

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — Conceitos e Aplicabilidade Factível Analisados e Construídos Fundamentalmente sob os Pilares da Hermenêutica Jurídica — Parte III

KELLY GRACIE PINTO GARCIA

Especialista em Direito Processual Civil Constitucional, Professora de Direito Constitucional e Controle Social do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, Assessora Judiciária de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Autora de Artigos.

DOI: 10.11117/22361766.24.01.09

SUMÁRIO: Introdução; I – A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil; II – A interpretação e a aplicabilidade das normas constitucionais; III – Arguição de descumprimento de preceito fundamental; IV – O objeto e o procedimento da arguição; V – Dos limites da coisa julgada e manipulação dos efeitos da decisão; VI – Do controle dos atos municipais; VII – Do controle de atos anteriores à Constituição; VIII – Da legitimação para a propositura da arguição e intervenção de terceiros; IX – Da subsidiariedade; X – Da medida cautelar; XI – Institutos similares no direito comparado; XII – Aplicação do princípio da fungibilidade; Conclusão; Lei nº 9.882, de 03.12.1999, comentada por artigos; Referências bibliográficas.

V – DOS LIMITES DA COISA JULGADA E MANIPULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

No silêncio do texto da lei especial, tratando-se de um instituto que em muito se assemelha às ações diretas de inconstitucionalidade, e pela análise do art. 8º, extrai-se que, para a decisão nas arguições, faz-se mister a presença de pelo menos dois terços dos Ministros, como *quorum* de instalação da sessão, e pelo *caput* do art. 5º, que se refere às liminares, a exigência de voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Não seria lógico concluir que as liminares mereceriam tratamento diferenciado e mais rigoroso do que aquele adotado para a decisão definitiva.

Vale dizer, orientando-se, pois, por uma interpretação com base nas Leis nºs 9.868 e 9.882, ambas de 1999, chega-se a esta conclusão de maneira pacífica. No entanto, a questão de *quorum* de instalação gravita sobre uma circunstância prática muito peculiar, adotada atualmente pelo Supremo, considerando a concretude da “presença espiritual”, significa dizer que, se, por exemplo, instalada a sessão com o *quorum* exigido de dois terços, isto é, oito Ministros, e apenas três Ministros se manifestam, vindo o quarto Ministro a pedir vista, numa próxima sessão, estando presentes apenas seis Ministros, não haveria qualquer

impedimento ou nulidade do julgamento, face à “presença espiritual” daqueles três que já haviam se manifestado.

Exarada a decisão pelo STF, após a comunicação às autoridades faltosas com o dever de respeito ao preceito constitucional fundamental, cuja decisão ensejará vinculação à forma de cumprimento, o Presidente do Tribunal determinará sua publicação tão logo ocorra o trânsito em julgado, no Diário de Justiça e Diário Oficial da União como condicionantes para os efeitos previstos, valendo ressaltar a inexorável irrecorribilidade e não-rescindibilidade da decisão prolatada.

Então, a teor do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, têm, os já comentados, amplitude e efeitos temporais da decisão da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O acórdão, produzido pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da espécie de arguição proposta, se autônoma ou incidental, terá eficácia cognitiva exauriente *erga omnes* quanto à interpretação e aplicação do preceito constitucional fundamental argüido.

Observe-se, porém, que incidindo diretamente sobre leis ou atos normativos, subsume-se às mesmas regras adotadas para a decisão no controle de constitucionalidade abstrato, mas se incidir sobre atos de efeito concreto, como numa sentença ou ato administrativo singular, então esta decisão produzirá efeitos *inter partes*, relativamente à questão subjetiva posta em análise pelo STF.

O artigo retrocitado estabelece, igualmente, a vinculação da decisão, significando dizer que todos os órgãos do Poder Executivo e Judiciário de quaisquer níveis da Federação estão vinculados à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o preceito fundamental.

Vale ressaltar que, apesar de alguns doutrinadores questionarem também a constitucionalidade deste artigo, e em que pese ainda não haver uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a própria constitucionalidade da lei como um todo, não parece existir qualquer incongruência na sua redação, por duas razões que parecem essenciais e suficientes a afastarem possíveis dúvidas quanto aos efeitos da coisa julgada nas ações de arguição, estabelecidos pela Lei nº 9.882/1999.

