

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**APONTAMENTOS SOBRE A ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

Priscila Saito Polido

Presidente Prudente/SP
2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRASIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**APONTAMENTOS SOBRE A ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO PRECEITO FUNDAMENTAL**

Priscila Saito Polido

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP
2008

APONTAMENTOS SOBRE A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, 12 de março de 2008.

Dedico a presente pesquisa aos meus pais,
pelo apoio e esforço dispensados à
elaboração deste trabalho.

Vendo aquelas multidões, Jesus subiu à montanha. Sentou-se e seus discípulos aproximaram-se dele. Então abriu a boca e lhes ensinava dizendo:
Bem-aventurados os que têm um coração pobre, porque deles é o reino dos céus!
Bem-aventurados os que choram, porque serão consolados!
Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados!
Bem-aventurados os puros de coração porque verão Deus!
Bem-aventurados os pacíficos, porque serão chamados filhos de Deus!
Bem-aventurados os que são perseguidos por causa da justiça, porque deles é o Reino dos céus!

Evangelho Segundo São Mateus – Sermão da Montanha

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre esteve em meu coração, guiou meus passos e me deu força para prosseguir, mesmo nos momentos mais dolorosos.

Aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado me incentivando, por todo amor, esforço e estrutura familiar, sem os quais não chegaria até este momento, e a toda minha família.

Aos amigos de uma vida: Daniela, Juliana, Murilo, Beatriz e Márcia, àqueles que a faculdade proporcionou, em especial, Roselaine, Carina, Micaelle, Nilton, Glauco, Rodrigo e Casimiro, e a todos que trabalham ou trabalharam na PJ de Pirapozinho, pelo companheirismo e momentos inesquecíveis.

Ao meu “Mestre” Landolfo Andrade de Souza, pelos ensinamentos jurídicos e exemplos diários de profissional competente, sério, humilde e, acima de tudo, humano.

Ao orientador Sérgio Tibiriçá Amaral, pela atenção e paciência durante todo o desenvolvimento deste trabalho, e por todas as oportunidades oferecidas no decorrer do curso, que me foram de enorme valia.

A todos aqueles que colaboraram de alguma forma para a realização desta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho analisa os aspectos gerais e fundamentais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Para tanto, o trabalho inicia-se com um estudo da evolução do controle de constitucionalidade, até chegar à Constituição Federal de 1988. Após, analisa-se os principais aspectos do controle de constitucionalidade pátrio, em especial, controle concentrado, no qual se inclui a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por fim, dentro do assunto principal desta obra, a autora delinea os principais pontos da Lei da Arguição, e ainda, analisa a extensão do termo “preceito fundamental” na arguição de descumprimento de preceito fundamental. O método utilizado é o dedutivo, analisando os aspectos mais relevantes do aludido instituto. Em relação à coleta de material acadêmico, é adotada a fonte doutrinária bibliográfica, artigos da internet e a fonte jurisprudencial, para as conclusões científicas.

Palavras-chave: Constituição. Controle de constitucionalidade. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Preceito Fundamental.

ABSTRACT

The present study analyses the general and fundamental aspects of the Petition of Disregarding of Fundamental Precept. For that, the study began from Constitutionality control until the 1988 Federal Constitution. After that, it analyzed the main aspects of the country constitutionality control, especially the concentrated control in which includes the Petition of Disregarding of Fundamental Precept. By the end, inside the main issue of this study, the author outlined the main points of the Petition Law, and also analyzed the extension of the word “fundamental precept” in Petition of Disregarding of Fundamental Precept. The used method was the deductive, analyzing the institute most relevant aspects. Regarding to academic material reunion, it was adopted the bibliographic doctrine source, internet article and jurisprudence source, for the scientific conclusions.

Key Words: Constitution. Constitutionality control. Petition of Disregarding of Fundamental Precept. Fundamental Precept.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

