

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

GILMAR MENDES

Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Membro Fundador do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Membro do Conselho Assessor do “Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional” – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Madri, Espanha, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (1988), com a dissertação *Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*, Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1989), com a dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas perante a Corte Constitucional alemã), Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1990), com a tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht* (Berlim: Duncker & Humblot, 1991) – a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha* (5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 395).

DOI: 10.11117/22361766.20.01.04

SUMÁRIO: Introdução; 1.1 Origens da lei sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental; 1.2 A controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999; 1.3 Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento; 1.4 Características processuais: caráter principal ou incidental; 1.5 A arguição de descumprimento de preceito fundamental na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2 Legitimidade para arguir o descumprimento de preceito fundamental; 2.1 Considerações preliminares; 2.2 Legitimação ativa; 2.3 Controvérsia judicial ou jurídica nas ações de caráter incidental; 2.4 Inexistência de outro meio eficaz: princípio da subsidiariedade; 3 Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental; 3.1 Considerações preliminares; 3.2 Direito pré-constitucional; 3.3 Lei pré-constitucional e alteração de regra constitucional de competência legislativa; 3.4 O controle direto de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal; 3.5 Pedido de declaração de constitucionalidade (ação declaratória) do direito estadual e municipal e arguição de descumprimento; 3.6 A lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial; 3.7 Contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em falsa base legal); 3.8 Omissão legislativa no processo de controle abstrato de normas e na arguição de descumprimento de preceito fundamental; 3.9 O controle do ato regulamentar; 4 Parâmetro de controle; 4.1 Considerações preliminares; 4.2 Preceito fundamental e princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar; 5 Procedimento; 5.1 Requisitos da petição inicial e admissibilidade das ações; 5.2 Informações e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República; 5.3 Intervenção de terceiros e *amicus curiae*; 5.4 Apuração de questões fáticas e densificação de informações na ação de descumprimento de preceito fundamental; 6 Medida cautelar; 7 As decisões do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento; 7.1 Procedimento de tomada de decisões; 7.2 Técnicas de decisão, efeitos da declaração de inconstitucionalidade, segurança e estabilidade das decisões

INTRODUÇÃO

1.1 ORIGENS DA LEI SOBRE A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição. É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”.

Foi em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade” (cf., *infra*, Incidente de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento). Também foi nesse contexto que, juntamente com o Professor Celso Bastos, passamos a nos indagar se a chamada “argüição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no art. 102, § 1º, da CF, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do STF.

O Professor Celso Bastos elaborou o primeiro esboço do anteprojeto que haveria de regular a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tomando por base o texto inaugural, cuidamos nós de elaborar uma segunda versão, introduzindo-se o incidente de inconstitucionalidade. Essa proposta traduziu-se num amálgama consciente das concepções constantes do Projeto Celso Bastos, do Projeto da Comissão Caio Tácito¹ e do incidente de inconstitucionalidade, contemplado em várias propostas de emenda constitucional sobre o Judiciário² (cf., *infra*, Incidente de inconstitucionalidade e argüição de descumprimento).

1 Projeto de Lei nº 2.960, de 1997 (PLC 10, no Senado Federal), sobre ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, convertido na Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

2 Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes Ferreira ao PEC 96-A/92:
“Art. 103. [...]”

Afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma comissão de especialistas. A sugestão foi elevada à consideração do Ministro da Justiça, Íris Resende, que, em 04.07.1997, editou a Portaria nº 572, publicada no DOU de 07.07.1997, instituindo comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados para compor a comissão os Professores Celso Ribeiro Bastos (Presidente), Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e o autor deste estudo. Após intensos debates realizados em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto, que foi encaminhado pelo Professor Celso Bastos, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça, em 20.11.1997.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da CF. Estabeleceram-se o rito perante o STF, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Tendo em vista que a ADPF afetava as atribuições do Supremo Tribunal Federal, resolveu-se, ainda, colher a opinião daquela Corte (Aviso/MJ nº 624, de 04.05.1998). Em 07.05.1998, o Ministro Celso de Mello informou ter encaminhado cópia do texto do anteprojeto para todos os Ministros do STF (Ofício nº 076/1998). Em 30.06.1998, o trabalho realizado pela Comissão Celso Bastos foi divulgado em artigo publicado na revista *Consulex*, 18/18-21, ano 2, v. 1, sob o título “Preceito fundamental: arguição de descumprimento”.

É necessário observar, todavia, que, desde março de 1997, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da ilustre Deputada Sandra Starling, objetivando, também, disciplinar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de “reclamação”. A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art.

[...]

§ 5º O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República.”

59 da CF. Aludida reclamação haveria de ser formulada ao STF por 1/10 dos deputados ou dos senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.038, de 28.05.1990.

Em 04.05.1998, o projeto de lei da Deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator, o ilustre Deputado Prisco Viana, pela aprovação na forma de substitutivo de sua autoria. Como então se verificou, o substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no anteprojeto de lei da Comissão Celso Bastos.

Aludido substitutivo, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, foi referendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo sido submetido ao Presidente da República, que o sancionou³, com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º, ao inciso II do art. 2º, ao § 2º do art. 2º, ao § 4º do art. 5º, aos §§ 1º e 2º do art. 8º e ao art. 9º.

1.2 A CONTROVÉRSIA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.882/1999

A OAB propôs a ADIn 2.231 contra a íntegra da Lei nº 9.882/1999, distribuída ao Ministro Néri da Silveira, na qual se alegava, em síntese, a inconstitucionalidade do parágrafo único, I, do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, *caput*, e § 3º, e do art. 11, todos da mesma lei.

O Ministro Néri da Silveira, na sessão do dia 05.12.2001, acolheu em parte a arguição, para suspender, com eficácia *ex nunc* e até o julgamento final da ação, a vigência do § 3º do art. 5º da referida lei, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto e conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso I do parágrafo único do art. 1º, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso.

Nas palavras do Ministro Néri da Silveira:

“[...] a Lei nº 9.882/1999, com a suspensão do art. 5º, § 3º, e com a interpretação conforme do inciso I do parágrafo único do art. 1º, não se esvazia, à evidência, permanecendo com as condições para regular, de forma completa, o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º, da Constituição.”⁴

O julgamento foi interrompido em razão de pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence.

3 Lei nº 9.882, de 03.12.1999.

4 Voto do Ministro Néri da Silveira na ADIn 2.231, da qual era relator, DJ de 17.12.2001, julgamento pendente.

Embora ainda pendam de decisão a ADIn 2.231, o julgado do STF sobre a admissibilidade da ADPF 54⁵ parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999. Também no julgamento do mérito da ADPF 33 (sessão de 07.12.2005)⁶, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou pedido formulado por *amicus curiae*, com o objetivo de suspender o julgamento da ação até o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade do instituto⁷.

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.

1.3 INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE E ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO

Na Revisão Constitucional de 1994, afigurou-se acertado introduzir o chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que permitiria que fosse apreciada diretamente pelo STF controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça ou do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte poderia, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada⁸.

Referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o STF pudesse dirimir, desde logo, controvérsia que, do contrário, daria ensejo certamente a um sem-número de demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica. A proposta não foi, entretanto, recepcionada.

5 ADPF 54, Rel. Marco Aurélio. O Tribunal, por maioria, admitiu o cabimento da ADPF, em questão de ordem julgada em 27.04.2005. A apreciação do mérito da ADPF, entretanto, ainda está pendente.

6 ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, J. 07.12.2005, DJ 27.10.2006.

7 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.

8 Cf. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994. Pareceres produzidos (Histórico), t. 1, p. 317.

No substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional nº 96/1992 (“Emenda do Judiciário”), propunha-se a adoção do incidente de inconstitucionalidade⁹.

Assim, mediante provocação de qualificados autores do processo judicial, a Corte Suprema ficaria autorizada a suspender o processo em curso e proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional.

Na versão do Relatório sobre a Reforma do Judiciário, apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira, reiterou-se a idéia do incidente de inconstitucionalidade¹⁰.

Ressalte-se de imediato que, a despeito da aparente novidade, técnica semelhante já se adota entre nós desde 1934, com a chamada “cisão funcional” da competência, que permite, no julgamento da inconstitucionalidade de norma perante tribunais, ao Plenário ou ao Órgão Especial julgar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma, cabendo ao órgão fracionário decidir a espécie à vista do que restar assentado no julgamento da questão constitucional.

Sem dúvida, o incidente poderia ensejar a separação da questão constitucional, para o seu julgamento, não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo STF. Em vez de cisão funcional no plano horizontal, tal como prevista no art. 97 da CF, ter-se-ia uma cisão funcional no plano vertical.

Daí o inevitável símile com a técnica consagrada nos modelos de controle concentrado de normas, que determina que seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (cf., v.g., Constituição Austríaca, art. 140 (1); Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I, e Lei Orgânica da Corte Constitucional, §§ 13, nº 11, e 80 e ss.).

Todavia, as diferenças eram evidentes.

9 “Art. 107. [...] § 5º Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no *caput* deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional.”

10 “Art. 103. [...] § 5º O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre constitucionalidade de lei, de ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre a matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República.”

Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle de constitucionalidade, nos quais a Corte Constitucional detém o monopólio da decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o incidente de inconstitucionalidade não alteraria, em seus fundamentos, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juízes e tribunais continuariam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao STF, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno, mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância.

A proposta apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira continha uma novidade específica em relação às propostas anteriores, pois permitia que o próprio tribunal encarregado de julgar a questão constitucional provocasse o pronunciamento uniformizador do STF.

Nesse caso, em vez de decidir a questão constitucional, na forma do art. 97, a Corte *a quo* poderia provocar um pronunciamento definitivo do STF sobre a questão. Introduzir-se-ia, assim, modificação significativa no chamado “modelo incidental” de controle de constitucionalidade. Ao lado da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, na forma do art. 97, poderia o tribunal submeter a questão diretamente ao STF.

É fácil ver, pois, aqui, uma aproximação maior entre o incidente de inconstitucionalidade e o chamado “processo de controle concreto” do sistema concentrado europeu. Observe-se que, ao contrário do que ocorre no sistema europeu, que confere o monopólio de censura ao Tribunal Constitucional – e, portanto, obriga o juiz ou o Tribunal a encaminhar a questão constitucional à Corte especializada –, o modelo proposto no relatório Aloysio Nunes limitava-se a facultar a submissão da controvérsia constitucional ao STF.

Um exame acurado da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tal como regulada na Lei nº 9.882, de 1999, há de demonstrar que, afora os problemas decorrentes da limitação do parâmetro de controle, o texto normativo guarda estrita vinculação com as propostas de desenvolvimento do incidente de inconstitucionalidade. A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das decisões, tudo reforça a semelhança entre os institutos.

É certo, por outro lado, que, diferentemente do incidente de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento tem como parâmetro de controle os preceitos fundamentais identificados ou identificáveis na

Constituição. Trata-se de elemento menos preciso do que o parâmetro de controle do incidente de inconstitucionalidade (toda a Constituição). Assim, até que o STF se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão *preceitos fundamentais*, ter-se-á de assistir ao debate entre os defensores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional.

Assinale-se, outrossim, que, diversamente do incidente, a arguição de descumprimento, tal como formulada na Lei nº 9.882, de 1999, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um recurso de amparo ou de uma *Verfassungsbeschwerde* (reclamação constitucional) autônoma no Direito brasileiro.

Como se pode ver, o novo instituto introduziu profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis ou atos concretos.

1.4 CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS: CARÁTER PRINCIPAL OU INCIDENTAL

Como típico instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo.

No primeiro caso, tem-se um tipo de controle de normas em *caráter principal*, opera-se de forma direta e imediata em relação à lei ou ao ato normativo.

No segundo, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (*caráter incidental*). Aqui, a instauração do controle de legitimidade da norma na ADPF repercutirá diretamente sobre os casos submetidos à jurisdição ordinária, uma vez que a questão prejudicial a ser dirimida nesses processos será elevada à apreciação do Supremo Tribunal.

No que concerne à prática, esse controle assemelha-se ao controle concreto do Direito europeu (suspensão dos processos em que a controvérsia constitucional foi suscitada e remessa da questão prejudicial à Corte Constitucional) ou à cisão funcional que se realiza, entre nós, no controle de constitucionalidade incidental (art. 97), com o destaque da questão prejudicial surgida perante o órgão fracionário para ser apreciada pelo Plenário do Tribunal. Diferentemente do que se verifica no controle incidental, em que se realiza uma cisão funcional no plano horizontal (do órgão fracionário para o Plenário ou para o órgão especial), tem-se, na ADPF, uma cisão fun-

cional no plano vertical (de órgãos das instâncias ordinárias para o STF). Daí por que haverá de se cogitar, normalmente, nesses casos, de suspensão cautelar dos processos ou de julgamento dos feitos até a deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.882/1999, art. 5º, § 3º).

1.5 A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde a aprovação da Lei nº 9.882/1999 até fevereiro de 2008, foram propostas, perante o STF, cento e trinta e duas ADPFs. A primeira ADPF admitida pelo Tribunal foi a de nº 4, na qual se procurava evitar lesão a preceito fundamental e dirimir controvérsia sobre ato normativo efetivado pelo Presidente da República quando da fixação do salário mínimo por meio da MP 2.019, de 20.04.2000¹¹.

Posteriormente, em 25.11.2002¹², por decisão monocrática, foi concedida liminar na ADPF 33. Nesse caso, sobre a vinculação do quadro de salários das autarquias ao salário mínimo – o Governador do Estado do Pará, com fundamento no art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, e arts. 102, § 1º, e 103, V, da Constituição, apresentou argüição de descumprimento de preceito fundamental que tinha por objeto impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), com o fim de fazer cessar lesão ao princípio federativo e ao direito social ao salário mínimo. A liminar foi concedida para determinar a suspensão dos julgamentos com base no ato normativo impugnado, bem como os efeitos das decisões judiciais proferidas sobre a matéria. Por unanimidade, o plenário do Tribunal referendou a decisão referida¹³. A decisão de mérito julgou procedente o pedido da argüição, para declarar a ilegitimidade do ato impugnado¹⁴.