A uma, porque, como já dito anteriormente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é espécie do gênero controle de constitucionalidade em abstrato, seguindo, pois, irrefutavelmente, os mesmos caracteres das ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, e estas trazem expressamente no corpo do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, a produção de eficácia contra todos e efeito vinculante, cuja redação foi dada pela Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

Por último, porque o art. 102, § 1º, da Constituição Federal diz que a apreciação da argüição se dará na forma da lei, e o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou a ADIn 2.231 referente à Lei nº 9.882/1999, declarando-a inconstitucional.

Acrescente-se ainda sobre os efeitos da coisa julgada, nesta espécie de decisão, a possibilidade de sua manipulação pelo STF.

O art. 11 da citada lei reconhece que, ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Esta restrição refere-se tanto ao conteúdo da decisão como ao momento em que passará a ter eficácia.

Assim, observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, de maneira idêntica ao que ocorre com as ações diretas de inconstitucionalidade, destacam-se alguns pontos de grande alcance, e, entre eles:

“O primeiro, inegável, consiste em registrar que o ato inconstitucional não é mais como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito.

É contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos ‘a partir do [...] trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’.

Conclusão óbvia, a violação da Constituição pode ser ‘direito’ positivo, mesmo depois de reconhecida, no processo competente, pelo Supremo Tribunal Federal, ‘guarda da Constituição’.

E, mais. A decisão pode ‘restringir’ os seus efeitos... Isto significa, por exemplo, que ela poderá considerar válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de desenvolver o que percebeu em razão de tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado... Donde resultará a inutilidade do controle.

Não é mais rígida a Constituição brasileira.”¹

O Ministro Gilmar Mendes já externou seu posicionamento no sentido de que é possível o Supremo Tribunal Federal afastar o princípio da nulidade, e, seguindo esta mesma linha de raciocínio, Ives Gandra da Silva Martins assim ponderou:

“No Brasil, uma vez declarada, via controle concentrado, a inconstitucionalidade, esse reconhecimento atinge a norma desde sua origem e, por força do princípio da segurança jurídica, a decisão tem efeito vinculante e *erga omnes*. Porém, diante da impossibilidade material de reconduzir as situações definitivamente

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 231.

constituídas, sob a égide da norma inválida, à situação pretérita, eliminando todos os efeitos do ato legislativo inválido, pode o Tribunal reconhecer à decisão de mérito, eficácia *ex nunc*.²

A introdução destes efeitos no ordenamento jurídico teve por influência o sistema alemão, em que o efeito típico da coisa julgada *erga omnes* é a *Gründe*, e trabalha apenas a parte dispositiva.

O efeito vinculante, todavia, seria a *Tragend Gründe*, bem mais amplo que a parte dispositiva, alcançando os fundamentos determinantes da decisão.

Significa dizer, pois, que leis que tenham o mesmo objeto de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal também são inconstitucionais, posto que geram uma vinculação transdecisória.

No mais, tem-se discutido ainda outro fenômeno do modelo jurídico alemão como forma de manipulação dos efeitos da decisão, a denominada “inconstitucionalidade progressiva”, também chamada de “apelo do legislador”. Trata-se de um procedimento que trabalha com leis que estão na iminência de se tornarem inconstitucionais.

Aqui, tem sido denominado “leis ainda constitucionais”, evidenciando que a manipulação ocorre por pura conveniência política, no momento em que se admite a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, sem que seja concomitantemente declarada nula.

Assim, se tem mais um ponto referido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“O terceiro, insofismável, mostra que o controle de constitucionalidade assumiu um caráter político e que nele se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político.

Senão veja-se.

A atribuição de eficácia *ex nunc* ou a partir de um determinado momento à decisão que reconhece a inconstitucionalidade pressupõe duas condições: uma, formal, se tomada pelo *quorum* de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; outra, material, se ocorreram ‘razões de segurança ou de excepcional interesse social’.

A última é incontestavelmente uma apreciação de conveniência e oportunidade – de mérito, no sentido administrativo do termo. É uma apreciação tipicamente política. E subjetiva, porque admitir que haja razões de segurança, ou interesse social, ainda mais quando qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas.

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*. Publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, a. 25, n. 97, p. 241-250, jan./mar. 2000.

