

O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF:

Uma aplicação constitucionalmente adequada do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99

Flávio Rezende Dematté

Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União e Corregedor Setorial do Ministério do Desenvolvimento Agrário. Aluno da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Por meio do presente trabalho, faremos um breve estudo da norma contida no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.822, de 03/12/1999, consistente no pressuposto de admissibilidade para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que foi denominado pela dogmática jurídica pátria de “regra da subsidiariedade”.

Trata-se de regra legal cujo entendimento sofre muita variação pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, divergências hermenêuticas estas que, a depender da postura adotada, podem levar a um total esvaziamento da utilidade e da eficiência desse importante instrumento de controle de constitucionalidade. Cada uma das mencionadas correntes interpretativas serão analisadas e, ao final, apontar-se-á aquela que se adequa de maneira mais razoável e harmônica com o desiderato constitucional de imprimir uma proteção especial àqueles preceitos da Constituição tidos como fundamentais e que estejam sofrendo lesão ou ameaça por ato do Poder Público.

Contudo, preliminarmente será feita uma concisa exposição de alguns aspectos gerais da ADPF que se mostram indispensáveis para o bom desenvolvimento deste trabalho. Com o intuito de estreitar com precisão o escopo do presente estudo, cumpre assinalar que será objeto deste apenas a modalidade de ADPF denominada de “direta” ou “autônoma”, ou seja, aquela cuja proposição pode ser feita diretamente ao STF por meio de uma ação autônoma, conforme previsto no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99. Exclui-se do âmbito deste trabalho, portanto, a análise da chamada ADPF “incidental” ou “por derivação”.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A ADPF:

A ADPF é mais um dos mecanismos processuais incorporados pelo legislador

constituente de 1988 ao sistema de controle de constitucionalidade estabelecido na atual Constituição: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, §1º)¹. No caso da ADPF, trata-se de um instrumento até então inédito na evolução de tal sistema de controle no Brasil e que certamente não possui identidade imediata e perfeita com nenhuma outra medida de jurisdição constitucional análoga no mundo, como o recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), o recurso de amparo espanhol ou o *writ of certiorari* norte-americano².

Em razão de se tratar de norma que dependia de complementação legislativa infraconstitucional, somente onze anos depois da promulgação da Carta de 1988, com a edição da Lei nº 9.882, de 03/12/1999, o mencionado dispositivo veio a ostentar eficácia jurídica plena, conforme disposto no *caput* do art. 1º daquele diploma legal: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, presidente da Comissão que foi encarregada de elaborar o anteprojeto que culminou na Lei nº 9.882/99³, a ADPF “é medida de cunho judicial, que promove o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos e não normativos, desde que emanados do Poder Público” e que visa “a proteção dos denominados valores constitucionais básicos”⁴.

Luís Roberto Barroso aponta que a ADPF, na forma como foi redigida no projeto de lei de regulamentação aprovado pelo Congresso Nacional (PL nº 17/1999), tinha uma função de instrumento de governo, consistente na proposição daquela ação pelos mesmos legitimados da ADI quando fosse “relevante o fundamento da controvérsia

1 Vale destacar que originariamente o teor do disposto no citado §1º encontrava-se no parágrafo único do mesmo artigo. Tal renumeração ocorreu por conta das mudanças realizadas pela EC nº 3, de 13/03/1993, sem que houvesse alterações na redação original da citada disposição.

2 Para um breve cotejamento entre a ADPF e aqueles outros três instrumentos de jurisdição constitucional existentes no direito comparado, com destaque para as diferenças entre eles, ver SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de Preceito Fundamental”. In: Tavares, André Ramos; Rothemburg, Walter Claudius (org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 88-90.

3 Tal comissão foi composta ainda pelos eminentes juristas Arnaldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins e Oscar Dias Corrêa.

