

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Agigantamento do Supremo Tribunal Federal

Action of Breach of Fundamental Precept and the Enlargement of Supreme Court Power

ROGÉRIO VOLPATTI POLEZZE

Juiz Federal em Lins/SP, Graduado pela Faculdade de Direito da USP, Especialista e Mestrando pela PUCSP.

Submissão: 11.03.2015

Decisão Editorial: 25.06.2015

Comunicação ao autor: 25.06.2015

RESUMO: O artigo discute a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, com destaque para a análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Analisa os fundamentos legais e constitucionais da ADPF. Enfrenta as principais críticas acerca de inconstitucionalidades em face da lei reguladora. Debate os efeitos previstos legalmente para a ADPF – *erga omnes* e vinculante –, contrapondo-a às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. Destaca a dificuldade que pode existir na escolha entre ADPF e outra ação direta. Observa aumento de poder do Supremo Tribunal Federal por meio da criação da ADPF. Ainda, enfatiza incremento da análise subjetiva pelo STF com inegáveis reflexos no país. Conclui que a ADPF é motivo eloquente para debate da escolha de ministros do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Arguição de descumprimento de preceito fundamental; controle de constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The article discusses the evolution of the constitutionality control in Brazil, with special focus on analyzing the action of breach of fundamental precept. It analyses the legal and constitutional foundations of the action of breach of fundamental precept. It confronts the main criticisms related to some unconstitutionality of the law which governs it. It debates the foreseen effects in the Law – *erga omnes* and binding precedent one –, contrasting the action of breach of fundamental precept with other direct actions. It emphasizes how difficult the election of appropriate direct action may be. It observes the enlargement of Brazilian Supreme Court power due to creation of the action of breach of fundamental precept. It points the eventual high level of subjectivity of Brazilian Supreme Court with undeniable reflexes on the country. It concludes that the action of breach of fundamental precept is enough strong to provoke the debate how the members of the Brazilian Supreme Court are chosen.

KEYWORDS: Action of breach of fundamental precept; judicial review; Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos da ADPF; 2 Descumprimento de preceito fundamental? 3 Sobre a Lei nº 9.882/1999; 4 Efeitos *erga omnes* e vinculante sem previsão constitucional? Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta breves considerações acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), de forma a discutir alguns aspectos polêmicos, verificando, ainda, de que maneira tal ação constitucional revela e confirma ascensão da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) nos mais diversos temas da sociedade atual.

Analisando as Constituições brasileiras, vê-se que o controle difuso de constitucionalidade foi adotado no País a partir da Constituição de 1891¹. Ou seja, desde o precedente tão lembrado sobre controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, em 1803, *Marbury v. Madison*, pode-se afirmar que nem tardou em demasia para adoção daquela “novidade” no Brasil.

O controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, também, não demorou a ser inserido no ordenamento brasileiro: a Constituição de 1934 adotou-o, mas bastante restrito (apenas em modalidade interventiva). Poucos anos depois da sua adoção, conforme modelo proposto por Kelsen, em 1920, pela Áustria. A propósito, a instituição de uma corte constitucional na Áustria traduziu a vitória de Kelsen frente a Carl Schmitt, que defendia um controle – não com base na normatividade da Constituição – político².

Carlos Velloso apresenta a seguinte síntese do famoso debate:

Carl Schmitt recusava a ideia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque a decisão que resolve a questão de constitucionalidade teria natureza política. Não caberia, então, a um tribunal “fazer política”, na defesa da Constituição. Essa defesa caberia, sim, a um órgão político. Essas duas posições exprimem, leciona Cardoso da Costa, “duas concepções diferentes de Constituição, ou do seu momento essencial e verdadeiramente radical (a uma concepção ‘normativista’ de Constituição, como era a de Kelsen, contrapunha-se uma sua concepção ‘decisionista-unitária’, como era a de Schmitt), e, conseqüentemente, do que

1 “Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) *quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição*, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” (grifos nossos)

2 Verdade que o posicionamento de Carl Schmitt foi bastante criticado, inclusive por sua adesão ao regime nazista, ainda que sua postura, nem entre os nazistas, tenha sido tão clara: “A adesão ao regime nazista, contudo, é uma realidade em Schmitt, embora mitigada por dúvidas sobre a sua real adesão à vertente antissemita do nazismo. Por ser católico e ter relações de amizade com judeus, chegou mesmo a enfrentar certa dose de desconfiança por parte do próprio regime a que aderiu, de modo que passou a ser observado pelo serviço secreto” (FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, a. 10, n. 39, p. 128, 2010). Schmitt concebeu o Presidente do *Reich* como guardião da Constituição, imaginando-o alguém neutro, atuando ao lado dos outros poderes constitucionais, em relação de coordenação e apenas em momentos de emergência (idem, p. 131).

deva ser a sua ‘defesa’ ou a sua ‘guarda’, como nela se exprimem, também, entendimentos diversos acerca da natureza da ‘justiça’ ou da função jurisdicional”.³

Pois bem, deixando de lado o lapso temporal da Constituição de 1937 (que restringiu o controle concentrado apenas em sua forma política, mediante decretação da intervenção pela Câmara dos Deputados, nos casos de ofensa à Constituição), com a redemocratização por meio da Constituição de 1946, o controle judicial concentrado (interventivo) retornou. E, anos depois, ganhou novos ares: atribuindo-se um caráter geral à ação direta de inconstitucionalidade por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 16/1965. Tal caráter geral da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) foi mantido pela Constituição de 1967 (e Emenda de 1969).

À época, a ADIn era limitada, porque vinha prevista sua propositura tão somente pelo Procurador-Geral da República (escolhido pelo Presidente da República), o que, às claras, restringia a provocação do STF por eventual inconstitucionalidade.

Foi a Constituição Federal (CF) de 1988 que incrementou o quadro de controle de constitucionalidade brasileiro. Em seu texto constitucional originário, trouxe, em relação ao controle concentrado, além de ação direta interventiva, a ação direta de inconstitucionalidade tanto por ação e omissão; ainda, o mesmo texto constitucional originário inovou ainda mais, prevendo uma ação constitucional jamais vista no Brasil: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). O controle difuso de constitucionalidade, também, restou reforçado por meio de uma nova espécie de ação individual, tendo por objeto omissão constitucional: o mandado de injunção⁴.