[...] Disto tudo decore, em suma, a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal se torna [ou tende a se tornar] uma terceira Câmara do Poder Legislativo.”³

Por fim, e de maneira bastante eloqüente, observa Hely Lopes, ao abordar a segurança e estabilidade das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, a possibilidade de convivência do efeito vinculante no ordenamento brasileiro:

“Se concebermos o efeito vinculante como atributo da própria jurisdição constitucional não há dificuldade em reconhecermos legitimidade à decisão legislativa que outorga efeito vinculante a outras decisões constitucionais relevantes tomadas pelo STF.”⁴

Portanto, a manipulação dos efeitos das decisões exaradas pelo Supremo existe e cada vez mais toma corpo, implementada por seu caráter único e exclusivamente político.

VI – DO CONTROLE DE ATOS MUNICIPAIS

Como é cediço, a Carta de 1988 não autorizou, em nenhum dispositivo, qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal, apenas disponibilizando ao constituinte estadual a possibilidade de instituir o controle abstrato de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, conforme art. 125, § 2º.

O fato é que, pela estrutura federativa adotada pelo Brasil, obviamente que o sistema de controle de constitucionalidade até então vigente mostrava-se com certa deficiência, já que, sendo detentores de idêntica posição autonômica e *status* como entes da Federação, as leis e os atos normativos municipais contestados em face da Constituição Federal acabavam ficando de fora, sem possibilidade de um controle concentrado.

E foi exatamente neste contexto que, antes mesmo da Lei nº 9.982/1999, Gilmar Ferreira Mendes já alarmava sobre a necessidade de um controle abstrato de constitucionalidade do Direito Municipal:

“Dada a estrutura diferenciada da Federação brasileira, algumas entidades comunais têm importância idêntica, pelo menos do prisma econômico e social, a de muitas unidades federadas, o que conferia gravidade a ausência de controle normativo eficaz.”⁵

3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 232.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 454.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.982/1999*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 142.

A Lei nº 9.882/1999 veio trazer mais esta inovação, com um conseqüente aprimoramento da sistemática do controle de constitucionalidade, ao prever expressamente a potencialidade de impugnação por argüição dos atos normativos municipais, o que certamente alcança leis e atos normativos do Distrito Federal, de competência legislativa própria dos municípios.

De toda sorte, com base no posicionamento de que fora transplantado para o nosso ordenamento, o *Tragend Gründe* do direito alemão, vale dizer, o efeito vinculante abrangendo não só a parte dispositiva, mas também os fundamentos determinantes da decisão, o Supremo Tribunal Federal certamente não terá que apreciar o direito de cada Município, mas a decisão em relação a um alcançará inexoravelmente a todos, numa vinculação transdecisória.

Certo é que, agora, tornou-se possível formular pedidos declaratórios de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, ante uma controvérsia judicial que enseje prejuízo à aplicação da norma, ameaçando causar lesão a preceito fundamental.

Alexandre de Moraes defende a inconstitucionalidade do parágrafo único, inciso I, do art. 1º da lei, por entender que não se constitui descumprimento de preceito fundamental, contrariando, pois, o art. 102, § 1º, da Constituição Federal.

Diz o autor:

“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.

Note-se que foi criada pela Lei nº 9.882/1999 a possibilidade de um dos co-legitimados argüir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, quais sejam – *controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal, e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal.*

Em ambas as hipóteses o Supremo Tribunal Federal já havia decidido faltar-lhe competência para essa análise, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, por ausência de previsão expressa na Constituição Federal, não sendo admissível que o legislador ordinário, por meio de uma manobra terminológica amplie essa competência sem alterar o art. 102, I, a, da CF.”⁶

Não parece, no entanto, que alguma razão satisfatória assista ao autor, em suas considerações, para alegar violação da Constituição Federal.

A comparação efetivada entre a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade sob este aspecto peculiar

6 MORAES, Alexandre de. Ob. cit., p. 646.

é totalmente descabida, posto que a restrição constitucional quanto a leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, bem como relativa a direitos pré-constitucionais, evidencia-se apenas em relação a esta última.

Finalmente, o art. 102 da Constituição Federal, no seu § 1º, compreende uma redação que enseja na melhor exegese uma interpretação ampliativa, mas nunca restritiva.

VII – DO CONTROLE DE ATOS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO

A Constituição é o fundamental do ordenamento jurídico, como já afirmava Kelsen, e, assim, por questões de ordem prática, surgindo uma nova Constituição, as normas infraconstitucionais que forem compatíveis com ela seriam por ela recepcionadas. Somente interessa aferir o aspecto material. A compatibilidade formal ocorrerá mediante a admissão de uma nova roupagem dada à norma. Este é o significado do fenômeno da recepção.