4 BASTOS, Celso Ribeiro. “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Reguladora”. In: Tavares, André Ramos; Rothemburg, Walter Claudius (org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 78.

constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, desiderato este que foi atingido, conforme a redação do art. 1º, parágrafo único, I, c/c art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, e uma função de instrumento de cidadania, pois estava prevista no inciso II do art. 2º do PL 17/1999 a possibilidade irrestrita de proposição de ADPF por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, legitimação ativa esta que, contudo, sofreu veto presidencial sob o argumento de que tal acesso individual e não especificado seria incompatível com o controle concentrado e asoberbaria o STF com questões ausentes de “relevância social” e “consistência jurídica”⁵. Tal postura adotada por meio desse veto acabou por distanciar, quanto a esse aspecto, a ADPF brasileira do recurso constitucional alemão, pois para este a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão prevê expressamente a possibilidade de legitimidade ativa para propô-lo a qualquer pessoa que alegue violação a um direito fundamental seu (art. 90, I).

Em que pese o citado veto ter obstado aquela legitimidade ativa para qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão, a Lei nº 9.882/99 manteve a possibilidade de o interessado representar ao Procurador-Geral da República solicitando a propositura de ADPF, que, por sua vez, examinará os fundamentos jurídicos do pedido e decidirá se irá propor ou não a ação (art. 2º, § 1º); caso o citado legitimado entenda pelo não-cabimento da ADPF, o interessado que apresentou aquela representação nada poderá fazer. A título de crítica, é importante destacar que tal competência atribuída ao chefe máximo do *Parquet* federal por meio do referido dispositivo legal ainda está pendente de mostrar a sua utilidade prática para a sociedade brasileira, haja vista que no período compreendido entre a data de regulamentação da ADPF (03/12/1999) até o mês de julho de 2009 nenhuma das 175 arguições de descumprimento de preceito fundamental distribuídas no STF foi proposta pelo Procurador-Geral da República⁶.

Não obstante aquele veto presidencial não ter sido derrubado pelo Congresso Nacional, cumpre mencionar que atualmente está em trâmite naquela Casa Legislativa projeto de lei (PL nº 6543/2006) por meio do qual se busca a reinserção da mencionada

5 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 245.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Distribuídas por Legitimado - 1993 a 2009*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico= estatistica&pagina=adpflitimado](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpflitimado)>. Acesso em: 23/07/2009.

legitimação popular para propositura da ADPF, desta vez com a acréscimo de uma exigência especial para sua admissão: o atendimento aos requisitos necessários para caracterização da repercussão geral prevista no art. 102, § 3º, da CF/1988, assim como aqueles fixados no Regimento Interno do STF.

Ainda quanto aos legitimados para propor a ADPF, o legislador ordinário estipulou que eles seriam os mesmos definidos na Constituição para a propositura da ADI, de modo que as mesmas limitações existentes para os chamados “legitimados universais” – que podem propor a ação em qualquer situação – e os “legitimados especiais” – para os quais existe a demonstração de pertinência temática – também são extensíveis para o âmbito da ADPF.

Do exposto até aqui, verifica-se que apenas pelo critério da legitimidade ativa não se pode vislumbrar relevantes diferenças entre a ADPF e a ADI, de sorte que serão em outros aspectos inerentes àquela onde residirão as suas marcas identificadoras específicas, tais como o objeto a ser controlado por meio da ADPF e o parâmetro utilizado para realizar tal controle.

Entretanto, é importante assinalar que a idéia de “descumprimento” difere da noção de “inconstitucionalidade”, pois esta, no sentido estrito concebido pelo ordenamento jurídico pátrio, consiste em um forma peculiar de invalidade reservada somente aos atos propriamente normativos estatais editados em data posterior a da promulgação da atual Carta Magna⁷, não abarcando outros atos ou comportamentos estatais⁸, ou seja, seria uma inaptidão estritamente normativa intra-sistêmica entre a Constituição e os demais atos normativos posteriores a ela.

Já a expressão “descumprimento” deve ser empregada exclusivamente no tratamento de ameaças ou violações promovidas por qualquer tipo de ato – normativo ou não – realizados pelo Poder Público em geral contra normas constitucionais tidas como preceitos fundamentais. Assim, conclui-se que o objeto passível de controle por meio da ADPF é mais amplo do que o da ADI, pois aquele abarca também os atos não-

7 Lembrando, ainda, que os atos normativos municipais violadores da Constituição Federal são excluídos do controle concentrado pelo STF por meio de ADI, independentemente da data em que foram editados.

