882, de 1999, parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.*

*Assim, é plausível admitir que o Tribunal deverá conhecer da argüição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.*

### 3.3. Das hipóteses de cabimento da ADPF

No sistema atual de controle de constitucionalidade, cabe ADPF, sempre que não for possível, a impetração da ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou da ação declaratória de constitucionalidade se estivermos diante do descumprimento de um preceito fundamental. Assim, por não serem cabíveis essas ações diretas acima referidas, sempre será possível o ajuizamento de ADPF quando estiverem sendo questionados:

- a) atos normativos oriundos de autoridades municipais, sendo a ADPF na modalidade incidental;
- b) atos normativos anteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988, cabendo a argüição na modalidade incidental;
- c) atos do Poder Público que não tenham caráter normativo, sendo a questão discutida na argüição autônoma.

Dimitri Dimoulis<sup>46</sup> entende que, em razão da generalidade do termo “atos do Poder Público”, o legislador quis incluir entre as hipóteses de argüi-

ção autônoma as discussões envolvendo atos normativos municipais ou anteriores à Constituição, sendo que o objeto da ADPF autônoma seria mais abrangente do que o objeto da incidental. Tal conclusão é bastante aceitável.

Além disso, o referido autor aventa outras duas hipóteses de cabimento da ADPF que seriam:

- a) o controle jurisdicional das emendas constitucionais, por entender que estas não são, tecnicamente, leis ou atos normativos e não estariam englobadas pela previsão do artigo 102, I, “a” da Constituição<sup>47</sup>;
- b) e, adotando-se entendimento mais amplo de “preceito decorrente dessa Constituição” (preceito decorrente da Constituição > norma constitucional) e a definição mais extensa do termo descumprimento (descumprimento > inconstitucionalidade), o controle da violação de preceitos implicitamente contidos na Lei Fundamental.

André Ramos Tavares também aceita a utilização da ADPF relativamente à violação de preceito fundamental implícito<sup>48</sup>. Merecem transcrição alguns trechos de seus escritos que explicitam tal idéia:

*Ademais, acentua-se, com a expressão empregada na norma constitucional, a possibilidade de utilização também de preceitos não explicitamente encontráveis no seio da Constituição. É que a decorrência pode dar-se direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente. Assim, pode-se afirmar que a utilização daquela expressão acabou por revelar um dos aspectos que poderia, de outra forma, restar duvidoso, qual seja, a possibilidade de invocar-se preceito fundamental não expressamente desenhado na Constituição. A expressão decorrente espanta qualquer dúvida nesse sentido, embora não se esgote nesse conjunto de preceitos implícitos.*

[...]

*Adotado que seja este conceito mais restrito, os atos praticados pelos particulares, ainda que ‘normativos’ e os atos materiais em geral, ainda que estatais, afastados encontrar-se-ão das no-*

<sup>46</sup> DIMOULIS, 2005, p. 26-29.

<sup>47</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93)

*ções de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. O conceito é reservado, nesse sentido, exclusivamente, ao mundo normativo, já que se revela como uma especial forma de invalidade. Só os órgãos públicos com capacidade normativa própria podem perpetrá-la e, dessa forma, ter estes seus atos sindicalizados pelas medidas judiciais específicas de controle concentrado contra a inconstitucionalidade.*

[...]

*No Direito Constitucional positivo, o conceito de ‘descumprimento’ ultrapassa o âmbito da mera inconstitucionalidade, podendo alcançar até mesmo fatos do mundo concreto contrários à ‘realidade’ constitucional (realidade normativa, mundo do dever ser), no sentido amplo já abordado.*

[...]

*No caso da argüição, verifica-se que houve o emprego de uma terceira categoria, a de descumprimento. Como se verificará, não se trata nem propriamente de uma inconstitucionalidade nem de uma contrariedade à Constituição. O conceito de descumprimento, para fins de argüição, está atrelado aos preceitos fundamentais.*

Com essa breve enumeração das hipóteses em que sempre são cabíveis ADPF, podemos vislumbrar a riqueza do instituto.

#### **4. Considerações Finais**

1. A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes mudanças em nossa história constitucional, ao ampliar a abrangência e o número dos direitos fundamentais, dando lugar de destaque ao rol desses direitos<sup>49</sup>. A Constituição também se preocupou em disponibilizar os meios processuais para dar efetividade a estes direitos de modo mais abrangente. Em função dessa preocupação, acredita-se que houve o aumento no número de ações diretas a serem interpostas perante o Supremo Tribunal Federal, com o reforço do controle concentrado de constitucionalidade<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> TAVARES, André Ramos, *apud* TAVARES; ROTHENBURG, 2001, p.54, 59-60.

<sup>49</sup> PIOVESAN, 1996, p. 55.