As Constituições Federais de 1891, 1934 e 1937 estabeleceram expressamente cláusulas de recepção em seu texto orgânico, primeiro, assegurando vigência plena do direito pré-constitucional, e, segundo, estabelecendo que, ante a incompatibilidade deste com a nova ordem, perderia vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição.

Verifica-se que a matéria, durante as Constituições de 1967/1969, teve um tratamento distinto, considerado o fenômeno da revogação com base no princípio *lex posterior derogat priori*, mantendo-se, no entanto, jurisprudencialmente, aquele entendimento anterior, o Supremo Tribunal Federal admitia, em controle abstrato, o exame de direito pré-constitucional incompatível com a Constituição Federal, tratando a matéria como preliminar, onde era reconhecida expressamente esta incompatibilidade.

Revogação é um fenômeno pelo qual se verifica a supressão da força obrigatória de uma norma, apagando sua eficácia no momento em que surge uma nova lei. Pode ser total, também chamada de *ab-rogação*, ou parcial, também chamada de *derrogação*. Será considerada uma revogação expressa quando, no corpo da nova lei, vier declarado que a lei anterior ficará revogada. Por outro lado, será considerada tácita quando não fizer declaração neste sentido, e então poderá ocorrer o fenômeno da revogação tácita por incompatibilidade, sempre que a lei nova mostrar-se incompatível com a antiga, ou revogação tácita por normação geral, quando a nova lei regulamentar inteiramente a matéria de que tratava a lei antiga.

Como a Constituição de 1988 também não tratou expressamente da matéria, ainda se verificam algumas decisões do STF, pautadas naquela antiga construção jurisprudencial. No entanto, este procedimento não se protraiu no tempo, alterando-se o entendimento daquela Corte para apreciação no controle

concentrado tão-somente de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos posteriores à Constituição, restringindo-se o tema ao critério difuso, portanto considerando caso de revogação.

Em que pese a solidificação deste entendimento, pela revogação das leis e atos normativos federais, estaduais e municipais anteriores à Constituição, vale conferir a ADIn nº 2, e analisar os argumentos do Relator Ministro Paulo Brossard pela manutenção deste entendimento, e os argumentos contrapostos do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de se proceder a uma revisão da então jurisprudência consolidada, e, apesar de ambos serem aptos a legitimar qualquer uma das soluções defendidas, considerando o princípio da razoabilidade e da segurança jurídica no seu sentido mais intrínseco, mostra-se adequada uma extensão do controle abstrato para alcançar também o direito pré-constitucional, sendo de todo bom senso uma revisão na jurisprudência do Supremo neste sentido.

Afinal, não existe uma restrição expressa quanto às normas pré-constitucionais, e a Lei que regulamenta o chamado quinto elemento constitutivo do quadro de mecanismos para o exercício do controle de constitucionalidade, ou seja, a argüição de descumprimento de preceito fundamental traz como hipótese consignada no seu texto atos normativos federais, estaduais, municipais e distritais, inclusive os anteriores à Constituição.

Trata-se, indubitavelmente, de uma solução providencial que vem para preencher uma deficiência relevante no sistema constitucional brasileiro, possibilitando que controvérsias relevantes, relativas ao direito pré-constitucional, sejam apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe, por derradeiro, enfatizar que o preceptivo inserto no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999, caracteriza impostergável condição de procedibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, quando estabelece a necessidade de ser “relevante o fundamento da controvérsia jurídica”, o que possibilitará a quaisquer dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, constantes do rol do art. 103 da Constituição Federal, a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

VIII – DA LEGITIMAÇÃO PARA A PROPOSITURA DA ARGÜIÇÃO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Assim, conforme mencionado, são legitimados a propor argüição de descumprimento de preceito fundamental o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, o Governador de Estado e do Distrito Federal, a Mesa da Assembléia e as Câmaras Legislativas, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical ou Entidade de Classe em âmbito nacional, nos termos do artigo 103

da Constituição Federal, vale dizer, a legitimidade refere-se tanto à argüição autônoma quanto à argüição incidental.

O inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882/1999, que autorizava a propositura da argüição por qualquer cidadão, foi vetado pelo Presidente da República, fundamentado nas seguintes razões:

“A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa ameaçada ou lesada por ato do Poder Público’. 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 pela lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição 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 argüições propostas. Dúvidas não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. 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. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.” (DOU 06.12.1999, p. 10)

Ora, em que pese o veto presidencial, o art. 5º da Constituição Federal, no seu inciso XXXV, estabelece que é vedado à lei subtrair do controle jurisdicional qualquer ameaça ou lesão a direito, e, sob este enfoque, reconhecer o direito dos cidadãos para a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, mostra-se de tudo digno e aconselhável.