8 TAVARES, André Ramos. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei”. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.

normativos (os chamados atos de efeitos concretos) de todas as esferas federativas e de Poder, além de alcançar todos os outros atos que são excluídos do âmbito da ADI, tais como atos normativos anteriores à Constituição, atos normativos municipais, decisões judiciais ou, até mesmo, atos normativos já revogados.

No tocante ao parâmetro de controle empregado na ADPF, este é mais restrito quando comparado com o utilizado no campo da ADI, pois na arguição ele se limita aos preceitos da Constituição considerados fundamentais, e não a qualquer norma ali inserida. Por óbvio que certas disposições constitucionais ostentam evidente cariz de fundamentalidade, tais como aquelas inseridas no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º da CF/1988); já outras normas extraídas da Constituição se encontram em uma zona cinzenta de fundamentalidade que somente poderá ser dissipada mediante uma atividade interpretativa refinada, como, por exemplo, o dispositivo constitucional que estabelece a autorização de intervenção federal em caso de violação a certos princípios considerados “sensíveis” (art. 34, VII, da CF/1988).

Essa dificuldade presente na compreensão do conceito de preceito fundamental é uma decorrência direta e imediata da estrutura flexível e complexa das normas de direitos fundamentais, que em razão de tal ductilidade ora se apresentam como princípios, ora como regras, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso sob apreciação e da utilidade que o intérprete/aplicador anseia dar à norma jusfundamental, conforme salienta André Rufino do Vale⁹.

É exatamente aqui onde reside o principal desafio hermenêutico imposto pela ADPF: estabelecer com precisão os limites existentes na Constituição que imprimem a chancela da fundamentalidade em um preceito constitucional. Quanto a esta delicada tarefa, Gilmar Ferreira Mendes apresenta um conselho de que não se pode olvidar:

“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-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no

9 VALE, André Rufino do. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

texto constitucional”.¹⁰

Não resta dúvida de que o principal responsável pelo desvelamento dessa complexa questão será o próprio Supremo Tribunal Federal, que o fará na medida em que houver um incremento do número de ADPFs apreciadas quanto ao seu mérito, pois do total de 175 arguições distribuídas no STF até julho de 2009, apenas 05 (2,4%) tiveram o seu mérito julgado (03 pela procedência total, 01 pela procedência parcial e 01 pela improcedência), sendo que 101 ADPFs sequer foram conhecidas¹¹, grande parte delas sob o fundamento de ilegitimidade ativa *ad causam* ou de não atendimento à regra da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, dispositivo legal objeto do presente estudo.

A conclusão que se extrai do exposto até aqui é a de que o âmbito de atuação/incidência da ADPF não se confunde com o da ADI, não obstante ambas serem ações constitucionais para o controle concentrado na forma direta e possuírem natureza de processos objetivos. Tanto o objeto passível de ser controlado por cada uma daquelas ações quanto – e sobretudo – os parâmetros de controle por elas empregados são claramente definidos e distintos, visto que na ADPF tal parâmetro está circunscrito aos limites dos preceitos da Constituição considerados fundamentais.

É exatamente esta característica da ADPF, cujo assento constitucional está explícito no art. 102, § 1º, da CF/1988, que, segundo parte da doutrina^{12 13}, a colocaria em condição de especialidade e preferência em relação à ADI, de sorte que constatando-se que um determinado ato emanado do Poder Público estivesse violando ou ameaçando de lesão um preceito fundamental da Carta Magna, a ação constitucionalmente cabível para obstar/eliminar aquele ato seria a ADPF, e não a ADI.

Tal posicionamento não é compartilhado em sua totalidade por Gilmar Ferreira Mendes, que, desenvolvendo uma interpretação global da subsidiariedade da ADPF,

10 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

11 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Distribuídas - 1993 a 2009*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>. Acesso em: 23/07/2009.

12 ROTHEMBURG, Walter Claudius. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Tavares, André Ramos; Rothemburg, Walter Claudius (org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 233.

13 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 418.

entende que tal preeminência da ADPF em relação à ADI não se impõe, o que somente ocorreria caso os demais processos de natureza objetiva previstos na Constituição (ADI, ADC e ADO) se mostrassem inaptos e ineficazes para “solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata”¹⁴.