Poucos anos depois da promulgação da Carta de 1988, veio a EC 3/1993, adicionando a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) entre as ações diretas existentes. Mais ainda, pela primeira vez numa Constituição brasileira, foram previstos expressamente os efeitos de tal nova ação direta: oponíveis em face de todos (*erga omnes*) e vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e Executivo.

As Leis nºs 9.868/1999, tratando tanto da ADIn quanto da ADC, e 9.882/1999, referindo-se à ADPF, previram os mesmos efeitos *erga omnes* e vinculantes.

3 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 380.

4 “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (art. 5º da CF)

Apenas com a EC 45/2004 o poder constituinte reformador fez alguns ajustes nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade: igualaram os entes legitimados a propô-las, bem como deixou previsto que os efeitos *erga omnes* e vinculantes valiam para ambas. Mas nada foi especificado relativamente aos efeitos da ADPF.

Ainda, considerando outras modificações – em especial, pela EC 45/2004, promovendo a repercussão geral e súmula vinculante – o controle de constitucionalidade brasileiro tem sido alterado, tem-se aperfeiçoado, fortalecendo às claras a influência do STF na sociedade (sendo cada vez mais corriqueira crítica de invasão frente aos demais Poderes⁵). Todo o Judiciário tomou para si uma tarefa mais extensa do que se via anteriormente⁶. Mas, em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF), é tanto poder que

5 Acusação de suposta “invasão” nem é exclusividade brasileira. Muito pelo contrário: faz parte de debate nos Estados democráticos. Observe-se anotação de Cappelletti: “As sociedades mais sãs esforçaram-se e se esforçar por encontrar a cura desses desenvolvimentos, potencialmente patológicos. Não é este o lugar para o exame das várias tentativas realizadas e que continuam a se realizar em tal sentido: da descentralização legislativa à participação popular nos procedimentos decisórios da administração. Basta notar que, também para o Judiciário, tais desenvolvimentos comportaram consequências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o ‘terceiro poder’ não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A *justiça constitucional*, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. Como demonstrou a evolução de número crescente de países, no estado moderno, o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controle. [...] Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o Legislativo e o Administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher umas das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 46).

6 “Neste sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freeman (1994, p. 189-90), ‘por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa’. Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional (e que, posteriormente, vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais). Em síntese, percebe-se que a ampliação do espaço ‘tradicional’ do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen), foi viabilizada, entre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65-66).

se diz de uma verdadeira “supremocracia”⁷⁻⁸, referindo-se a uma das mais poderosas Cortes no mundo⁹.

No dizer de Oscar Vilhena Vieira:

O Supremo, que, a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas Emendas de nº 3/1993 e nº 54/2005, bem como pelas Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro.¹⁰

O fato é como se exemplificará a seguir: com base nas normas da ADPF, o STF está exercendo papel político (revolvendo, de alguma forma, o antigo debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen).

7 O que traz ao debate o “ativismo judicial”. No Brasil, o fenômeno mostra-se forte mais recentemente, a partir da Constituição Federal de 1988, e é verificado em todos os juízes e Tribunais (não apenas no STF): “Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados etc. A realização da Constituição passa pela atividade de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete. No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última. Interpretar limitado pela *mens legis* (sentido da lei) e pela *mens legislatoris* (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. A norma jurídica conterà, inevitavelmente, um espaço jurídico ‘vazio’ a ser preenchido pelo intérprete/aplicador, isto é, uma situação real que demanda a aplicação da norma, mas esta não prescreve o modo como isto se dará. Mesmo para Kelsen, o mais notório expoente do positivismo jurídico do século XX, a norma jurídica representava uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois continha diversos espaços em branco. Falamos aqui em ativismo judicial como atuação contra as omissões dos demais Poderes” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, n. 15, p. 48/49).

8 Trata-se de “deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário” que é, “antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistema de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 443, jul./dez. 2008). “A hiperconstitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo” (ibidem).

9 Conforme entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, em 2013 (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2014), o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho chama atenção para ampla competência de controle constitucional – unindo os sistemas difuso (como americano) e concentrado (como o europeu continental) – e, ainda, permanência de competência para julgamento de ações criminais.

10 Vieira, p. 444.

1 FUNDAMENTOS DA ADPF

A Constituição de 1988 traz previsão bastante singela acerca da ADPF: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, § 1º). Ficou a cargo do legislador ordinário o tratamento desta ação constitucional, o que veio à tona por intermédio da Lei nº 9.882/1999.

Essa lei de 1999 previu a ADPF em duas situações – o que, para alguns juristas, é prova de que foi além do lhe era permitido fazer, acarretando em inconstitucionalidades¹¹ –, como se lê do art. 1º: no *caput*, “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”; no parágrafo único, inciso I¹², “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou *municipal, incluídos os anteriores à Constituição*” (grifos nossos)¹³.

Da previsão, especialmente, constante no parágrafo único, chama atenção possibilidade de tratar lei/ato municipal e os anteriores à Constituição. É que a ADIn e a ADC não podem tratar de suposta incompatibilidade de lei anterior em relação à Constituição. Também não podem analisar constitucionalidade de lei municipal (assunto que, claro, pode chegar ao STF, mas por meio de recurso extraordinário, ainda que derivado de eventual controle concentrado, promovido nos moldes de Constituição Estadual).

A propósito de discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999, foi proposta ADIn (que recebeu o nº 2231), em 27.06.2000. A situação desta

11 A título de exemplo, observe-se posicionamento de Luiz Alberto David Araujo: “A Constituição Federal, em seu art. 102, § 1º, cuidou de criar apenas uma ação. Sempre que houver descumprimento de preceito fundamental, caberá a ação prevista na Lei Maior. Mas a Lei nº 9.882/1999 inovou trazendo mais uma hipótese, ou seja, o controle do ato normativo municipal, estadual e federal, incluindo o anterior à Constituição, desde que relevante o fundamento da controvérsia constitucional na visão do Pretório Excelso. Entendemos, portanto, que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/1999, por inexistência de previsão, é inconstitucional, permitindo apenas o controle pela ação prevista na cabeça desse artigo” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 93).