LA – Lei da Argüição

Min. – Ministro

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PANORAMA HISTÓRICO	12
2.1 Constitucionalismo	12
2.1.1 Retrospecto histórico.....	13
2.1.2 Conceito de Constituição.....	16
2.2 Evolução do Controle de Constitucionalidade e Supremacia da Constituição	18
2.2.1 Experiência norte-americana.....	18
2.2.2 Experiência austríaca.....	20
2.2.3 Brasil: Constituição de 1988.....	22
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	24
3.1 Conceito	24
3.2 Pressupostos.....	25
3.2.1 Inconstitucionalidade formal.....	25
3.2.2 Inconstitucionalidade material	26
3.3 Espécies de Controle de Constitucionalidade	26
3.3.1 Controle preventivo	27
3.3.2 Controle repressivo	28
3.3.2.1 Controle difuso	29
3.3.2.2 Controle concentrado	31
3.3.2.2.1 Ação direta de Inconstitucionalidade (genérica).....	32
3.3.2.2.2 Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão	33
3.3.2.2.3 Ação direta de Inconstitucionalidade Interventiva	35
3.3.2.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade	36
3.3.2.2.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	38
4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	39
4.1 Fundamento histórico	39
4.1.1 O <i>Writ of Certiorari</i> do direito norte-americano.....	39
4.1.2 O <i>Verfassungsbeschwerde</i> do direito alemão	40
4.1.3 O Recurso de amparo no direito espanhol.....	42
4.2 Princípios Informadores.....	43
4.2.1 Princípio da primazia da Constituição	43
4.2.2 Princípio da subsidiariedade	44
4.3 Natureza Jurídica	47
4.4 Significado de “Descumprimento” da Constituição.....	47
4.5 Campo de Atuação Normativa	48
4.5.1 Controle de constitucionalidade sobre leis e atos normativos municipais	49
4.5.1.1 Distrito Federal	51
4.5.2 Controle de normas anteriores à Constituição	51
4.5.3 Atos do poder público.....	53
4.5.3.1 Atos administrativos	53
4.5.3.2 Atos políticos	54
4.5.3.3 Atos realizados por particulares investidos de autoridade pública	56

4.5.3.4 Atos normativos infralegais	56
4.6 Legitimados	58
4.6.1 Legitimidade ativa	58
4.6.2 Legitimidade passiva	60
4.6.3 Advogado-geral da União	60
4.6.4 Procurador-geral da República	61
4.6.5 Litisconsórcio ativo	61
4.6.6 Intervenção de terceiros	61
4.7 Competência	62
4.8 Petição Inicial	62
4.9 Indeferimento da Petição Inicial e o Recurso Cabível	64
4.10 Tutela Provisória	64
4.10.1 Julgamento da medida cautelar e liminar e recurso	67
4.11 Desistência da Arguição	68
4.11.1 Desistência do pedido de concessão de medida liminar apresentado na arguição	69
4.12 Julgamento	69
4.13 Efeitos da Decisão	70
4.13.1 Efeito retroativo	72
4.13.2 Comunicação da decisão e sua publicidade	73
4.14 Recurso	74
4.15 Espécies de Arguição	75
4.15.1 Arguição autônoma	76
4.15.2 Arguição incidental	76
5 PRECEITO FUNDAMENTAL	79
5.1 Normas, Princípios e Regras: esclarecimento terminológico preliminar	79
5.2 Preceito Fundamental, necessidade de uma compreensão a partir de dentro da Constituição	80
5.2.1 O termo “preceito”	80
5.2.2 A “fundamentalidade” dos preceitos	81
5.2.3 Preceitos fundamentais e princípios	82
5.2.4 Preceitos fundamentais e regras	82
5.3 Os Preceitos Fundamentais	82
6 CONCLUSÃO	86
BIBLIOGRAFIA	89

1. INTRODUÇÃO

No decorrer de sua história constitucional, as Constituições pátrias vêm ampliando as espécies de controle de constitucionalidade adotadas, experimentando desde a ausência de controle, para, posteriormente, adotar o controle difuso de constitucionalidade, desenvolvido pelo direito constitucional norte-americano, até implementar uma convivência entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, sendo este último de influência do direito constitucional austríaco. Assim, nos dias atuais, é utilizado um sistema complexo de constitucionalidade: o sistema misto.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 trouxe novos instrumentos que propiciam o controle concentrado de constitucionalidade, entre os quais a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da Carta Magna. Entretanto, a sua disposição tomou contorno de norma de eficácia limitada, necessitando de lei que regulamentasse o novel instituto.

Assim, passada mais de uma década, o legislador infraconstitucional finalmente trouxe ao ordenamento jurídico a lei regulamentadora desse instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a Lei nº 9.882/99.

Contudo, apesar de sua regulamentação, muitos aspectos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental são alvos de controvérsias doutrinárias, merecendo melhor esclarecimento.

Portanto, o presente trabalho irá analisar de forma pormenorizada os principais pontos do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, demonstrando sua importância.