Na ADPF 54 – caso do aborto de feto anencéfalo – foi concedida, em 02.08.2004, liminar requerida para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto

11 DO 22.04.2000, seção 1.

12 DJ 02.12.2002.

13 ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, DJ 06.08.2004.

14 ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 27.10.2006. A decisão foi proferida nos seguintes termos: “No mérito, por unanimidade, julgou-a procedente, nos termos do voto do relator, para declarar a ilegitimidade do decreto questionado, a partir da Constituição de 1988, sem se pronunciar sobre o período anterior. Votou o Presidente. Falaram, pelo argüente, o Dr. Aloysio Campos, Procurador-Geral do Estado, e, pelo *amicus curiae*, o Dr. Alexandre Lindoso. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (art. 37, I, do RISTF). Plenário, 07.12.2005”.

de fetos anencéfalos. Na sessão de 20.10.2004, o Tribunal negou referendo à liminar concedida¹⁵.

Mencione-se, ainda, a liminar deferida pelo Presidente da Corte na ADPF 79, em 29.07.2005, *ad referendum* do plenário, para, nos termos do § 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/1999, determinar a suspensão de todos os processos em curso, inclusive as eventuais execuções, e dos efeitos de decisões judiciais que tratem da elevação dos vencimentos de professores do Estado de Pernambuco, com base no princípio da isonomia¹⁶.

2 LEGITIMIDADE PARA ARGÜIR O DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Nos termos da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, podem propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103).

A versão aprovada pelo Congresso Nacional admitia expressamente a legitimidade processual de qualquer cidadão. A falta de disciplina ou limitação ao exercício do direito de propositura levou o Chefe do Poder Executivo a vetar o aludido dispositivo.

Não se há de negar, porém, que o reconhecimento do direito de propositura aos cidadãos em geral afigura-se recomendável e, até mesmo, inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais. Nessa hipótese, a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a um só tempo, permita ao cidadão a possibilidade de levar o seu pleito ao STF sem afetar o funcionamento da Corte, pelo excesso de demandas.

Não há dúvida de que, na ausência de mecanismo específico, poderá o cidadão representar ao Procurador-Geral da República. Este não está obrigado, porém, a encaminhar o pedido formulado.

De lege ferenda, poder-se-ia conceber fórmula que associasse o uso da argüição de descumprimento ao manejo do recurso extraordinário. Assim, qualquer um dos legitimados, para propor a argüição, poderia, v.g., solicitar que o STF convertesse o julgamento de um recurso extraordinário

15 ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, cit. Em sessão de 27.04.2005, suscitada questão de ordem, o Tribunal, por maioria, admitiu o cabimento da ADPF. A apreciação do mérito da ADPF, entretanto, ainda está pendente.

16 ADPF 79, Rel. Cezar Peluso, liminar deferida pelo Presidente, *ad referendum* do Pleno, em 29.07.2005, DJ 04.08.2005.

em julgamento de eventual argüição de descumprimento. Ou, ainda, seria legítimo cogitar da possibilidade de interpor o recurso extraordinário juntamente com a argüição de descumprimento, facultando ao STF a discricionariedade necessária para apreciar a controvérsia constitucional posta no recurso individual ou na ação de caráter objetivo.

Observe-se que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.543/2005, da Comissão Especial Mista “Regulamentação da Emenda nº 45”, que visa alterar a Lei nº 9.882/1999, com vistas a possibilitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público. A exigência para tal legitimação, segundo o projeto, é de que a questão constitucional discutida atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art. 102 da Constituição¹⁷.

Ademais, poder-se-ia também considerar, nos casos de controle de constitucionalidade em ação civil pública, a suspensão do processo e a posterior remessa da questão constitucional ao STF, via argüição de descumprimento de preceito fundamental. Tal mudança poderia ser concretizada por simples alteração nas Leis nºs 9.882/1999 (ADPF) e 7.347/1985 (ACP), o que evitaria que decisões conflitantes fossem exaradas no âmbito dos tribunais *a quo* e no âmbito do STF, preservando, assim, o princípio da segurança jurídica e a coerência do sistema de controle de constitucionalidade.

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

2.2 LEGITIMAÇÃO ATIVA

Poderão propor argüição de descumprimento de preceito fundamental o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado Federal, os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas e a Mesa da Câmara Distrital, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

17 Cf. também a Lei nº 11.418/2006, que trata da repercussão geral em recurso extraordinário.

No que concerne à legitimidade ativa, aplica-se à ADPF toda construção jurisprudencial desenvolvida para a ação direta de inconstitucionalidade¹⁸.

2.3 CONTROVÉRSIA JUDICIAL OU JURÍDICA NAS AÇÕES DE CARÁTER INCIDENTAL

Tal como a Lei nº 9.868/1999, na parte que disciplinou os pressupostos da ação declaratória de constitucionalidade (arts. 13 a 20), a Lei nº 9.882/1999 pressupõe, basicamente, a existência de controvérsia judicial ou jurídica relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato para a instauração da arguição de inconstitucionalidade. Portanto, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental, há de se cogitar de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no Direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. É necessário que se configure, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

Assim, se a jurisdição ordinária, pela voz de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada.

Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.

Embora, como já acentuamos, as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

A controvérsia diz respeito à aplicação do princípio da separação dos Poderes. A generalização de medidas judiciais contra uma dada lei nulifica

18 Cf. Ação direta de inconstitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1102-1128.

completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado e coloca em xeque a eficácia da decisão legislativa. A arguição de descumprimento seria o instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que os órgãos legitimados provoquem o STF com base em dados concretos, e não em simples disputa teórica.

Assim, tal como na ação declaratória, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa.

2.4 INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ: PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O desenvolvimento desse instituto dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. A esse respeito, destaque-se que a Lei nº 9.882/1999 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa) meio eficaz de sanar a lesão, parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

No Direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade tanto para conhecer das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*) quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal Constitucional admitido o recurso constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas¹⁹. A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista o seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral²⁰. No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: “Apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional”²¹.

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que “*se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía recursal*” (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias, “não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis”²².

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

“[...] al haberse manifestado en este caso la voluntad del órgano jurisdiccional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada, ha de entenderse que la finalidad

19 Cf. *BVerfGE*, 19/268 (273); *BVerfGE*, 62/338 (342); v. também Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. ed., München, 1997, p. 162.