Certamente que a argüição se evidencia como um dos meios mais adequados para que o cidadão pleiteie a defesa de um preceito fundamental violado que o atinja diretamente.

No mais, atente-se para o fato de que o argumento presidencial para o veto, referente a uma presunção de possível “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”, é, sobretudo, desprezível, haja vista que, nos termos propostos pelo presente trabalho, o conceito de preceito fundamental abrange todos os “direitos fundamentais implícitos” na Constituição Federal, relacionados ao indivíduo, à sociedade, ao interesse público em geral, e não a qualquer direito fundamental expresso, conforme amplamente defendido no capítulo III.

Sem qualquer tautologia, frise-se que, para estes direitos fundamentais explicitamente previstos, existem mecanismos próprios para se reclamar possíveis violações, como o mandado de segurança, por exemplo.

Como bem acentua Zeno Veloso:

“Este veto, lamentavelmente, acaba por esvaziar o instituto da arguição, previsto na Constituição e concretizado pelo legislador. No direito estrangeiro, conforme mostramos (a queixa constitucional dos povos germânicos, o recurso de amparo dos hispânicos), pode ser exercido por *qualquer pessoa*, para restabelecer ou preservar direitos e liberdades ameaçadas ou violadas. Em nosso caso, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição foi imaginado como um meio para o pleno exercício da cidadania.”⁷

Saliente-se, ademais, que o art. 2º da Lei nº 9.882/1999, mantida a redação após o veto, acabou por macular-se de inconstitucionalidade por omissão, conforme defendem alguns autores.

E, nessa linha de raciocínio, salienta Nelson e Rosa Maria Nery:

“Ademais, da forma como se encontra redigida a legitimidade para a causa, na LADPF 2º, há inconstitucionalidade por falta de regulamentação, pois reduziu-se o instituto a uma outra forma de controle da constitucionalidade, pelos mesmos legitimados da CF 103. Qualquer do povo pode pedir ao STF, por meio da ADPF, que controle a constitucionalidade de lei ou ato normativo (federal, estadual, distrital ou municipal), se isto o estiver ameaçando ou prejudicando diretamente, concedendo-lhe a tutela jurisdicional inibindo a prática de ato quando houver ameaça ou exprobrando e desconstituindo o ato se o preceito constitucional fundamental já tiver sido violado.”⁸

Optou-se, por conseqüência, pela adoção de uma falsa garantia de atuação do cidadão, que, nos termos do § 1º, tem a possibilidade de, na ausência de um instrumento próprio, representar ao Procurador-Geral da República, como corolário do direito de petição, vale dizer, garantido constitucionalmente a todos, o qual, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá o cabimento ou não da arguição.

7 VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 303.

8 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. Ob. cit., p. 1448.

Importa ressaltar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, numa construção jurisprudencial trazida da Constituição de Portugal, criou a chamada pertinência temática como condição objetiva e requisito caracterizador da aptidão da legitimidade ativa *ad causam* para a instauração do controle abstrato, à qual ficam submetidos o Governador de Estado e do Distrito Federal, a Mesa da Assembléia Legislativa dos Estados e Câmara Legislativa do Distrito Federal, e a confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional, posto que, segundo o Supremo Tribunal Federal, apesar de deterem legitimidade constitucional, não detêm legitimidade universal, fazendo-se mister a demonstração do interesse de agir.

Notadamente, a Suprema Corte decidiu ainda que, o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa dos Estados e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado e o Governador do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, além da capacidade processual, são detentores de capacidade postulatória para a propositura e prática de quaisquer atos referentes às ações no controle de constitucionalidade, incluindo a argüição de descumprimento de preceito fundamental, vedada a desistência, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em que pese não haver litígio, e, portanto, ausente o procedimento realizado em contraditório entre as partes, doutrinariamente mostra-se adequado referir-se à legitimação ativa e passiva, ainda que formal.

Tem-se, na argüição de descumprimento de preceito fundamental, um processo objetivo e sem interesse concreto, vinculado apenas ao pedido, tal qual ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, nada obstante a esta objetividade acabe-se criando certos paradoxos ante, por exemplo, a exigência de pertinência temática para alguns legitimados e a possibilidade de julgar inepta a peça inicial, ante uma fundamentação genérica e abstrata, o que não faz nenhum sentido.