12 Havia um segundo inciso, mas restou vetado: “De outra parte, é importante salientar que o projeto aprovado pelo Congresso Nacional contemplava, além dos legitimados pelo art. 103 da Constituição Federal, ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público’, dando conta da tendência doutrinária que apontava neste sentido. Sydney Sanches, ao comentar o disposto no § 1º do art. 102 da CF/1988, já defendia que, ‘por essa norma autorizativa, qualquer cidadão, se houver violação de preceito fundamental da Constituição, poderá ter acesso à Suprema Corte, desde que elaborada a lei regulamentadora do dispositivo constitucional’. Tal dispositivo, que constava no art. 2º, II, no entanto, foi vetado pelo Presidente da República, que alegou contrariedade ao interesse público, em vista do ‘comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal’, fruto da inevitável multiplicação das demandas” (BASTOS, Celso Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30, p. 69, jan. 2000, p. 2).

13 Conhecida como ADPF incidental ou subordinada. Para muitos, representando uma inovação inconstitucional da lei, como se exemplificou na nota “11” acima.

ação é peculiar: pendente, até o momento, a formação da decisão liminar (cuja análise restou inacabada por pedido de vista) e, ainda, consta no registro processual (no *site* do próprio STF, consulta em 5 de junho de 2014) como relator o Ministro Néri da Silveira, apesar de sua aposentadoria em 2002. Do andamento processual (também, no *site* do STF), vê-se que os autos passaram, sucessivamente, aos gabinetes do Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Carlos Aberto Menezes Direito e estão, desde 2010, no gabinete do Ministro Dias Toffoli.

A decisão liminar – inacabada, frise-se – refere-se especificamente a dois dispositivos daquela lei. Além do inciso I do parágrafo único, art. 1º, menciona, suspendendo execução até julgamento do mérito da ação direta, o § 3º do art. 5º, que tem a seguinte redação:

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

A despeito de controvérsia instalada no STF, volta-se a destacar, a lei está vigente em sua integralidade, vez que sequer houve término da análise liminar. E, certamente, como se verificará mais detalhadamente adiante, o uso amplo da ADPF pelo STF ao longo dos anos afasta suposta mácula de inconstitucionalidade.

2 DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL?

Ora, a CF não define o que deva ser entendido por “preceito fundamental”; a Lei nº 9.882/1999 também não. Fez tão somente menção expressa a “preceito”, o que pode reforçar conclusão de que, no caso, tanto faz uma norma contida num princípio ou numa regra¹⁴ ou conjunto de mais de princípio e norma, relacionados entre si.

A CF traz, ainda, outro critério importante para relacionar uma causa à ADPF: o preceito deve ser “fundamental” e “decorrente da Constituição”. Ou seja, pode-se imaginar que se trate de uma norma (de qualquer espécie), desde que fundamental (relevância evidente) e que decorra do texto constitucional.

14 A propósito da distinção entre princípio e regra, Virgílio Afonso da Silva, seguidor de Robert Alexy, destaca o que segue: “O princípio traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. [...] No caso dos *princípios*, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45).

Sem dúvida, a análise do cabimento da ADPF afasta-se bastante do que ocorre com as ações diretas. Nestas, o critério relevante é que o objeto seja um ato geral e abstrato¹⁵, pouco importando o instrumento usado para tanto (lei em sentido formal, ou não). Naquela, entretanto, vê-se grande espaço de análise subjetiva do STF: que, afinal, diante de ação proposta, deverá promover análise para verificar enquadramento do tema em discussão num “preceito fundamental decorrente da Constituição”.

No contexto, Luiz Alberto David Araújo observa nítida evolução, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, num crescente de subjetividade por parte do STF:

No início da existência da Constituição de 1988, tínhamos uma objetividade quase ingênua, ou seja, todo ato normativo estadual ou federal (desde que entendido como tal) poderia se submeter ao controle, pela ação direta de inconstitucionalidade, se ferisse a Constituição Federal. Não havia, portanto, qualquer subjetividade no conhecimento da ação. Esse perfil objetivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 03/1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, já que a Corte Suprema entendeu que haveria de ser apenas a controvérsia relevante objeto desta ação. Nesse passo, a subjetividade, trazendo um número enorme de possibilidades do ministro relator e da Corte Suprema, desde que presentes certos requisitos, todos anunciados de forma aberta, a autorizar o permear da subjetividade. Por fim, deparamo-nos com a Lei nº 9.882/1999, que, seguindo a linha da Lei nº 9.868/1999, traz também poderes para o relator e para a Corte Suprema. Além de repetir, quanto ao procedimento, alguns comportamentos outorgados pela lei anterior (Lei nº 9.868/1999), a nova disciplina traz conceitos também genéricos, sem definir especificamente termos (como “preceito fundamental” ou “descumprimento”) e, no parágrafo único do art. 1º, entrega ao Supremo Tribunal Federal outra vez, a ideia de analisar “relevância”. Verifica-se, desta forma, que o sistema caminhou, partindo da objetividade singela da ação direta de inconstitucionalidade para os conceitos genéricos e inseguros da arguição de descumprimento de preceito fundamental, passado pelo caráter de “relevância” da ação declaratória de constitucionalidade.¹⁶

A própria menção a descumprimento reforça o campo subjetivo do intérprete:

15 “O Supremo Tribunal Federal tratou de fixar que, para conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, seria importante a configuração clara de ato normativo, pouco importando o nome utilizado pelo veículo. Desta forma, as leis de efeitos concretos, aquelas que não fossem dotadas de generalidade e abstração, eram descartadas, com o não de conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Era preciso, portanto, que o ato normativo (qualquer que fosse) tivesse a marca da generalidade e abstração.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Da ingênua objetividade do conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade para o juízo subjetivo e inseguro da arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 164)

16 Araújo, 2003, p. 172/173.

Já o termo “descumprimento”, utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é conceito que pode ser considerado em uma acepção mais ampla, englobando a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento. Nesta acepção mais lata, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo (padrão corrente no controle histórico de constitucionalidade brasileiro) como um ato não-normativo, nesta última categoria incluídos os atos administrativos, de execução material e, ainda, (em tese), os atos dos particulares (excluídos do âmbito de alcance da ADPF por força do art. 1º da Lei nº 9882/1999).¹⁷

Diante de tal subjetividade, não causa estranheza o fato de que haja incerteza sobre saber tratar-se, afinal, de fazer uso da ADPF ou outra ação direta de controle de constitucionalidade. O julgamento sobre a união estável homoafetiva é eloquente. Observe-se a preliminar sobre cabimento da ADPF, destacada em parte de sua ementa:

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. *Encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ pela ADIn 4.277/DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] 6. [...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, DJe-198 Divulg. 13.10.2011, Public. 14.10.2011 – grifos nossos)*

A solução esposada no precedente afastou o uso da ADPF, fazendo valer “interpretação conforme” do art. 1.723 do Código Civil (CC). O julgamento, no seu resultado, soa mesmo o mais correto: afinal, pouco crível impor restrição de ordem tão relevante à vida – ou seja, impossibilidade de exercício de união estável como entidade familiar – tão somente pela sexualidade das pessoas envolvidas. Tanto por isso, o julgamento foi decidido à unanimidade.