20 Cf. *BVerfGE*, 62/230 (232); *BVerfGE*, 62/117 (144); Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 162.

21 Cf. *BVerfGE*, 91/93 (106).

22 Cf. ALMAGRO, José. *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. 2. ed. Valencia, 1989, p. 324.

del requisito exigido en el art. 44, 1, 'a', de la LOTC se ha cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional conocido." (Auto de 11.02.1981, nº 19)²³

Vê-se, assim, que também no Direito espanhol tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o Direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia segundo a qual "o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos"²⁴. Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: "Essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais"²⁵.

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional²⁶.

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados, mui-

23 Cf. ALMAGRO, José. *Justicia constitucional*: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo.

24 SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 184.

25 SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 184.

26 Cf., a propósito, Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. ed., München, 1988, p. 13 e s.

to provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

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

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

Também é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra, aqui, meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada (cf., *infra*, Pedido de declaração de constitucionalidade (ação declaratória) do direito estadual e municipal e arguição de descumprimento).

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade (cf., *infra*, item 4.2 – Preceito fundamental e princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar).

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação

adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma plethora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

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

A propósito, assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADC 1²⁷, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado, *verbis*: “Não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”.

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental.

27 ADC 1/DF, Rel. Moreira Alves, J. 1º.12.1993, DJ 16.06.1995.

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.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre as partes).

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, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

No julgamento da liminar na ADPF 33, o Tribunal acolheu, em linhas gerais, a orientação acima sustentada, tendo considerado cabível, em princípio, ADPF movida em relação à lei estadual pré-constitucional, que indexava o reajuste dos vencimentos de determinado grupo de funcionários ao valor do salário mínimo. Essa orientação foi reafirmada na decisão de mérito, proferida em 07.12.2005²⁸.

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da arguição 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.

28 ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, J. 07.12.2005, DJ 27.10.2006; cf. também ADPF 46, Rel. Marco Aurélio, julgamento não concluído, e ADPF 54 (QO), Rel. Marco Aurélio, J.20.10.2004 – J. mérito não concluído.

É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição 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.

Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional, podendo recusar a admissibilidade da ADPF sempre que não vislumbrar relevância jurídica na sua propositura.

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

3 OBJETO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Nos termos da Lei nº 9.882/1999, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também a arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

Vê-se, assim, que a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal.

Tal como já observado, a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

3.2 DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL

A lei que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental estabeleceu, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição da República.

Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade formular a arguição de descumprimento.

Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo.

3.3 LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E ALTERAÇÃO DE REGRA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A admissibilidade do controle de legitimidade do direito pré-constitucional, em sede de ADPF, permite solver outra questão grave concernente às competências legislativas e de órgãos integrantes da estrutura federal no âmbito do controle concentrado. Trata-se da sensível questão da chamada incompetência legislativa superveniente.

A Corte Constitucional italiana tem reconhecido a vigência das leis estatais anteriores que disciplinam matéria agora reservada à legislação regional, admitindo a sua integração no ordenamento regional até a promulgação de lei nova (princípio da continuidade)²⁹. Enfatiza Zagrebelsky que “a prova de que não se cuida de invalidade é que a lei estatal que deixa de ser aplicada na região que tenha utilizado sua competência legislativa continua a ser validamente utilizada em outra região que não a tenha exercido”³⁰.

No Direito alemão, a matéria mereceu especial atenção do constituinte (Lei Fundamental, arts. 124 a 126), que outorgou ao Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) a competência para dirimir eventuais dúvidas sobre a vigência de lei como direito federal (art. 126). Portanto, cabe à Corte Constitucional aferir, no âmbito do controle concreto ou abstrato de normas, a vigência de lei pré-constitucional como direito federal. Não se trata, pois, de verificar a validade (*Geltung*), mas a qualidade da norma (*Rang der Norm*). “A validade da norma – diz Pestalozza – pode constituir uma questão preliminar, mas não o objeto principal do processo”³¹.

29 ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1979, p. 48.

30 Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, cit., p. 48: “A riprova del fatto che di invalidità non si tratta si può osservare che la legge statale, non più operativa nella regione che abbia esercitato la propria potestà legislativa, continua validamente a trovare applicazione nelle regioni che, viceversa, non l'abbiano (ancora) esercitata”.

31 PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. 2. ed. München, 1982, p. 160.

Assim, pode o Tribunal concluir que a lei foi revogada por contrariar dispositivo constitucional (*das Gesetz nicht mehr gilt*), reconhecer a sua insubsistência como direito federal (*das Gesetz nicht als Bundesrecht fortgilt*), ou constatar a vigência enquanto direito federal (*das Gesetz als Bundesrecht fortgilt*)³².

Entre nós, a referência ao tema parece limitada aos estudos de Pontes de Miranda, que formula as seguintes proposições sobre o assunto:

“Sempre que a Constituição dá à União a competência sobre certa matéria e havia legislação anterior, federal e local, em contradição, a Constituição ab-rogou ou derogou a legislação federal ou local, em choque com a regra jurídica de competência. Não se precisa, para se decidir em tal sentido, que se componha a maioria absoluta do art. 116.

Se a legislação, que existia, era só estadual, ou municipal, e a Constituição tornou de competência legislativa federal a matéria, a superveniência da Constituição faz contrário à Constituição qualquer ato de aplicação dessa legislação, no que ela, com a nova regra jurídica de competência, seria sem sentido. A maioria do art. 116 não é necessária. *Aliter*, se só há a ab-rogação ou a derrogação, se inconstitucional a continuação da incidência; e.g., se antes de ser estadual, ou municipal, fora federal (discute-se se há repristinação ou inconstitucionalidade).

Se havia legislação federal e estadual e a competência passou a ser, tão-só, do Estado-membro, ou do Município, a legislação federal persiste, estadualizada, ou municipalizada, respectivamente, até que o Estado-membro ou o Município a ab-rogue, ou derogue.”³³

Evidentemente, não há cogitar de uma federalização de normas estaduais ou municipais, por força de alteração na regra de competência.

Nesse caso, há de se reconhecer eficácia derogatória à norma constitucional que tornou de competência legislativa federal matéria anteriormente afeta ao âmbito estadual ou municipal.

Todavia, se havia legislação federal, e a matéria passou à esfera de competência estadual ou municipal, o complexo normativo promulgado pela União subsiste estadualizado ou municipalizado, até que se proceda à sua derrogação por lei estadual ou municipal. É o que parece autorizar o próprio princípio da continuidade do ordenamento jurídico³⁴.

32 MAUNZ, Theodor et al. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*, München: C. H. Beck, 1985, § 86, n. 3 e 4, § 89, n. 3 e 4.

33 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 1975. p. 66-67.

34 Nesse sentido, cf. RE 218.160, Rel. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 06.03.1998.

Tem-se aqui, pois, mais uma aplicação de grande significado para a ADPF.

3.4 O CONTROLE DIRETO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição de 1988 autorizou o constituinte estadual a instituir o controle abstrato de normas do direito estadual e municipal em face da Constituição estadual. Subsistia, porém, ampla insegurança, em razão da falta de um mecanismo expedito de controle de constitucionalidade do direito municipal frente à Constituição Federal. Deve-se observar, outrossim, que, dada a estrutura diferenciada da Federação brasileira, algumas entidades comunais têm importância idêntica, pelo menos do prisma econômico e social, à de muitas unidades federadas, o que conferia gravidade à ausência de controle normativo eficaz.