<sup>50</sup> “Sob o pálio da Carta de 67/69 tínhamos, a rigor, três ações diretas, para todas elas legitimado ativamente, em caráter exclusivo, o Procurador-Geral da República. Assim é que: a) no art. 11,



2. Nosso controle de constitucionalidade de normas é bastante complexo e, a partir das breves considerações desse estudo a respeito da ADPF, podemos visualizar que a regulamentação da arguição veio para preencher lacunas existentes no quadro de competências do Supremo Tribunal Federal. Propiciou-se, com a Lei nº. 9.882/99, que teve como mentores intelectuais os brilhantes juristas Gilmar Ferreira Mendes, Celso Ribeiro Bastos, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa, que certas matérias pudessem ser examinadas diretamente em ações diretas junto a aquele tribunal.

3. Merece, neste momento, destaque a sempre presente lição do constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes<sup>51</sup>:

*De qualquer sorte, convém assinalar, tal como apontado em razões apresentadas pela AGU, que a ADPF amplia o controle de constitucionalidade, dando a necessária ênfase à defesa dos preceitos fundamentais, especialmente nos casos ainda não amparados pelos outros meios de controle concentrado de constitucionalidade. Além de permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, a ADPF poderá ser utilizada para solver controvérsia sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da Constituição que, anteriormente, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Ademais, as decisões proferidas pelo STF nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.*

4. Todavia, a maior extensão do controle concentrado de constitucionalidade graças à operacionalização da ADPF não significa que ele, na prática, se tornou mais ágil e eficaz. Para isso, o Supremo Tribunal Federal teria que ter condições de promover uma maior celeridade aos feitos, o que ainda não é possível em razão da sobrecarga de trabalho de nossos Ministros.

---

§1º, 'c', previa-se a chamada *representação interventiva*. [...]; b) no art. 119, I, 'l', deparávamos com a clássica representação para constatação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em face da Constituição Federal; c) no mesmo preceito sub 'b' *supra*, consagrara-se, a partir da Emenda Constitucional n. 7, de 1977, a ação direta para fixação da interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Cabe observar que, independentemente da eventual utilidade ou valia do remédio, jamais foi ele utilizado, o que deve ter fortemente contribuído para sua supressão, na Constituição de 1988" – FERRAZ, 1993, p. 204-205.

<sup>51</sup> MENDES, 2006a, p. 97.

5. Ainda, em virtude da série de críticas enfrentadas pelo instituto, sendo em alguns casos a ADPF comparada indevidamente com a advocatória (que, contrariamente, exigiria uma requisição *sponte própria*, pelo Supremo, de processo em curso e de alheia competência, para análise integral da matéria e dos pedidos, com a substituição do juiz da causa), nota-se uma extrema cautela do Supremo Tribunal Federal em relação às ADPFs até hoje propostas, tendo a maioria como resultado a negativa de seguimento.

6. O que se busca com o presente trabalho é mostrar que a ADPF merece uma maior utilização, pois representa, talvez, o ápice da evolução do sistema de controle concentrado de normas. As críticas existentes não são capazes de macular tão importante remédio constitucional. Conforme a interpretação do princípio da subsidiariedade, trata-se do último meio eficaz capaz de sanar lesão ou controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, gerando uma maior segurança jurídica, mas, para tanto, deve ser usado.

### Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, [S.l.], n. 30, ano 8, pp. 69-77, jan.-março 2000.
- CAMPO, Hélio Márcio. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição Constitucional: Ação e Processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: *Revista dos Tribunais*, [S.l.], n. 783, ano 90, p. 115-134, janeiro de 2001.
- DELGADO, José Augusto. Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 132, ano 19, p. 55-77, jan. 2005.
- DIMOULIS, Dimitri. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Problemas de Concretização e Limitação. In: *Revista dos Tribunais*, [S.l.], n. 832, ano 94, p. 11-36, fev. 2005.
- FERRAZ, Sérgio. Declaração de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, [S.l.], n. 3, pp. 204-210, 1993.
- 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 dezembro de 1999). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 01-17, abr.-jun. 2000.

- MÉLEGA, Luiz Henrique. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – Art. 102, §1º da C.F. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, [S.l.], Caderno 1, n. 5/2001, 1/15733, p. 142-139, 1ª quinzena mar. 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. In: *Caderno do Currículo Permanente, Módulo V – Direito Constitucional*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. Tomos 1, 2, 3 e 4.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Aspectos Básicos do Controle de Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos e breve Análise da Lei 9.868, de 10.11.1999, e da Lei 9.882, de 03.12.1999. In: *Revista dos Tribunais*, [S.l.], n. 788, ano 90, p. 76-91, jun. 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- SANTOS, Caio Augusto Silva dos. Os Efeitos das Decisões no Controle Concentrado de Constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: *Revista dos Tribunais*, [S.l.], n. 831, ano 94, p. 80-105, jan. 2005.
- SCHÄFER, Gilberto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 83, pp. 201-205, set. 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- TESHEINER, José Maria. Notas sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: *Revista Jurídica*, [S.l.], ano 49, n. 283, p. 17-21, maio 2001.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.