2. PANORAMA HISTÓRICO

2.1 Constitucionalismo

O termo “Constitucionalismo” normalmente gera polêmicas em razão das diversas acepções assumidas pelo vocábulo no decorrer do tempo. De acordo com André Ramos Tavares (2003, p. 01), pode-se atribuir pelo menos quatro sentidos ao termo:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretendem, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Acrescenta, ainda, como conceito de constitucionalismo:

Fica absolutamente nítida, pois, a apresentação do constitucionalismo como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta feições sociológicas inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado.
(TAVARES, 2003, p. 02)

A concepção de uma “Lei Maior” (Constituição), hierarquicamente superior às demais, foi sendo construída ao longo dos anos, como uma necessidade política das sociedades, tendo surgido, nos moldes como a conhecemos hoje, nos Estados Unidos, com a Constituição dos Estados Unidos da América, escrita e redigida em 1787, e com a Revolução Francesa, no intuito de limitar e organizar o poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. Tal modelo

foi denominado por Norberto Bobbio¹ (apud MORAES, 2000, p.32) de “primeira geração de direitos” (a dos direitos de liberdade).

2.1.1 Retrospecto histórico

A compreensão de que há, entre as leis, algumas que organizam o próprio poder, data da Antigüidade, na Grécia e em Roma.

Contudo, foi na Idade Média que surgiu a noção, não de constitucionalismo como conhecemos hoje, mas de idéias de limitação ao Poder Absoluto. Nesse período, de forma mais evidente, essas concepções passaram a se interligar com as idéias de limitação do poder estatal e da proteção do indivíduo frente à atuação arbitrária das autoridades públicas (MORAES, 2003, p. 32)².

Nessa fase destacam-se documentos e concepções doutrinárias, essenciais para a evolução e formação da teoria constitucional atual, dentre os quais: pactos, forais ou cartas de franquia, covenants, contratos de colonização, leis fundamentais do reino, e doutrinas contratualistas desenvolvidas, principalmente, por John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau.

Os pactos são convenções escritas relativas ao modo de governo e às garantias de direitos individuais, firmados entres os monarcas e seus súditos, com fundamento no acordo de vontades. Foram muito utilizados na Inglaterra, sendo como o mais célebre, a *Magna Charta Libertatum* (acordo entre João Sem Terra e seus súditos em 1215, relativo a direitos que deveriam ser respeitados pela Coroa). Outros exemplos de pactos na história constitucional inglesa são: *Petition of Right* (1628), *Hábeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), e *Act of Seattlemente* (1701).

Os forais ou cartas de franquia também são convenções escritas que objetivavam a proteção a direitos individuais, em que se determinava a participação dos súditos no governo local, havendo assim, um elemento político.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 05):

¹ Dispõe Alexandre de Moraes que os direitos fundamentais da primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, as liberdades públicas.

Pactos, forais e cartas de franquia, freqüentes na Idade Média, firmaram a idéia de texto escrito destinado ao resguardo de direitos individuais, que a Constituição iria englobar a seu tempo. Esses direitos, contudo, sempre se afirmaram imemorais, e portanto fundados no tempo passado, enquanto eram particulares a homens determinados e não apanágio do *homem*, ou seja, do ser humano como tal.

Os contratos de colonização, típicos na história das colônias da América do Norte, assemelhavam-se aos pactos acima mencionados. Além disso, manifestavam a idéia de organização e estabelecimento do governo pelos governados.

As leis fundamentais do reino, criação dos legisladores franceses, eram impostas ao monarca como forma de defender a Coroa contra as fraquezas do próprio rei. Ressalta o ilustre doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 05):

Afirmava essa doutrina que, acima do soberano e fora de seu alcance, há regras que constituem um *corpo específico*, seja quanto à sua matéria, seja quanto à sua autoridade, seja quanto à sua estabilidade. Quanto à sua *matéria*, que é aquisição, o exercício e a transmissão do poder. Quanto à sua *autoridade*, que é superior às regras emanadas do Poder Legislativo ordinário que são nulas se com elas conflitarem. Quanto à sua *estabilidade*, enfim, pois são imutáveis, ou, ao menos, como concediam alguns, somente alteráveis pelos Estados Gerais.

Nessa doutrina, encontra-se indubitavelmente a fonte da superioridade e da intocabilidade das regras concernentes ao poder, que se empresta às Constituições escritas.

No século XVII, com as doutrinas contratualistas, difundidas principalmente por John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau, “desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto, num acordo ainda que tácito entre os homens” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 06), sendo que o poder sempre decorre da vontade do homem, que impõe um estatuto aos governantes visando assegurar a paz e os direitos naturais.