Em que pese essa divergência de entendimento quanto à primazia entre um ou outro daqueles processos objetivos de controle de constitucionalidade concentrado, a interpretação acima desenvolvida – que, vale repisar, está rigorosamente fundada no texto da CF/1988 – é a pedra angular para a análise que se passará a fazer da disposição contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a chamada regra da “subsidiariedade”, e das correntes hermenêuticas desenvolvidas em torno desta regra.

2. A SUBSIDIARIEDADE COMO PRESSUPOSTO PARA ADMISSÃO DA ADPF:

Ao regulamentar o procedimento da ADPF, o legislador ordinário inseriu como pressuposto para admissão desta ação direta constitucional a regra da subsidiariedade, na forma assim transcrita:

“Art. 4º.

(...)

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

Primeiramente, é importante afirmar que apenas o fato de a Lei nº 9.882/99 ter incluído para a admissibilidade da ADPF um requisito que não estava previsto no texto constitucional – como o é a regra da subsidiariedade – não eiva tal exigência com a mancha da inconstitucionalidade. Basta lembrar que vários outros instrumentos processuais-constitucionais previstos de maneira concisa na Constituição Federal – tais como o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular – também tiveram a sua regulamentação amplamente elaborada pela legislação ordinária, abarcando pontos relevantes como prazos decadenciais, hipóteses de cabimento, previsão de liminares, efeitos das decisões e ritos procedimentais, sem que com isso se alegasse a inconstitucionalidade de tais disposições tão-somente porque não estavam

14 MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit. p. 114.

previamente alinhavadas no texto constitucional.

A regra contida no § 1º do art. 4º da Lei da ADPF consiste em preceito legal que desde a sua criação tem provocado dissensos tanto na doutrina brasileira quanto na jurisprudência do STF, sobretudo no tocante ao entendimento do que seria a ausência de qualquer outro meio eficaz de que trata o parágrafo acima reproduzido. Tais divergências interpretativas doutrinárias e jurisprudenciais podem ser agrupadas em duas correntes.

Para a primeira corrente, a ADPF somente poderá ser admitida pelo STF quando todos os demais mecanismos processuais oferecidos pelo ordenamento jurídico já tiverem sido utilizados e após o esgotamento de todas as instâncias judiciais. Entre os defensores dessa corrente estão Alexandre de Moraes¹⁵, Zeno Veloso¹⁶ e Walber de Moura Agra¹⁷. Sem muito esforço, já é possível perceber que tal posicionamento acabaria por reservar à propositura e à admissibilidade da ADPF o *status* de um evento cuja ocorrência seria de extraordinária raridade.

A razão de tal afirmação reside na estrutura do atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que prevê, ao lado do modelo concentrado-abstrato, a existência do modelo difuso-concreto, por meio do qual se atribui a qualquer instância judicial a possibilidade de apreciar a constitucionalidade de um ato normativo ou, no caso da ADPF, a fundamentalidade do preceito constitucional que esteja sendo atacado ou ameaçado por um ato do Poder Público.

Destarte, tendo em vista que o uso da ADPF estaria reservado para um momento ulterior ao hercúleo exaurimento de todos os instrumentos processuais e recursais previstos no ordenamento jurídico pátrio para acionar o Poder Judiciário, a ADPF passaria a figurar no texto constitucional e no sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil como um mero item decorativo. Tal impasse promovido por essa corrente interpretativa não passou despercebido por Luís Roberto Barroso, que assim admoesta:

“A ADPF teria, assim, um papel marginal e inglório, na mesma linha do mal-aventurado mandado de injunção. É que, na prática, dificilmente deixará de haver no arsenal do controle concentrado

15 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 734.