No contexto da Revisão Constitucional de 1994, esforçou-se para superar, ainda que parcialmente, essa situação, adotando-se o chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que haveria de ser suscitado perante o STF, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais³⁵.

A Lei nº 9.882/1999 veio, em boa hora, contribuir para a superação dessa lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito municipal no âmbito desse processo especial.

Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante.

Se entendermos que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão³⁶, poderemos dizer, com tranquilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município “A”, mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderá ser aplicada.

Em outras palavras, se o STF afirmar, em um processo de arguição de descumprimento, que a Lei nº “X”, do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação

35 V. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994, Pareceres Produzidos (Histórico), t. I, Parecer nº 27, p. 312 e s.

36 Cf., quanto ao efeito vinculante, item sobre o incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento, acima desenvolvido.

aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais³⁷.

Ainda que possam surgir dúvidas sobre a adequação dogmática dessa solução, será sempre admissível a propositura de reclamação sob a alegação de não-observância da decisão do STF, no caso originário, com pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental da norma de teor idêntico que foi objeto da declaração de inconstitucionalidade em ADPF³⁸.

3.5 PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE (AÇÃO DECLARATÓRIA) DO DIREITO ESTADUAL E MUNICIPAL E ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO

A Lei nº 9.882/1999 previu, expressamente, a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito estadual e do direito municipal no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Poderá ocorrer, assim, a formulação de pleitos com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade toda vez que da controvérsia judicial instaurada possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição.

De certa forma, a instituição da argüição de descumprimento de preceito fundamental completa o quadro das “ações declaratórias”, ao permitir que não apenas o direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade³⁹.

3.6 A LESÃO A PRECEITO DECORRENTE DE MERA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta, simplesmente, na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário, essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, a).

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei nº 9.882/1999, essa hipótese poderá ser objeto de argüição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder

37 Cf. *Controle incidental ou concreto*, item sobre a suspensão de execução da lei pelo Senado e mutação constitucional. In: *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1084.

38 Cf. Rcl. 595, Rel. Sydney Sanches, DJ 23.05.2003.

39 Na Reforma do Judiciário, o Senado Federal aprovou proposta que amplia o objeto da ADC, contemplando também o direito estadual (PEC 358-A).

Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.882/1999.

Neste passo, vislumbra-se, *de lege ferenda*, a possibilidade de conjugação dos institutos da arguição de descumprimento e do recurso extraordinário⁴⁰.

Assim, o legislador poderia atribuir ao recorrente, no recurso extraordinário, o direito de propor, simultaneamente, a arguição, devolvendo ao STF a possibilidade de apreciar a controvérsia posta, exclusivamente, no recurso ou também na ação especial.

3.7 CONTRARIEDADE À CONSTITUIÇÃO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL SEM BASE LEGAL (OU FUNDADA EM FALSA BASE LEGAL)

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

40 Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.543, de 2005, que altera a Lei nº 9.882/1999, para legitimar, para a propositura de arguição de preceito fundamental às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público, e dá outras providências:

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigor acrescido dos seguintes inciso III e § 3º.

‘Art. 2º [...]

III – qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público.

[...]

§ 3º A propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III do *caput* deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art.102 da Constituição. (NR)’

Art. 2º O art. 3º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VI:

‘Art. 3º [...]

VI – no caso da propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III do art. 2º, a comprovação dos requisitos a que se refere o § 3º do mesmo artigo.

[...] (NR)’

Art. 3º Esta Lei entra em vigor noventa dias após a sua publicação.”

41 SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 108.

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*)⁴¹.

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos na vertente do princípio da legalidade.

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã: “Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*), devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional”⁴².

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico tribunal de revisão. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões hão de ter sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal⁴³.

Enquanto essa orientação prevalece em relação a leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e na aplicação do Direito, o juiz desconsiderou, por completo ou essencialmente, a influência dos direitos fundamentais, de que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, de que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial⁴⁴. Não raras vezes, observa a Corte Constitucional que determinada decisão judicial afigura-se insustentável porque assente em interpretação objetivamente arbitrária da norma legal⁴⁵.

42 *Verfassungsbeschwerde* (BVerfGE, 7/198 (207); 12/113 (124); 13/318 (325); 18/85 (92 e s.); cf., também, Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 220.

43 SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 109.

44 Cf., sobre o assunto, Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 109.

45 BVerfGE, 64/389 (394).

Assim, uma decisão que, v.g., amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afronta ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* (Lei Fundamental alemã, art. 103, II).

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais⁴⁶.

Embora o modelo de controle de constitucionalidade, exercido pelo *Bundesverfassungsgericht*, revele especificidades decorrentes, sobretudo, do sistema concentrado, é certo que a idéia de que a não-observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5º, § 1º).

Certamente afigurava-se, extremamente difícil, a aplicação desse entendimento, entre nós, no âmbito do recurso extraordinário. O caráter marcadamente individual da impugnação, a fragmentariedade das teses apresentadas nesse processo, a exigência estrita de prequestionamento contribuíam para dificultar a aplicação da orientação acima desenvolvida no âmbito do recurso extraordinário.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental vem libertar dessas amarras o questionamento da decisão judicial concreta.

3.8 OMISSÃO LEGISLATIVA NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS E NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Tal como vem sendo, amplamente, reconhecido, configura-se omissão legislativa não apenas quando o órgão legislativo não cumpre o seu dever, mas também quando o satisfaz de forma incompleta. Nesses casos – que configuram, em termos numéricos, a mais significativa categoria de omissão na jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁴⁷ –, é de admitir tanto um controle principal, ou direto, como um controle incidental, uma vez que existe, aqui, norma que pode ser objeto de exame judicial⁴⁸.

46 ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 221.

47 BVerfGE, 15/46 (76); 22/329 (362); 23/1 (10); 25/101 (110); 32/365 (372); 47/1 (33); 52/369 (379).

48 Cf., a propósito, Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, p. 152, nota 34.

Embora a omissão do legislador não possa, enquanto tal, ser objeto do controle abstrato de normas⁴⁹, não se deve excluir a possibilidade de que essa omissão venha a ser examinada no controle abstrato de normas.

Dado que, no caso de uma omissão parcial, há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato⁵⁰.

Tem-se, pois, aqui, uma *relativa*, mas inequívoca *fungibilidade* entre a ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o controle de normas e o controle da omissão – acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

Ressalte-se que o problema do controle da omissão não decorre, propriamente, do pedido, até porque, em um ou em outro caso, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Tratando-se de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude.