Essas doutrinas contratualistas surgiram na Idade Média, com a idéia de que a autoridade dos governantes se fundava em um contrato com os súditos. Em razão desse contrato, o povo obedecia ao príncipe, e, esse, comprometia-se a governar com justiça, tendo Deus como árbitro do cumprimento do contrato. Dessa forma, se o monarca violasse a obrigação de justiça, os súditos estariam exonerados da obediência devida, pela intervenção do Papa, representante da divindade sobre a Terra.

Com as concepções do Iluminismo, no século XVIII, a idéia de Constituição ganhou força. Ainda nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p; 07):

Esta cosmovisão tem cinco idéias-força, que se exprimem pelas noções do Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso. De fato, ela concebe o homem como indivíduo, ou seja, como um ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta. Este indivíduo é eminentemente racional, determina a sua vontade por uma razão que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Razão, portanto, que rejeita o preconceito, isto é, tudo aquilo que não pode ser explicado objetivamente. Tal indivíduo racional vive num mundo governado em última instância por natureza boa e providente. Desta natureza resultam leis (naturais) que conduzem à melhor das situações possíveis, desde que não embaraçadas.

Nesse panorama histórico, ocorrem a “Carta do Bom Povo” também denominada Declaração dos Direitos de Virgínia, em 1776, após a independência das 13 Colônias Americanas; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776; e a Constituição dos Estados Unidos da América, escrita e rígida, em 1787. O caráter escrito dessa Constituição era exigência da própria independência, pois exprimia a vontade dos libertadores, fixava as regras básicas da existência independente e, ainda, implicava o rompimento dos costumes e das instituições políticas tradicionais.

Após, a partir da Revolução Francesa, sobreveio a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, Constituição da França, em 1791, com duas características marcantes: “organização do Estado e limitação do Poder Estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2000, p. 36).

A Primeira Guerra Mundial trouxe uma profunda mudança no caráter do constitucionalismo. Uma vez que, o pós-guerra, ao gerar novos Estados que adotavam Constituições escritas, impunham a esses, preocupações com os aspectos econômico e social. Nasce a chamada “segunda dimensão de direito”³, com a Lei Fundamental de Weimar e a Constituição Mexicana de 1917.

Assim, a evolução do constitucionalismo ocorreu como uma necessidade política das sociedades. Nesse sentido ensina Konrad Hesse (apud MORAES, 2000, p. 41): “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade

³ Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, que se identificam com as liberdades positivas reais ou concretas. São os direitos de igualdade.

histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.”

Ademais, de acordo com os ensinamentos de José Roberto Dromi (apud TAVARES, 2003, p. 14), o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade.” E, complementa o raciocínio, explicando que “é muito perigoso em nosso tempo conceber Constituições que produzam uma ruptura da lógica dos antecedentes, uma descontinuidade com todo o sistema precedente” (DROMI apud TAVARES, 2003, p. 14).

Essa evolução prossegue com a chamada “terceira dimensão”⁴, que tem início com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

2.1.2 Conceito de Constituição

Em Roma utilizava-se o termo *constitutiones principum* para definir atos de cunho normativo que possuíam valor de lei, editados pelo Imperador. Para Aristóteles, a expressão “Constituição” significava o modo de ser da *polis*, encontrando vestígios da definição moderna de Constituição. Por fim, na Idade Média, com a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, imposta ao Rei João Sem Terra da Inglaterra, o termo passou a ser utilizado para designar o documento máximo de um país.

José Afonso da Silva (2001, p. 37) define Constituição como:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

⁴ Os direitos fundamentais de terceira geração são os de solidariedade ou fraternidade. São os direitos que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, englobando o direito a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos, caracterizados enquanto valores fundamentais.

Para Maria Helena Diniz (2003, p. 09), Constituição é:

A lei fundamental do país, que contém normas alusivas à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público.

Já, José Celso de Mello Filho (apud ARAÚJO, 2006, p. 01), explica que:

Constituição é o *nomen jûris* que se dá ao complexo de regras que dispõem sobre a organização do Estado, a origem e o exercício do Poder, a discriminação das competências estatais e a proclamação das liberdades públicas.

E ainda, para Canotilho (apud MORAES, 2005, p. 02), o chamado “conceito ideal” de constituição é:

Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito).

Cabe salientar ainda que se pode dar diversos enfoques e diferentes sentidos à Constituição, como instituto sociológico, político e jurídico (ARAÚJO, 2006, p. 03).

Na concepção sociológica, a Constituição deve ser o reflexo das forças sociais que estruturam o poder.