No mais, como um terceiro paradoxo da objetividade afirmada nos processos que envolvem o controle de constitucionalidade, considera-se como legitimados passivos todas as entidades, órgãos e autoridades chamados a prestar informações nos autos, conforme art. 6º da Lei nº 9.882/1999, já que figuram como responsáveis diretos pela prática dos atos impugnados, caracterizadores de lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental constitucional.

E, ante o exposto, deve-se ainda considerar, ainda que com algumas reservas, a viabilidade de haver litisconsórcio ativo ou passivo na argüição de descumprimento de preceito fundamental, o que de modo algum descaracterizaria a essência do processo objetivo inerente ao controle de constitucionalidade.

Assim, relativamente ao pólo ativo, a relação jurídica litisconsorcial será facultada apenas àqueles que detêm, autonomamente, legitimidade para a pro-

positura da argüição de descumprimento, ou seja, aqueles constantes do rol constitucional do art. 103 da CF/1988.

Já no âmbito do pólo passivo, a relação litisconsorcial somente se vislumbrará legitimamente em face daqueles responsáveis diretos pela prática dos atos impugnados.

De lado outro, o § 1º do aludido art. 6º da lei especial noticia que é facultada ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitando informações adicionais, designando peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão, ou, ainda, fixando data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Denota-se, com isto, que o relator detém um certo controle sobre a participação dos vários interessados no processo.

E é o que também se verifica em relação ao disposto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 que, de igual forma, acabou por incorporar a figura do *amicus curiae*, ou amigo da Corte, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Conforme os ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho:

“Trata-se de figura do *amicus curiae*, originária do direito norte-americano, significando o terceiro que comparece ao processo, mais com a intenção de ajudar uma das partes do que mesmo trazer esclarecimentos ao Tribunal. É um instituto de caráter democrático, porque terceiro comparece ao processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. No âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* consagrada no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, não se confunde com intervenção de interessados num processo de natureza objetiva de controle de constitucionalidade, e que consignam demonstrar interesse objetivo, e eventual pertinência temática relativamente à questão constitucional controvertida.”⁹

Ora, denota-se, com isso, que o *amicus curiae* vai trazer pareceres que vão influenciar sobremaneira a decisão, vai demonstrar circunstâncias fáticas em relação à ação proposta.

Observe-se, ainda, que por decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, o *amicus curiae* pode seguir no processo inclusive com sustentação oral.

Como bem salientou Kildare Carvalho, trata-se sim de instrumento de caráter democrático, mas muito mais que isso, denota uma dilatação no alcance da democracia, para açambarcar a participação intersubjetiva influenciando nos centros decisórios, o que, nas palavras de Menelick de Carvalho, está delineado e é reclamado pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito.

9 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Ob. cit., p. 276.

Finalmente, deve-se ater ao fato de que a existência ou não de pedido liminar vai implicar na faculdade do relator em ouvir, além das autoridades responsáveis, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, conforme se extrai do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999.

No entanto, embora seja obrigatória a manifestação do Ministério Público no processo, o mesmo não ocorre em relação ao Advogado Geral da União, prevendo a lei apenas a possibilidade de sua audiência em sede de liminar.

Vale consignar, por derradeiro, que o Supremo Tribunal Federal, nada obstante a faculdade legal, parece estar solidificando um entendimento no sentido de necessidade de manifestação do Advogado-Geral da União, quando se tratar de processos relativos à legitimidade do direito estadual ou federal. É o que descreve o Ministro Gilmar Ferreira Mendes em artigo publicado na *Revista Justiça e Cidadania*:

“Por ser possível a apreciação de inconstitucionalidade em tese de norma legal ou ato normativo, seria legítimo sustentar a necessidade de audiência do Advogado-Geral da União, como decorrência do § 3º do art. 103, da CF. Referido dispositivo constitucional, entretanto, não obriga à defesa do ato, como um dever inexorável, mas determina apenas a necessidade de manifestação. Sustentar, por exemplo, a obrigatoriedade de defesa de ato impugnado, havendo decisão anterior da Suprema Corte, representaria anomalia institucional incompatível com a efetividade das normas constitucionais.”¹⁰

Com estas considerações, fecha-se então o quadro de participantes do processo no controle de constitucionalidade brasileiro.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. O advogado-geral da União e a ação direta de inconstitucionalidade. *Revista Justiça e Cidadania*, 11, a. II, jan. 2001.