Ocorre que a solução preliminar sobre afastamento do uso da ADPF sinaliza a dificuldade de entendimento sobre “descumprimento de preceito fundamental”. É que a conclusão, alcançada pelo Tribunal, no sentido de focar

17 TAVARES, André Ramos. *Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 58.

a letra do art. 1.723 do CC, traz a dificuldade natural da observação de que a regra do CC – “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (grifos nossos) – apenas repete a norma constitucional aplicável: “Para efeito da proteção do Estado, é *reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º, da CF – grifos nossos).

Então, poder-se-ia questionar: se a lei apenas repete a CF, de que adiantaria promover “interpretação conforme” do CC?

No ponto, talvez melhor solução tivesse sido o uso da ADPF ao caso, no sentido de observar a extensão possível de “descumprimento de preceito fundamental”, fazendo valer um sentido bem amplo de “preceito” (mas não perdendo de vista relevância necessária¹⁸), além de mero dispositivo constitucional. Poder-se-ia, seguindo tal linha de pensamento, imaginar que a discussão posta no controle concentrado parte de novo conceito de família (além da união entre homem e mulher) – o que foi referido no julgamento –, mas cuja negação – inexistente no texto constitucional originário, registre-se – implicaria desrespeito à dignidade da pessoa humana, em sua manifestação de exercício pleno de sexualidade e relação amorosa. E, na construção como cogitada, a ADPF enquadrar-se-ia à perfeição.

O precedente – concordando, ou não, com a escolha do STF pela ADIn em detrimento da ADPF – confirma a dificuldade do entendimento do que venha a ser “preceito fundamental”.

3 SOBRE A LEI Nº 9.882/1999

Se há opiniões no sentido de que a Lei nº 9.882/1999 é inconstitucional por ter ido além do restava permitido pelo texto constitucional¹⁹, é verdade, também, que a lei deixou a desejar naquilo que poderia dispor sobre a ADPF.

18 “Num raciocínio por exclusão, parece incontroverso que não se pode entender por preceito fundamental todo e qualquer dispositivo da Constituição. Fosse esse o espírito do art. 102, § 1º, da Constituição Federal, certamente faria referência expressa a esta, deixando de empregar a expressão em análise. Também não nos parece adequada uma interpretação reducionista, restringindo o conteúdo semântico de tal expressão aos princípios fundamentais, como, aliás, chegamos a entender no passado. O que entender, então, por preceito fundamental? O vocábulo fundamental dá a ideia de base, de alicerce ou, em suma, de fundamento. [...] São normas materialmente constitucionais aquelas tidas por imprescindíveis a uma Constituição, vale dizer, aquelas fundamentais à sua estruturação. Destarte, a ideia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber: a) as que identificam a forma e a estrutura do Estado (p. ex., federalismo, princípio republicano etc.); b) o sistema de governo; c) a divisão e o funcionamento dos poderes; d) os princípios fundamentais; e) os direitos fundamentais; f) a ordem econômica; g) a ordem social.” (Araújo, 2013, p. 93/94)

19 V.g., ver nota “11” anterior. E observe-se, ainda, que: “Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento assentado no sentido de que à lei infraconstitucional não é dado restringir nem aumentar a

Da leitura do art. 1º da mencionada lei, vê-se que o objeto principal foi ato do Poder Público. Ou seja, comando legal não se prende a ato normativo. Neste aspecto, o legislador foi bastante feliz²⁰. E, então, a ADPF presta-se a discutir efeitos concretos de ato do Poder Público, com consequências práticas: por exemplo, o uso da ADPF para afastar interpretação concreta de lei estadual paulista (ainda que sua constitucionalidade já tivesse sido confirmada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ao menos, com indeferimento de liminar na ADIn 3.937 MC/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-192 Divulg. 09.10.2008, Public. 10.10.2008)²¹.

Voltando ao conteúdo do *caput* em questão: a lei poderia ter ido além do que efetivamente foi, prevendo cabimento da ADPF para quaisquer atos lesivos (público ou privado). Para tanto, já soaria suficiente a análise de relevância da discussão como condição de conhecimento/admissão da ADPF²² (já constante na própria redação constitucional “descumprimento de preceito fundamental”), reafirmada no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999: “Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional”.

Da análise de alguns precedentes em sede de ADPF, observam-se importantes discussões/julgamentos sobre adequação de leis anteriores à Consti-

competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que teriam sido exaustivamente delineadas pelo legislador constituinte” (ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre as liminares na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: SÍNTESE, v. 57, n. 381, p. 13, jul. 2009). Noutras palavras, poder-se-á afastar suposta inconstitucionalidade, entendendo-se que a própria Constituição adotou – ainda que, para tal conclusão, seja necessário algum esforço de interpretação – regra expressa em lei.