16 VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.306.

17 AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 527.

ou do controle difuso a possibilidade, em tese, de utilizar-se alguma ação ou recurso contra o ato a ser questionado. E a demora inevitável no esgotamento de todas as outras vias compromete, naturalmente, os objetivos visados pela argüição, dentre os quais o de evitar a incerteza trazida por decisões contraditórias e de promover a segurança jurídica”.¹⁸

Não obstante a embaraçosa situação promovida pela corrente em questão, vale destacar que este posicionamento foi sustentado inicialmente em várias ocasiões por alguns Ministros do STF para não conhecer da ADPF, conforme excertos abaixo transcritos:

ADPF 3-QO

“Há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. (Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 18/05/2000, *DJ* de 27/02/2004)

ADPF 12

“A argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da Carta da República, e regulada pela Lei nº 9.882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado, conforme dicção expressa do art. 4º, § 1º, da mencionada Lei nº 9.882/99. No caso dos autos, como se constata de simples leitura da inicial, a argüição tem por objetivo, exatamente, a reforma de decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, decisão esta passível de reexame por meio de agravo regimental, que, inclusive, foi manifestado pelo argüente em 14-3-2001 e se encontra aguardando, atualmente, julgamento. Evidente, desse modo, a ausência do requisito previsto no referido artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, uma vez que a eventual lesividade do ato impugnado pode ser sanada por meio eficaz que não a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. (Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão monocrática, julgamento em 20/03/2001, *DJ* de 26/03/2001)

ADPF 17-MC

“Vê-se, pois, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada, se se demonstrar que, por parte do interessado, houve o prévio exaurimento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento positivo, capazes de fazer cessar a situação de lesividade ou de

18 BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit. p. 253.

potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados. Foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade, não conheceu, quer em sede plenária, quer, ainda, em decisões monocráticas de arguições de descumprimento de preceito fundamental, precisamente por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais — tais como o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade (por violação positiva da Carta Política), o agravo regimental e o recurso extraordinário (que admitem, excepcionalmente, a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) e a reclamação —, todos eles aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados.” (Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 20/09/2001, *DJ* de 28/09/2001)

ADPF 155-MC

Ademais, mesmo que superados tais óbices ao conhecimento da presente ação, cumpre recordar que o ajuizamento da ADPF rege-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado (cf. ADPF 3/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, ADPF 12/DF e 13/SP, ambas de relatoria do Min. Ilmar Galvão, ADPF 129/DF, de minha relatoria).” (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 04/12/2008, *DJE* de 11/12/2008)¹⁹

Depreende-se do entendimento consubstanciado nessa primeira corrente que a ADPF teria a aparência de um recurso último colocado à disposição dos interessados pelo sistema processual brasileiro e que seria utilizado complementarmente em caso de falibilidade e esgotamento total de todos os outros instrumentos processuais. Além disso, como a ADPF possui um rol de legitimados ativos restrito, o eventual exaurimento de todas as vias processuais e recursais do modelo difuso-concreto não acarretaria uma disponibilidade da ADPF imediata e francamente utilizável para o interessado, pois este dependeria que ela fosse proposta por um daqueles legitimados indicados na lei. Enfim, estaria decretada, assim, a imprestabilidade completa da ADPF, ao arrepio do desiderato constitucional almejado para tal ação.

¹⁹ Importante observar que mesmo recentemente o entendimento sustentado pela primeira corrente ainda aparece em algumas decisões proferidas pelo STF, tal como no caso acima e também nas ADPFs 128 e 147.

Diante da anomalia jurídica decorrente da visão estritamente subjetiva que identifica essa primeira corrente, outra linha se formou no sentido de conferir à regra da subsidiariedade uma interpretação constitucionalmente mais adequada e aberta. Segundo essa outra corrente, como a ADPF é um instrumento processual de natureza objetiva, o pressuposto de admissibilidade prescrito no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 deve ser empregado dentro de um contexto comparativo com os outros processos de natureza objetiva previstos na Constituição, ou seja, “na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva”²⁰.

Além disso, entende-se que o eventual afastamento do emprego da ADPF em razão de aplicação da regra da subsidiariedade está condicionado à comprovação da idoneidade eficaz de algum outro meio porventura existente – vale repisar, também de caráter objetivo, tal como a ADPF – para sanar, de forma ampla, geral e imediata, a violação do preceito fundamental pelo ato do Poder Público apontado.

Como se pode depreender do exposto acima, o alicerce jurídico sobre o qual essa segunda corrente erige o seu entendimento é o caráter objetivo da ADPF, assim como os atributos dele decorrentes, sobretudo a eficácia vinculante e *erga omnes* da decisão proferida por meio daquela ação, em contraposição com os demais instrumentos ordinários de impugnação judicial que, de regra, resultam em decisões eficazes apenas entre as partes litigantes e ostentam aspecto processual marcadamente subjetivo, características estas insuficientes e ineficazes para interromper de maneira global, imediata e ampla a lesividade a que se encontra submetida o preceito fundamental descumprido.