Em sentido político, Constituição emana de um ato de Poder Soberano, que se faz prevalecer, e assim, determina a estrutura do Estado, definindo a forma de seu exercício, titularidade do poder, direitos e garantias individuais, dentre outros (ARAÚJO, 2006, p. 02).

Por fim, sob o aspecto jurídico, a Constituição é: “o conjunto de normas que se situa num plano hierarquicamente superior a outras normas” (ARAÚJO, 2006, p. 03).

2.2 Evolução do Controle de Constitucionalidade e Supremacia

A idéia de controle de constitucionalidade está diretamente relacionada à Supremacia da Constituição. Esse princípio preceitua que as normas constitucionais colocam-se hierarquicamente acima das demais normas jurídicas, o que determina a superioridade da Constituição.

A supremacia constitucional pressupõe a existência de um escalonamento normativo, já que a Constituição, ocupando a hierarquia normativa, traz as regras de forma e conteúdo que deverão ser seguidas pelo legislador na elaboração de leis ou atos normativos.

Se a Constituição é o documento máximo de um país, um conjunto de leis obrigatórias, ela necessita de um mecanismo de controle para garantir sua efetividade. Assim, o denominado “controle de constitucionalidade” tem como função principal evitar que ingresse ou que permaneça no ordenamento jurídico, lei ou ato normativo contrário ao texto constitucional.

2.2.1 Experiência norte-americana

A concepção de supremacia da jurisdição por meio do controle de constitucionalidade de lei ou atos normativos foi firmada com a decisão de John Marshall, no célebre caso *Marbury v Madison*⁵

⁵ A situação política que emoldura o caso e a lendária decisão, pela qual foram estabelecidos, concretamente, os princípios do controle de constitucionalidade das leis, foi de veras singular (...). Adams era Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, John Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os correligionários para os cargos do Judiciário, nos quais usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos (...). Nesse ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo Presidente e selados com o selo dos Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de juiz de paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título de comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de *writ of mandamus*. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o *mandamus*. A Suprema Corte não julgou a causa durante dois anos (...).(POLLETTI apud COÊLHO, 1999, p. 70).

Na oportunidade, Marshall conferiu ao Poder Judiciário a atribuição de supremo intérprete da Constituição.

Em sua decisão⁶, Marshall (apud MORAES, 2000, p. 97), assim explanou sobre a supremacia da ordem constitucional:

A Constituição é um chefe superior, do Direito, imutável por meios ordinários, ou estará num mesmo nível com as leis ordinárias e, como as mesmas, poderá ser alterada quando o Legislativo quiser. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então a lei legislativa contrária à Constituição não é Direito; se a última parte é certo, então as Constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitado. Certamente, todos os que têm fundado Constituições escritas contemplam-nas como formadoras do Direito fundamental e supremo da nação, conseqüentemente, abraçam a teoria de que cada governo deve aceitar que uma lei ordinária em conflito com a Constituição é inoperante. Essa teoria é essencialmente uma à Constituição escrita e deve, portanto, ser considerada por essa Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade.

Afirma ainda:

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível.

Enfaticamente, é província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observa-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislação, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. (MARSHALL apud MORAES, 2000, p. 98)

Dessa forma, a decisão de Marshall garantiu aos juizes e tribunais à legitimidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis ou atos

⁶ A decisão, em todo caso, foi política e plurívoca. Marshall, primeiro, decidiu a causa quanto ao mérito, declarando o direito de Marbury à posse do cargo de juiz. Com isso, tornava pública sua opinião, e a da Suprema Corte, de que Jefferson e Madison agiam ilegalmente ao não entregar o título ao nomeado. No entanto, não concedia a ordem em face de uma preliminar. Com isso, não corria o risco de ver desrespeitada sua decisão. E, por último, declarava inconstitucional a lei fundamental do *mandamus*, pois ela dava poderes à Suprema Corte para ordenar a providência impetrada, enquanto a competência originária do Tribunal havia sido fixada pela Constituição e somente por esta poderia ser ampliada. (POLLETTI apud COELHO, 1999, p. 70).

normativos, o chamado controle difuso de constitucionalidade. Na verdade, a decisão confirmou o princípio da supremacia e deu poder para qualquer juiz ou tribunal, no caso concreto, determinar que uma lei que contrariasse a “Lei Maior” seria nula.

2.2.2 Experiência austríaca

A Áustria, sob a inspiração de Hans Kelsen⁷ (apud PALU, 1999, p. 79), na Constituição de 10 de outubro de 1920, adotou um sistema de controle de constitucionalidade, diverso do norte-americano; trata-se do controle concentrado de constitucionalidade.