- 20 Vê-se, neste sentido, o uso da ADPF em face de projeto de lei apenas (ou seja, antes mesmo de sua votação e conclusão do processo legislativo): ADPF 307-MC/DF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe-060 Divulg. 26.03.2014, Public. 27.03.2014. A discussão enfrentou projeto de lei orçamentária, mitigando autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública do Estado da Paraíba. A solução encontrada soa a melhor: determinou-se ao governador complementar o projeto enviado. Ainda que conste no acórdão que não se trata de controle preventivo de constitucionalidade, mas, sim, repressivo de constitucionalidade de ato concreto do chefe do Poder Executivo, é interessante o uso da ADPF em sede de projeto de uma lei.
- 21 Com “suspensão da eficácia das interdições ao transporte praticado pelas empresas associadas à arguente, quando fundamentadas em descumprimento da norma proibitiva contida no art. 1º da Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo, reconhecendo-lhes o direito de efetuar o transporte interestadual e internacional de cargas, inclusive as de amianto da variedade crisotila, observadas as disposições legais e regulamentares editadas pela União” (ADPF 234-MC/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-025 Divulg. 03.02.2012, Public. 06.02.2012).
- 22 Afora a opinião – pertinente sobre a relevância/imprescindibilidade do que seja preceito fundamental – da doutrina (ver nota “16” acima), como se comprova abaixo, tal espécie de análise é normalmente encontrada em acórdão do STF: “Constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF-AgRg). Impugnação a resoluções do Conselho Federal de Química (CFQ). Regime de subsidiariedade e relevância constitucional da controvérsia suscitada. Condições essenciais de admissibilidade da arguição. Não atendimento. Normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar. Ofensa reflexa. Inidoneidade da ADPF. Agravo regimental improvido. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ADPF, como instrumento de fiscalização abstrata das normas, está submetida, cumulativamente, ao requisito da relevância constitucional da controvérsia suscitada e ao regime da subsidiariedade, não presentes no caso. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou-se no sentido de que a ADPF é, via de regra, meio inidôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar (ADPF-AgRg 93/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 3. Agravo regimental improvido” (ADPF 210-AgRg/DF, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe-119 Divulg. 20.06.2013, Public. 21.06.2013).

tuição de 1988, ou seja, análise de recepção de diplomas legais pelo controle concentrado, até então, inacessíveis (como se sabe, sua análise era possível tão somente pelo controle difuso).

Neste específico ponto, ao contrário de valorosas opiniões contrárias, a disposição mantida no parágrafo único do art. 1º (inciso I) tem ganhado força e, efetivamente, tem sido aplicada pelo STF. São vários exemplos de uso da ADPF para julgar se determinada norma anterior à Constituição de 1988 foi recepcionada²³, inclusive com reflexos profundos na sociedade. Daí por que se pode concluir que aquela suposta inconstitucionalidade – atribuída, especialmente, ao parágrafo único, art. 1º da Lei nº 9.882/1999 – já está descartada pela jurisprudência do STF.

Continuando o raciocínio, enxergando a ADPF dentro do leque de ações diretas, próprias do controle concentrado de constitucionalidade, entende-se reforçada a constitucionalidade da lei de 1999. É que vem preencher vazio do controle de constitucionalidade concentrado, que, repisando-se entendimento do STF, não poderia tratar de legislação anterior à Constituição vigente. O mesmo sucedendo em relação ao ato normativo municipal, que igualmente não tinha previsão de vir a ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade.

Reforça, também, a constitucionalidade, especialmente, do parágrafo único, inciso I, art. 1º da Lei nº 9.882/1999, a previsão de seu *caput* (entendida, genericamente, pela doutrina, como constitucional): “Terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Ora, aceitando-se “ato”, não existe razão de monta para afastar do objeto da ADPF um “ato normativo”, justificando-se análise concentrada pela sua importância (“relevância”): o que legitimaria, inclusive, enfrentar “ato normativo municipal”. Ou, então, restaria possível, nos termos do *caput*, analisar ato municipal

23 Discussão sobre aborto do feto anencéfalo (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-080 Divulg. 29.04.2013, Public. 30.04.2013), enfrentando adequação/interpretação do Código Penal em relação à Constituição de 1988; privilégio de entrega de correspondência pelos Correios (ADPF 46/DF, Rel. p/o Ac. Min. Eros Grau, DJe-035 Divulg. 25.02.2010, Public. 26.02.2010), tratando da Lei nº 6.538/1978; recepção da Lei de Imprensa, nº 5.250/1967, pela Constituição de 1988 (ADPF 130/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJe-208 Divulg. 05.11.2009, Public. 06.11.2009), com procedência, ao final, declarando-se a não recepção, o que repercutiu, inclusive, em decisão sobre descabimento de exigência de diploma de curso superior para a prática de jornalismo (RE 511961/SP, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-213 Divulg. 12.11.2009, Public. 13.11.2009); recepção do art. 636 da CLT, exigência de depósito prévio do valor correspondente à multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo (ADPF 156/DF, Pleno, Relª Min. Carmen Lúcia, DJe-208 Divulg. 27.10.2011, Public. 28.10.2011), com declaração da não recepção; recepção da Lei de Anistia, nº 6.683/1979, confirmada pela rejeição da ADPF 153/DF (Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe-145 Divulg. 05.08.2010, Public. 06.08.2010), o que, contudo, colide com decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund versus Brasil – Guerrilha do Araguaia* (exemplificando como a última palavra da Corte Constitucional nacional pode não bastar para apaziguar a discussão).

de efeitos concretos (certamente, inserido na previsão normativa em tese), mas não normativo municipal? Não soa razoável.

Tanto por este aspecto, defensável entender que a previsão do *caput* vem repetida – ainda que com mais detalhes – no mencionado inciso I, parágrafo único, do mesmo art. 1º. Por conseguinte, ambos os comandos podem ser entendidos como em conformidade com a Constituição.

Outro ponto que inspira cuidado, ao ler a lei de 1999, é o comando constante do art. 4º, § 1º: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”. É que, interpretada a regra literalmente, poderá concluir-se que a ADPF resta obstada até mesmo por simples ação individual. Por óbvio, no entanto, tal interpretação implicaria inconstitucionalidade, pelo simples motivo de que nulificaria a previsão constitucional da ADPF.

No contexto, tem sido defendido que a regra legal em questão seja “interpretada conforme” a Constituição. E, assim, o “outro meio eficaz” deverá ser uma ação direta²⁴. Tal leitura justifica-se por inserir a ADPF no quadro geral de ação diretas, próprias do controle concentrado de constitucionalidade, reservando-se à ADPF o espaço não alcançado pela ação direta de inconstitucionalidade nem pela ação declaratória de constitucionalidade.

Tal atribuição de espaço residual²⁵ – além das outras ações diretas – à ADPF ratifica, ainda, conclusão pela constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999, que, em seu art. 1º, § 1º, inciso I, ao tratar de ato normativo municipal e anteriores à Constituição vigente.