Entre os que se alinham com a segunda corrente estão Luís Roberto Barroso²¹, André Ramos Tavares²², Celso Ribeiro Bastos²³ e Gilmar Ferreira Mendes²⁴. Aliás, foi deste último o voto que, pela primeira vez, empregou no STF o entendimento acima:

ADPF 33

“Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da

20 MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit. p. 111.

21 BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit. p. 254.

22 TAVARES, André Ramos. Ob. cit. p. 47.

23 BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. cit. p. 80.

24 MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit. p. 113.

arguição de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. 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, no mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pleora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias”. (Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 07/12/2005, DJ de 27/10/2006)

Contudo, foi no lapidar voto proferido pelo Ministro Gilmar na ADPF 76 onde a posição esposada pela segunda corrente ganhou um assento sólido como precedente relevante na Suprema Corte, o que fez com que provocasse uma ressonância argumentativa em decisões proferidas em outras ADPFs, tais como as de nº 79, 87, 100, 111, 114 e 126 . Segue excerto do voto que foi paradigmático para um uso constitucionalmente mais razoável da subsidiariedade:

ADPF 76

“O desenvolvimento do princípio da subsidiariedade, ou da idéia da inexistência de outro meio eficaz, dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. (...) 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, caso se considere 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. (...) Nesse cenário, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Destarte, assumida a plausibilidade da alegada violação ao preceito constitucional, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, em princípio, 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental. (...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva. Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva, apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigurar-se-ia integralmente aplicável a argüição 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. (...) Desse modo, 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 argüição de descumprimento. (...) Como o instituto da ADPF assume feição eminentemente objetiva, o juízo de relevância deve ser interpretado como requisito implícito de admissibilidade do pedido. Seria possível admitir, em tese, a propositura de ADPF diretamente contra ato do Poder Público, nas hipóteses em que, em razão da relevância da matéria, a adoção da via ordinária acarrete danos de difícil reparação à ordem jurídica. (...) Ressalte-se que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da argüição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro”. (Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 13/02/2006, *DJ* de 20/02/2006)

3. CONCLUSÃO

Por fim, à guisa de conclusão, o que se observa, sob um enfoque semântico, nessas duas linhas hermenêuticas do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 é que a primeira corrente deteve os seus esforços interpretativos apenas sobre o termo “qualquer outro

meio”, olvidando-se do complemento deste termo, também contido naquele dispositivo legal (“eficaz para sanar a lesividade”), o que a levou a erguer a bandeira do condicionamento para admissibilidade da ADPF ao exaurimento completo de todos os meios processuais e recursais existentes.

Já a segunda corrente enfatiza uma interpretação integral do dispositivo (“qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade”) conjugada com a natureza de processo objetivo que o texto constitucional atribuiu à ADPF e com a possibilidade de um saneamento global da lesividade perpetrada pelo ato do Poder Público contra o preceito fundamental atingido, o que atende à sempre exigível preservação da supremacia da Constituição.

Ao contrário da interpretação que reclama o esgotamento dos meios ordinários para, só então, estar autorizado o uso da ADPF, que, conforme visto, acarretaria a imprestabilidade desta ação e a rebaixaria a um singelo instrumento processual secundário de raríssima utilização, a posição atualmente encampada na maior parte das decisões do STF – e chancelada por respeitável setor da doutrina constitucional brasileira – quanto à subsidiariedade da ADPF está em sintonia com uma interpretação constitucionalmente adequada e balanceada daquele instituto, levando em consideração o sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro e os instrumentos por ele colocados à disposição dos legitimados elencados, pois, se de um lado, ela preserva a empregabilidade dos demais mecanismos objetivos de controle concentrado (ADI, ADC e ADO), por outro lado, tal posicionamento hermenêutico não cai em um ponto diametralmente oposto ao daquela outra posição e que seria a primazia absoluta da ADPF frente aos demais instrumentos de controle de constitucionalidade, transformando estes, por sua vez, em meros mecanismos processuais inferiores e de uso excepcionalíssimo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.