O art. 10 da Lei nº 9.882/1999, ao estatuir que o STF fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual própria, mas justamente por fornecer suporte legal direto ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

Nesse sentido, o STF dividiu-se, literalmente, a propósito do conhecimento ou não da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 4, movida contra a MP 2.019, de 2000, que fixou o valor do salário mínimo: cinco ministros entenderam admissível a ação (Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Carlos Velloso) e cinco consideraram-na inadmissível (Octavio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves), ficando o desenlace da controvérsia confiado ao voto do Ministro Néri da Silveira⁵¹.

49 FRIESENHAHN, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln, 1963, p. 65.

50 GUSY, Christoph. *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 152.

51 Em Sessão Plenária de 02.08.2006, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou prejudicada a ADPF 4, por perda de objeto, tendo em vista ter havido inúmeros outros atos legislativos a estabelecer o salário mínimo depois de 2000, ano de edição da Medida Provisória nº 2.019, objeto da referida ADPF (ADPF-MC 4/DF, Relª Ellen Gracie, DJ 09.08.2006).

3.9 O CONTROLE DO ATO REGULAMENTAR

Sobre o ato regulamentar, objeto da arguição de descumprimento, examinar as considerações a propósito do preceito fundamental e princípio da legalidade⁵².

4 PARÂMETRO DE CONTROLE

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

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 CF: o princípio federativo, 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).

É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de *unidade da Constituição* (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um *engessamento* da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado⁵³.

Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva.

52 Verificar, *infra*, Preceito fundamental e princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar, (item 4.2). Cf. decisão na ADPF 87 (ANOREG), Rel. Gilmar Mendes, que, ao reconhecer a inexistência de óbice para que se analise, em condições especiais, a constitucionalidade de atos regulamentares em face da Constituição, haja vista que a questão constitucional muitas vezes é posta de forma tal que se afigura possível a ofensa aos postulados da legalidade e da independência e separação de Poderes, indeferiu a liminar por considerar o tema complexo, especialmente em face dos limites ainda não precisamente definidos da ADPF. Nesse caso, considerou o relator que a concessão da liminar poderia trazer maiores prejuízos a todo o sistema jurídico institucional.

53 Cf. BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden*, 1982, p. 244.

Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada não atua no sentido de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, ao invés de permitir um fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas *garantias de eternidade*, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos⁵⁴.

Por isso, após reconhecer a possibilidade de que se confira uma interpretação ao art. 79, III, da Lei Fundamental alemã que não leve nem ao engessamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryde que essa tarefa é prenhe de dificuldades:

“Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica sobretudo porque o constituinte se esforçou por realizar, ele próprio, os princípios básicos de sua obra. O princípio da dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1º, que o significado da disposição nele contida acabou reduzido a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1º não se estenda, por força do disposto no art. 1º, III, a toda a ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III, não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Idêntico raciocínio há de se desenvolver em relação a outros princípios referidos no art. 79, III. Para o Estado de Direito da República Federal da Alemanha afigura-se mais relevante o art. 19, IV (garantia da proteção judiciária), do que o princípio da proibição de lei retroativa que a Corte Constitucional extraiu do art. 20. E, fora do âmbito do direito eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia.”⁵⁵

Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das *garantias de eternidade* só será obtido mediante esforço hermenêutico.

54 BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 244.

55 BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 245.

Somente essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.

Tal como enunciado normalmente, nas chamadas “cláusulas pétreas”, os princípios merecedores de proteção parecem despidos de conteúdo específico.

Que significa, efetivamente, “separação de Poderes” ou “forma federativa”? Que é um “Estado Democrático de Direito”? Que significa “proteção da dignidade humana”?

Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais, integrantes do modelo constitucional, que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio e sempre à luz de um caso concreto.

Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de Poderes de Constituição estadual em face dos chamados “princípios sensíveis” (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes em lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas:

“Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração [...]. A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados.”⁵⁶

Essa orientação, consagrada pelo STF para os chamados “princípios sensíveis”, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados “preceitos fundamentais”.

56 Rp. 94, Rel. Castro Nunes, *Archivo Judicial*, 85/31 (34-35), 1947.

É o estudo da ordem constitucional, no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência, que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares e dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J. J. Gomes Canotilho, em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros *limites textuais implícitos*⁵⁷.

Dessarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional⁵⁸.

4.2 PRECEITO FUNDAMENTAL E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL DECORRENTE DE ATO REGULAMENTAR

A Constituição Federal de 1988 estabelece ser admissível recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face do texto constitucional e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Assim, ao contrário do que se verifica em outras ordens constitucionais, que limitam, muitas vezes, o *recurso constitucional* aos casos de afronta aos direitos fundamentais, optou o constituinte brasileiro por admitir o cabimento do recurso extraordinário contra qualquer decisão que, em única ou última instância, contrariar a Constituição.

57 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 1136.

58 Cf., sobre o assunto, a discussão desenvolvida no julgamento da ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, J. 07.12.2005, DJ 27.10.2006.

Portanto, a admissibilidade do recurso constitucional não está limitada, em tese, a determinados parâmetros constitucionais, como é o caso da *Verfassungsbeschwerde* na Alemanha (Lei Fundamental, art. 93, nº 4), destinada, basicamente, à defesa dos direitos fundamentais.

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 o 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 16.01.1957, 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 material⁵⁹.

No referido julgado, explicitou a Corte alemã orientação que seria repetida e aperfeiçoada em decisões posteriores: “De tudo o que se afirmou, resulta que uma norma jurídica somente pode restringir, eficazmente, o âmbito da liberdade individual se corresponder às exigências estabelecidas pela ordem constitucional. Do prisma processual, significa dizer: todos podem sustentar, na via do recurso constitucional, que uma lei que estabelece restrição à liberdade individual não integra a ordem constitucional, porque afronta, formal ou materialmente, disposições ou princípios constitucionais” (Lei Fundamental alemã, art. 2, I)⁶⁰.

Essa decisão permitiu que o *Bundesverfassungsgericht* apreciasse, na via excepcional da *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional), a alegação de afronta não apenas aos direitos fundamentais, mas a qualquer norma ou princípio constitucional.

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 (*Gesetzmässigkeit*) das restrições impostas à liberdade individual pelo Executivo e pelo Judiciário. Mediante a vinculação do Poder Legislativo aos

59 BVerfGE, 6/32 (36 e s.; 41).

60 BVerfGE, 6/32 (33).

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 da restrição ao direito de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade; a violação à lei constitui uma afronta aos próprios direitos fundamentais”⁶¹.

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 liberdade⁶².

Tal como enunciado por Christian Pestalozza⁶³, configuram-se hipóteses de afronta ao direito geral de liberdade (Lei Fundamental alemã, art. 2º, I), ou a outra garantia constitucional expressa:

- a não-observância pelo regulamento dos limites estabelecidos em lei (Lei Fundamental, art. 80, I)⁶⁴;
- a lei promulgada com inobservância das regras constitucionais de competência⁶⁵;
- a lei que estabelece restrições incompatíveis com o princípio da proporcionalidade⁶⁶.