4 EFEITOS *ERGA OMNES* E VINCULANTE SEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL?

A Lei nº 9.882/1999 dispõe o seguinte quanto aos efeitos do julgamento em ADPF: “§ 3º A decisão terá *eficácia contra todos e efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art. 10 – grifos nossos). Tal previsão é objeto de crítica, vez que a Constituição Federal de 1988 não dispôs a respeito dos efeitos da ADPF. Nem mesmo por meio de emendas constitucionais posteriores, como se comprova das redações históricas e atual do art. 102 da CF:

Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Redação original)

24 Como observou o ex-Ministro Carlos Velloso (Op. cit., p. 389).

25 André Ramos Tavares atribui à ADPF um caráter de residualidade qualificada, distanciando-se de boa parte da doutrina que defende um mero papel secundário ou subsidiário (Tavares, 2007, p. 69).

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Parágrafo único transformado em § 1º pela EC 3/1993, redação ora vigente)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas *ações declaratórias de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal, produzirão *eficácia contra todos e efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído pela EC 3/1993 – grifos nossos)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas *ações diretas de inconstitucionalidade* e nas *ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação vigente, dada pela EC 45/2004 – grifos nossos)

Foi, portanto, a Emenda Constituição nº 3/1993 que aparentemente inovou, ao prever os efeitos *erga omnes* e “vinculante”, mas apenas à ação declaratória de constitucionalidade (então, criada pela mesma emenda). E tal inovação foi estendida, também, a ações diretas de inconstitucionalidade (pela redação dada pela EC 45/2004).

Em relação a ações diretas de inconstitucionalidade, a inovação foi somente aparente, vez que o art. 102 da CF dispõe do controle concentrado de constitucionalidade, exercido unicamente pelo STF, sem necessidade de intermediação para promoção dos efeitos do julgamento pelo Senado Federal, o que ocorre apenas para o controle difuso²⁶. Ou seja, apenas no caso do controle difuso faz-se uso do Senado de forma a atribuir efeitos para todos da decisão de inconstitucionalidade.

Interessante a solução adotada, desde a Constituição de 1934, no Brasil, pelo art. 91, IV (ver nota “25”): diante da ausência no Brasil do *stare decisis*²⁷ (efeito de vincular juízes de acordo com julgamento de tribunais, em especial,

26 Como se reconhece, sendo a solução tradicional, adotada no Brasil, desde a Constituição de 1934, em seu art. 91, IV (competindo ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”). Regra, na essência, reproduzida na Constituição de 1988: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

27 Comentando sobre o modelo dos Estados Unidos: “Porém, decidida a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, na prática, nenhum outro juiz aplica a referida lei aos demais casos concretos análogos ao precedente da Corte, isso por força de antigo princípio, *stare decisis et nonquiescit movere*, que confere funcionalidade e coerência ao modelo de controle americano. Claro, ressalvadas as hipóteses de superação do precedente (*overruling*) ou de ‘distinção’ (*distinguishing*) por força de alguma peculiaridade entre o precedente e o caso subsequente” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 920, p. 137, jun. 2012).

da Corte Constitucional), atribuiu-se ao Senado a função de fazer valer “contra todos” decisão de inconstitucionalidade. Trata-se do primeiro “sucedâneo normativo ao *stare decisis*”²⁸.

Tantas foram as modificações²⁹, promovidas no Direito brasileiro, sempre com o intuito de cumprir a função do *stare decisis*³⁰: desde alargamento de matéria a ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, quanto ao aumento sobre os entes legitimados a sua propositura – o que resta evidente na Constituição de 1988, art. 103 –, passando pela previsão dos efeitos *erga omnes* e “vinculante” expressamente (EC 03/1193 e EC 45/2004), bem como pela previsão de que o STF possa editar enunciados de súmula vinculante³¹.

Como se sabe, no controle concentrado, não existe verdadeira lide, disputa entre partes, mas, sim, discussão sobre a conformidade de lei em relação à Constituição. Por isso, diz-se que se trata de controle em abstrato (análise da lei em tese). Consequência lógica é que não existem partes vinculadas por uma lide e em polos opostos, e não cabe cogitar de “limites subjetivos” da coisa julgada. É realidade que se impõe no Brasil, ao menos, desde a EC 16/1965³².

28 Amaral Júnior, p. 141. O autor, também, destaca que, na mesma Constituição de 1934, houve um segundo sucedâneo: a previsão de que, “nos juízes colegiados, a declaração de inconstitucionalidade requer decisão por maioria absoluta dos respectivos membros (ou do órgão especial com competência plenária a ele delegada)” (Ibidem).

29 O que tem gerado preocupação e crítica de parte da doutrina: “O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, pois a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram. Assim, sempre que ele for a base de uma decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial. Nesse sentido, Keith Eddey ressalta as vantagens do sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica. Tanto assim é que, de acordo com Eduardo Sodero, todo juiz chamado a decidir um caso cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional e decidir independentemente segundo sua convicção formada em sua consciência, para tanto, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente. Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação pelo NCPC e já presente nos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil vigente” (NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs. direito jurisprudencial*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 502).

30 “Relativamente ao controle de constitucionalidade, o drama do modelo é a ausência do *stare decisis*. Elemento da prática do *common law*, gestado ao longo de séculos, o *stare decisis* não permite cópia. Portanto, faltou ao Direito brasileiro o elemento que confere – ao modelo americano – funcionalidade e coerência decisórias. Julgado um recurso extraordinário pelo STF, nada vinculava os demais juízes brasileiros ao entendimento firmado pelo Tribunal de cúpula. Então, buscou-se suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, sucedâneos normativos ao *stare decisis*.” (Amaral Junior, p. 140)

31 O efeito vinculante, hoje, previsto na Constituição de 1988 (art. 102, § 2º), tem mesma força da súmula vinculante (art. 103-A da CF): relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Ou seja, não se discute de querer impor tal decisão do STF em relação ao Poder Legislativo, que, por óbvio, mantém sua liberdade de reproduzir eventual ato normativo tido por inconstitucional pelo STF (CARDOSO, Oscar Valente. *Stare decisis* e súmula vinculante: análise comparativa. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Oliveira Rocha, n. 130, jan. 2014, p. 81, 2014).

32 “O grande avanço proveniente da EC 16/1965 consistiu em conferir eficácia *erga omnes* à decisão do STF. Essa eficácia decorre do fato de que na representação, da EC 16/1965, não há que se falar em partes e, por conseguinte, não caberia falar em limites subjetivos da coisa julgada. Trata-se de um processo objetivo e, por isso, não caberia um ato complementar, ele seria tudo, pois o julgado não teria nenhum significado, já que não vincularia ninguém.” (TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade

Então, não havendo partes interessadas num litígio concreto, é de supor-se crível estender os efeitos do julgamento para todos (afinal, os próprios destinatários de determinada lei em tese/abstrato). Em função de inexistência de partes no sentido processual de um litígio concreto, construiu-se na jurisprudência – inclusive, a brasileira – que os efeitos de julgamento de ação direta necessariamente devem ser oponíveis para todos (*erga omnes*). Ainda, diante de declaração de inconstitucionalidade, a lei (objeto da análise numa ação direta de inconstitucionalidade) era, desde logo – sem interferência do Senado Federal – expurgada do ordenamento nacional³³. Ou seja, não seria sequer possível a juiz ou tribunal inferior querer aplicar norma que, frise-se, deixava de compor a legislação nacional. Então, enfocando a ADIn, houvesse a declaração de inconstitucionalidade, os efeitos *erga omnes* e “vinculante” eram inerentes ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Tal conclusão de promover a exclusão da norma constitucional do ordenamento, contudo, não se prestava, por exemplo, ao exercício de controle constitucionalidade, por meio da “declaração conforme” ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (nas quais se mantinha a norma cuja constitucionalidade vinha questionada). Da mesma forma, no caso de expressa declaração da constitucionalidade de uma lei. Nessas situações, restaria como solução mais plausível para atribuir os efeitos *erga omnes* e “vinculante” a análise processual da discussão em abstrato de uma lei, que – portanto, sem partes num litígio concreto – permitiria a extensão dos efeitos do julgamento em face de todos.

Neste contexto, diante de inovação do constituinte reformador, ao criar uma nova espécie de ação concentrada (declaratória de constitucionalidade), entende-se, assim, sua preocupação de deixar expresso na Constituição a atribuição de efeitos *erga omnes* e “vinculante”. Trata-se de mais uma tentativa de fazer valer a autoridade e respeito às decisões do STF, no Brasil, a despeito, como se viu, de não termos o *stare decisis*.

Num extremo oposto, atualmente, tem sido discutido acerca de uma possível “abstrativização” do controle difuso, aplicando-lhe os efeitos costumeiros atribuídos ao controle concentrado: ou seja, quaisquer julgamentos do STF passariam a ser oponíveis contra todos e vinculantes. É conclusão que se alcança da leitura da discussão travada em alguns julgamentos: por exemplo,

das leis no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 70, p. 126, jan./mar. 2010).

33 Conforme a teoria tradicional da nulidade de normal inconstitucional (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15).

nos autos de Reclamação nº 4.335³⁴, bem como nos autos de Mandado de Injunção nºs 708 e 712³⁵. Tal postura da Corte amplia ainda mais o alcance de suas decisões.

A questão não é meramente teórica. Admitida a dispensa da intervenção do Senado no controle de constitucionalidade difuso – ou seja, considerando-se ter havido mutação constitucional³⁶, tornando dispensável atuação do Senado –, será admitida reclamação em face de decisões de instâncias inferiores em sentido diverso do julgado do STF (mesmo se tratando de julgamento em controle difuso, e não concentrado de constitucionalidade).

A despeito de vencedor o posicionamento do relator nos autos da Reclamação nº 4.335, infere-se que houve divergência quanto aos fundamentos em relação aos demais ministros. Então, é prematuro dizer que o STF tenha, efetivamente, adotado o posicionamento pela “abstrativização”³⁷. Até porque, bom reforçar, equivaleria a fazer letra morta do art. 52, X, da CF, cuja regra está presente, com pequenas alterações na redação, em nosso ordenamento desde a Constituição de 1934 (ver nota “26”).

34 Consta do voto do relator: “Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X, da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica. Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988” (STF, Plenário, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 20.03.2014, DJe nº 208, Divulg. 21.10.2014, Publ. 22.10.2014).

35 Conforme se verifica das observações constantes de voto abaixo: “As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução normativa para a decisão judicial. [...] Significativa, também, a decisão do STF nos MI 712, Relatado pelo Min. Eros Grau, DJ 23.11.2007, e no 708, por mim relatado, DJ 31.10.2008, os quais adotaram “solução normativa e concretizadora” para a omissão quanto ao direito de greve dos servidores públicos. [...] As decisões acima referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano. Parece claro que as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter *obrigatório* ou *mandamental* (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 335)” (STF, Plenário, MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-081 Divulg. 30.04.2013, Public. 02.05.2013, conforme voto do Relator).

36 PINEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 197.

37 Muito embora, bom observar que a atribuição de efeitos próprios de ação direta é encontrada em outros exemplos, conforme jurisprudência do STF. V.g., em sede de mandado de injunção, como se verifica dos precedentes do STF sobre o direito de greve de servidores públicos: STF, Pleno, MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJe-206 Divulg. 30.10.2008, Public. 31.10.2008; STF, Pleno, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-206 Divulg. 30.10.2008, Public. 31.10.2008. Em ambos, os ministros discutiram sobre o cabimento, ou não, de atribuir os efeitos *erga omnes*, a despeito de tratar-se de ação própria do controle difuso (e não ação direta de inconstitucionalidade por omissão), restando vencedora a posição por atribuí-los nos dois julgamentos. Nestes casos, bom assinalar, não caberia cogitar de haver o obstáculo em função do comando constante no art. 52, X, da CF, que diz respeito, especificamente, à extensão de efeitos além das partes para o caso de declaração de inconstitucionalidade em ação concreta pelo STF.

Mesmo assim, tomando-se por base do que já sucedeu relativamente a julgamentos de mandado de injunção, inegável que o STF parece caminhar para ampliação dos efeitos de suas decisões.

Interessante a opinião de Luís Roberto Barroso (que compartilha e exemplifica a força da posição vencedora naquele julgamento de Reclamação, inclusive, na esteira de posicionamento doutrinário de Teori Zavascki³⁸):

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC 16/1965, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção.³⁹

Entretanto – com o respeito ao posicionamento do jurista, mas aproveitando seu raciocínio –, se, desde 1965, não se justificava a atribuição ao Senado, por que, então, o constituinte originário de 1988 preferiu manter tal função ao Senado? Não seria desrespeitoso ao texto constituinte originário fazer pouco do art. 52, X? Não se trata, simplesmente, de uma peculiaridade na Separação de Poderes no Brasil?