Embora essa orientação pudesse suscitar alguma dúvida, especialmente no que se refere à conversão da relação lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a *flexibilização* do princípio da legalidade, tanto sob a forma de

61 PAPIER, Hans-Jürgen. “Spezifisches Verfassungsrecht” und “Einfaches Recht” als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, v. 1, 1976, p. 432 (433-434).

62 SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 108.

63 PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 105-106.

64 BVerfGE, 41/88 (116); 42/374 (385).

65 BVerfGE, 38/288 (298 e s.); 40/56 (60); 42/20 (27).

66 BVerfGE, 38/288 (298).

postulado da supremacia da lei quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal.

Do contrário, restaria, praticamente esvaziado, o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo. De fato, a Corte Constitucional estaria impedida de conhecer eventual alegação de afronta, sob o argumento da falta de uma ofensa direta à Constituição. Especialmente no que diz respeito aos direitos individuais, não há como deixar de reconhecer que *a legalidade da restrição aos direitos de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade*.

Não há dúvida, igualmente, de que esse entendimento aplica-se ao nosso modelo constitucional, que consagra não apenas a legalidade como princípio fundamental (art. 5º, II), mas exige também que os regulamentos observem os limites estabelecidos pela lei (CF, art. 84, IV).

5 PROCEDIMENTO

Em suas linhas gerais, a Lei nº 9.882/1999 adotou procedimento similar ao consagrado pela Lei nº 9.868/1999.

5.1 REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL E ADMISSIBILIDADE DAS AÇÕES

Tal como a Lei nº 9.868/1999, a Lei nº 9.882/1999 estabelece que a petição inicial deverá conter (a) a indicação do preceito fundamental que se considera violado, (b) a indicação do ato questionado, (c) a prova da violação do preceito fundamental, (d) o pedido com suas especificações e, se for o caso, (e) a demonstração da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental questionado.

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

De qualquer sorte, a despeito da exigência quanto à fundamentação do pedido, não está o Tribunal vinculado aos fundamentos porventura expendidos pelo requerente, devendo a ADPF, em razão de seu caráter objetivo, submeter-se ao postulado da *causa petendi aberta* pelo menos no que concerne aos demais preceitos fundamentais.

Tal como nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, deverá o legitimado formular, precisamente, o pedido, fazendo as devidas especificações⁶⁷.

Nas ações propostas em razão de processos que tramitam nas diversas instâncias – estes deverão ser os mais relevantes –, o requerente deverá demonstrar a existência de controvérsia judicial ou controvérsia jurídica relevante (cf., *supra*, Controvérsia judicial ou jurídica nas ações de caráter incidental). Sobre o assunto, aplicam-se as exigências quanto ao procedimento da ação declaratória⁶⁸.

O parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.882/1999 estabelece que ao autor da arguição de descumprimento de preceito fundamental cabe apresentar, juntamente com a petição inicial em duas vias, cópias do ato questionado e documentos necessários à comprovação do alegado. Aludida disposição prevê, também, a necessidade de serem as petições acompanhadas, quando subscritas por advogado, de instrumento de procuração. Tal como já foi destacado em relação à ação direta de inconstitucionalidade, afigura-se recomendável que a procuração contemple poderes específicos para impugnar as normas atacadas na inicial⁶⁹.

Nos termos da Lei nº 9.882/1999, a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, em caso de manifesta inadequação da ação, na hipótese de não-atendimento de qualquer dos requisitos legais ou, ainda, em caso de inépcia da inicial (art. 4º, *caput*). Da decisão de indeferimento caberá agravo no prazo de cinco dias (art. 4º, § 2º).

Ao contrário da Lei nº 9.868/1999 (arts. 5º e 16), não se prevê na disciplina da ação de descumprimento de preceito fundamental proibição expressa de desistência. Tendo em vista, porém, o caráter igualmente objetivo desse processo e seu manejo na defesa de interesse público geral, é provável que o STF venha a adotar entendimento semelhante em relação a essa ação especial.

5.2 INFORMAÇÕES E MANIFESTAÇÕES DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

O desenvolvimento do processo da ação de descumprimento de preceito fundamental também está vinculado à existência ou não de pedido de liminar⁷⁰.

67 Cf. itens relativos aos requisitos da petição inicial e admissibilidade da ação em Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade. In: *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 1122 e 1134.

68 Cf. Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 1129.

69 Cf., sobre o assunto, a ADIn 2.187, Rel. Octavio Gallotti, DJ 12.12.2003.

70 Cf. item sobre informações das autoridades das quais emanou o ato normativo e manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, em Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1125.

Se não houver pedido de liminar, deverá o relator solicitar informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado, que disporão do prazo de dez dias para oferecê-las (art. 6º, *caput*).

Havendo pedido de liminar, poderá o relator ouvir as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (art. 5º, § 2º). Após a decisão, formular-se-á pedido de informações, desta feita, relativas à própria controvérsia material (art. 6º).

A Lei nº 9.882/1999 não exige a audiência do Advogado-Geral da União acerca do ato impugnado, prevendo apenas, caso o relator entenda oportuno, a possibilidade de sua audiência em sede de liminar.

A audiência do Ministério Público (Procurador-Geral da República) somente será obrigatória, após as informações, nas arguições que não forem por ele formuladas (art. 7º, parágrafo único).

5.3 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E *AMICUS CURIAE*

A Lei nº 9.882/1999 faculta ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (art. 6º, § 1º). Outorga-se, assim, às partes nos processos subjetivos um *limitado* direito de participação no processo objetivo submetido à apreciação do STF. É que, talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo.

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

Tal como na ADI e na ADC, os *amici curiae* tanto podem apresentar manifestação escrita como fazer sustentação oral (art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.882/1999).

Em princípio, o pedido para a habilitação há de se fazer no prazo das informações.

Na ADPF 33, entretanto, admitiram-se como *amici curiae* as partes dos processos originários, a despeito de o pedido de participação ter-se verificado após o parecer da Procuradoria-Geral da República⁷¹.

5.4 APURAÇÃO DE QUESTÕES FÁTICAS E DENSIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Na linha do estabelecido nos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei nº 9.868/1999 – que autorizam o relator, após as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria –, a Lei nº 9.882/1999 prevê, igualmente, a possibilidade de o relator autorizar a audiência das partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos e determinar a realização de audiências públicas com *experts* (art. 6º, § 1º).

Tem-se, também aqui, um processo estruturalmente aberto, que permitirá não só a participação dos interessados nas causas que, eventualmente, tenham dado ensejo à propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também a manifestação de peritos e especialistas no tema. Aplica-se, fundamentalmente, a orientação adotada no processo de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade⁷².

6 MEDIDA CAUTELAR

A Lei nº 9.882/1999 prevê a possibilidade de concessão de medida liminar na arguição de descumprimento, mediante decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Em caso de extrema urgência ou de perigo de lesão grave, ou ainda durante o período de recesso, a liminar poderá ser concedida pelo relator *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5º e § 1º).