Em reforço a tal entendimento contrário à figura da “abstrativização”, recorda-se da criação constitucional da súmula. É que resta possível ao STF, sem esperar qualquer intervenção do Senado Federal, editar um enunciado que, necessariamente, tenha que ser observado pelas instâncias inferiores⁴⁰. Sendo assim e diante de modificação expressa pelo constituinte reformador, prevenindo a súmula vinculante, por que motivo caberia ao STF deixar de lado a regra constante do art. 52, X?

38 Mas não se perca de vista posicionamento forte pelo enfraquecimento do dispositivo constitucional do art. 52, X. A título de exemplo: “[...] a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, o seu exercício foi paulatinamente perdendo a importância e o sentido que tinha originalmente, sendo, hoje, inexpressivas as consequências práticas que dele podem decorrer” (Zavascki, p. 51).

39 Barroso, p. 92.

40 Foi o pensamento, exposto pelo Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, que, todavia, restou compondo o grupo vencido: “Mas tenho reservas dobre a natureza objetiva que se quer conferir ao mandado de injunção. Nesse sentido, ponho-me de acordo com o as restrições manifestadas pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia, por exemplo. Mas não se pode negar que os feitos se repetirão. Nos termos em que se forma a maioria, o resultado prático de negar-se o efeito *erga omnes* é que a Corte repetirá o julgamento, apenas para afirmar em diversas oportunidades o mesmo que afirmou nessas últimas sessões. Mas, por outro lado, essa constatação prática não me parece suficiente para alterar a natureza do mandado de injunção, que é via vinculada ao interesse. Talvez fosse o caso, para resolver uma parte desse problema de repetição de feitos, já que não há dúvidas sobre a omissão legislativa, de editar-se uma súmula vinculante sobre a matéria [...]” (STF, Pleno, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-206 Divulg. 30.10.2008, Public. 31.10.2008).

Em suma, vê-se que o tema dos efeitos atribuídos aos julgamentos do STF, como um todo, é controverso e atual. De qualquer forma, parece autorizado concluir que, estando a ADPF inserida no modelo de ações diretas de controle de constitucionalidade, resta aceitável entender que tal espécie de ação direta – num processo abstrato – também deve apresentar os conhecidos efeitos *erga omnes* e vinculante. E, em conclusão, no ponto, mais uma vez, vê-se que a Lei nº 9.882/1999 não inovou, não modificou, em verdade, o tratamento jurídico, constante da Constituição de 1988. Não vem maculada por inconstitucionalidade.

CONCLUSÕES

A análise da ADPF mostra-se como um verdadeiro estudo da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, com suas especificidades – importando-se costumes e institutos tão díspares (dos Estados Unidos e Europa continental) –, ainda, na busca de um norte claro e próprio. Uma busca que se justifica, em especial, pela ausência do instituto do *stare decisis*. Ainda, a inclusão da ADPF no quadro de ações diretas de controle de constitucionalidade sinaliza para uma ampliação nítida da atuação do Tribunal em relação a temas variados e caros, com reflexos sobre toda sociedade.

É que o caráter aberto da ADPF – “descumprimento de preceitos fundamentais” – reforça bastante a óptica subjetiva do STF. E tal subjetividade – em clara consonância com o texto constituinte originário, bom frisar (não se trata usurpação, mas de competência prevista na CF) – reforça um papel do STF muito além de uma Corte jurídica, promovendo evidente atuação política.

No contexto, calha a lembrança da lição de Luiz Alberto David Araújo:

Houve, de 1988 até agora, o acúmulo de poderes do Supremo Tribunal Federal para apreciar questões ligadas ao controle concentrado, como apontado acima. Desde logo, gostaríamos de deixar claro nosso entendimento de que acreditamos que a Corte Suprema deva ter mesmo o poder de determinar o que é relevante ou não. Num sistema de controle concentrado, é importante que os ministros tenham o discernimento para determinar o que é relevante ou não. No entanto, o sistema seria aperfeiçoado se o processo de escolha dos ministros passasse por um critério mais adequado, já que o atual tem participação do Presidente da República e do Senado Federal, tradicionalmente composto de maioria governista. Não estamos, de maneira alguma, desmerecendo as escolhas feitas para composição dos quadros da Corte Suprema. O controle social, entretanto, é característica dos sistemas democráticos. A entrega de poderes com tal amplitude não se coaduna com a forma de escolha dos membros da Corte Suprema. O sistema, portanto, evoluiu quando entregou subjetividade às decisões do Pretório Excelso. Mas deixou de atentar para o controle social do processo de escolha de tais ministros. (Araújo, 2003, p. 173)

Sendo assim, partindo do estudo da ADPF, vê-se confirmação incontestável de que o STF apresenta-se nos dias atuais e cada vez com evidente caráter político. Por conseguinte, mostra-se oportuno discutir critérios para escolha de seus ministros. E o motivo é singelo: copiado o modelo de escolha dos ministros dos Estados Unidos pelo Brasil, a importação não funciona como no original. Nos Estados Unidos, é rotineiro rejeitar-se indicado pelo Presidente americano. No Brasil, ao contrário, tem sido uma constante a mera confirmação de escolha pessoal do Presidente da República brasileiro⁴¹.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre as liminares na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Síntese, v. 57, n. 381, jul. 2009.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 920, jun. 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Da ingênua objetividade do conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade para o juízo subjetivo e inseguro da arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30, p. 69, jan. 2000.

CARDOSO, Oscar Valente. Stare decisis e súmula vinculante: análise comparativa. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Oliveira Rocha, n. 130, jan. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, a. 10, n. 39, 2010.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal* (Império e República). 4. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014, p. 9, destaques do original. Disponível

41 É o que se conclui dos 5 (cinco) casos de rejeição de indicados no Brasil, todos ocorrendo num período muito curto: “Na história republicana brasileira, ao longo de 125 anos (1889 a 2014), o Senado Federal, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), rejeitou cinco (5) indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (1) Barata Ribeiro, (2) Innocência Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo” (MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal* (Império e República). 4. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. p. 9 – destaques do original. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2015).

em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. *Stare decisis vs. direito jurisprudencial*. Salvador: JusPodivm, 2013.

PINEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, n. 15, jan./jun. 2012.

TOMAZETTE, Marlon. A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 70, jan./mar. 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, jul./dez. 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.