Diferentemente do estabelecido na Lei nº 9.868/1999, não se revela obrigatória a audiência da autoridade responsável pela edição do ato antes da concessão da liminar em arguição de descumprimento. A lei autoriza, porém, o relator a deferir a audiência, tanto da autoridade responsável pela

71 ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, J. 07.12.2005, DJ 27.10.2006.

72 Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1126.

edição do ato quanto do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União (art. 5º, § 2º). Talvez fosse recomendável, tendo em vista a semelhança de situações, que o relator adotasse condutas idênticas nas duas espécies de procedimento, determinando-se a audiência dos responsáveis pela edição do ato impugnado antes da decisão sobre a liminar requerida.

Além da possibilidade de decretar a suspensão direta do ato impugnado, admite-se, na cautelar prevista para a arguição de descumprimento, a determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que guarde relação com a matéria discutida na ação (art. 5º, § 3º). Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar. Nesse aspecto, a cautelar da ação de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à disciplina conferida pela Lei nº 9.868/1999 à medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade (art. 21). Dessa forma, a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial.

Como já mencionado, foi concedida liminar na ADPF 33 em 25.11.2002⁷³, por decisão monocrática, referendada por unanimidade pelo plenário do STF, em 29.10.2003⁷⁴. Em sessão plenária de 07.12.2005, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ADPF⁷⁵. Também na ADPF 54 foi concedida liminar em 02.08.2004, tendo o Tribunal, na sessão de 20.10.2004, negado referendo à aludida liminar concedida, mas reconhecendo sua admissibilidade⁷⁶. Medidas cautelares também foram concedidas na ADPF 47, da relatoria do Ministro Eros Grau, e na ADPF 79, deferida pelo Presidente do STF, em 29.07.2005, *ad referendum* do plenário⁷⁷.

7 AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO

7.1 PROCEDIMENTO DE TOMADA DE DECISÕES

A decisão sobre a arguição de descumprimento, somente, será tomada se presentes pelo menos 2/3 dos Ministros (8 Ministros). Embora o texto seja silente, também aqui se há de aplicar a regra do art. 23 da Lei nº 9.868/

73 DJ 02.12.2002.

74 DJ 06.11.2003.

75 ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, J. 07.12.2005, DJ 27.10.2006.

76 ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, cit. Em sessão de 27.04.2005, suscitada questão de ordem, o Tribunal, por maioria, admitiu o cabimento da ADPF. A apreciação do mérito da ADPF, entretanto, ainda está pendente.

77 ADPF 79, Rel. Cezar Peluso, liminar deferida pelo Presidente, *ad referendum* do Pleno, em 29.07.2005, DJ 04.08.2005.

1999, segundo a qual a decisão de procedência ou improcedência haverá de ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal. Em reforço desse argumento, milita a disposição contida na Lei nº 9.882/1999, que exige seja a cautelar deferida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, *caput*). Não se pode adotar para a decisão definitiva critério menos rigoroso do que aquele fixado para a liminar.

Julgada a ação, deverá ser feita comunicação às autoridades responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se, se for o caso, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

O Presidente do Tribunal deve determinar o imediato cumprimento da decisão, publicando-se, dentro de dez dias a contar do trânsito em julgado, sua parte dispositiva em seção especial do Diário de Justiça e do Diário Oficial da União (art. 10, §§ 1º e 2º).

Tal como a Lei nº 9.868/1999, também a Lei nº 9.882/1999 (art. 12) define-se claramente em relação à irrecorribilidade e à não-rescindibilidade da decisão proferida na arguição de descumprimento.

7.2 TÉCNICAS DE DECISÃO, EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEGURANÇA E ESTABILIDADE DAS DECISÕES

Tendo em vista o amplo objeto de impugnação no âmbito da arguição de descumprimento, o Tribunal, reconhecendo sua procedência ou improcedência, poderá declarar a legitimidade ou ilegitimidade do ato questionado. Se incidir sobre ato normativo, adotar-se-ão as técnicas de decisão do controle de constitucionalidade abstrato⁷⁸.

Tendo por objeto o direito pré-constitucional, deverá o Tribunal limitar-se a reconhecer a legitimidade (recepção) ou não da lei, em face da norma constitucional superveniente⁷⁹.

Incidindo, porém, sobre ato de efeito concreto (ato administrativo singular, sentença), o tribunal afirmará sua ilegitimidade. Pode ser que o ato singular questionado (v.g., uma decisão judicial) afirme a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma dada aplicação ou interpretação do próprio texto constitucional. Nessa hipótese, reconhecida a procedência da ação de descumprimento de preceito fundamental, ter-se-á a declaração de ilegiti-

78 Cf. As Decisões no Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos e Segurança e Estabilidade das Decisões em Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Reclamação Constitucional. In: *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 1244-1303.

79 Cf., sobre o tema, a discussão desenvolvida no julgamento da ADPF 33, Rel. Gilmar Mendes, J. 07.12.2005, DJ 27.10.2006.

midade do ato questionado, com a afirmação da constitucionalidade da lei ou da aplicação constitucional discutida⁸⁰.

A Lei nº 9.882/1999 reconhece igualmente a possibilidade de que, por maioria de 2/3, se declare a inconstitucionalidade da lei com eficácia *ex nunc* ou, com efeito, a partir do momento que venha a ser estabelecido pelo Tribunal (art. 11).

Assinale-se, ainda, que, nos termos da Lei nº 9.882/1999, a decisão (de mérito) proferida, na ação de descumprimento de preceito fundamental, terá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente, aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º)⁸¹. Quanto à eficácia *erga omnes* da decisão, não parece haver dúvida de que se cuida de um consectário da natureza objetiva do processo. Trata-se de um processo “sem partes”, no qual se discute amplamente a tutela do interesse público de forma geral.

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 STF⁸².

80 Exemplificativa da submissão de controvérsia constitucional oriunda de ato judicial é a questão posta na ADPF 6-8/800, Rel. Celso de Mello, oferecida pelo Presidente da República. Cuida-se de controvérsia fundada na orientação jurisprudencial do TRF da 2ª Região (RJ) que fixou em súmula (nº 17) interpretação do art. 58 do ADCT incompatível com a firme e reiterada jurisprudência do STF sobre o tema – critério de reajuste de benefício previdenciário. Na ação, solicitou-se ao STF a suspensão liminar de todos os processos, sobre a matéria, em curso no TRF da 2ª Região, bem como dos efeitos de decisões ainda não transitadas em julgado, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, e, ainda, no mérito, a procedência do pedido, impondo-se ao TRF as condições e o modo de interpretação e aplicação do art. 58 do ADCT, com a decorrente eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Em abril de 2001, o processo ainda pendia do exame da liminar requerida.

81 Na ADIn 2.231, o Relator, Ministro Néri da Silveira, reconheceu a constitucionalidade do efeito vinculante, previsto na Lei nº 9.882/1999, em voto no sentido de indeferir a liminar. A ação, entretanto, pende de julgamento.

82 Cf. Segurança e Estabilidade das Decisões em Controle Abstrato de Constitucionalidade e a Reclamação Constitucional. In: *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1273-1303