Explica José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.892):

A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma atividade judicial.

Pelo sistema difuso de constitucionalidade, todos os juízes e tribunais estão legitimados para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Já no sistema concentrado, a análise das leis é de competência de um único Tribunal Constitucional.

O sistema austríaco criou um Tribunal especializado em jurisdição constitucional, concedendo-lhe exclusividade para a declaração de inconstitucionalidade das leis.

Contudo, o Tribunal Constitucional somente poderia analisar a inconstitucionalidade da norma impugnada de forma abstrata, ou seja, a questão jurídica, devolvendo, posteriormente, a resolução da matéria fática ao tribunal

⁷ Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 79), em sua obra “Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos”, escreve: Opina favoravelmente à Jurisdição Constitucional, (...), dizendo que se deve introduzir um sistema de controle dos atos estatais, particularmente do Parlamento e do Governo, e que um tal controle não pode ficar a cargo do mesmo órgão emissor dos atos a serem controlados. A função política da Constituição é colocar os limites jurídicos ao exercício do poder e a garantia da Constituição significa que tais limites não serão ultrapassados. E nenhum órgão é menos idôneo para tal controle do que aqueles aos quais a Constituição atribuiu, ao todo ou em parte, o exercício do poder, e que têm em mãos a ocasião jurídica e o estímulo político para violá-la: ninguém pode ser juiz em causa própria.

competente para proceder ao julgamento. Ademais, a análise só ocorreria mediante provocação, por meio de um pedido formal, de um dos legitimados para tanto.

Assim, os juízes e tribunais não tinham competência para, em um caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

Hans Kelsen (apud MORAES, 2000, p. 116) justifica a escolha de apenas um Tribunal para exercer o controle de constitucionalidade:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só existe um órgão legislativo central. Então, só o próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele – p. ex., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere o poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo feitos competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem esse sentido. E só terá esse sentido objetivo quando for conforme a Constituição (...) A situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legiferação para um órgão diferente do legislativo e confere a este órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional. Esta função pode ser confiada a um tribunal especial ou ao tribunal supremo, ou a todos os tribunais. Como já verificamos, ela é confiada a todos os órgãos competentes para aplicar o Direito, e especialmente aos tribunais, quando essa faculdade de controle não é expressamente excluída da sua competência. Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra, ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Por esse sistema, as decisões de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional possuem os efeitos *ex nunc*, ou seja, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade, a lei será válida e vinculante para juízes e tribunais; e *erga omnes*.

Por fim, ressalta-se a observação de Garic de Enterría (apud MORAES, 2000, p. 131):

Proibindo os juízes de não aplicarem as leis inconstitucionais, o sistema pretende reforçar os mecanismos de submissão da jurisdição à legislação e a primazia parlamentar em um momento em que os juízes tendem a valorar negativamente o acesso às Câmaras de novas forças sociais e políticas capazes de alterar os valores tradicionais; outorgando ao Tribunal Constitucional a faculdade de declarar, *ex nunc* e *erga omnes*, inconstitucional uma lei, assegura por sua vez a primazia da Constituição sobre o Parlamento, porém ao vedar cuidadosamente a esse Tribunal o julgamento de matéria fática e casos concretos e limitando sua atuação à descrita função abstrata de definir a compatibilidade lógica entre duas normas igualmente abstratas, evita que o Tribunal entre em apreciação de fatos e interesses em sua valoração.

Portanto, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade traz uma Corte Constitucional competente para analisar a inconstitucionalidade da norma impugnada, tendo a possibilidade de realizar essa apreciação de um caso em tese e alcançar todo âmbito da inconstitucionalidade.

2.2.3 Brasil: Constituição de 1988

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil na atual Constituição, conjuga o modelo difuso, em que todos os órgãos do Poder Judiciário podem realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos; e o modelo concentrado, no qual o controle de constitucionalidade é realizado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A Constituição de 1824 não contemplou qualquer modelo de controle judicial de constitucionalidade. Outorgava ao Poder Legislativo a função de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las, revogá-las e velar pela guarda da Constituição. Ou seja, a aferição da compatibilidade das leis era controlada pelo próprio órgão responsável pela elaboração normativa.

Já a Constituição de 1891 trouxe como competência do Poder Judiciário, no caso concreto, a possibilidade de afastar a aplicação da lei que considerasse inconstitucional, desde que houvesse provocação para tanto dos litigantes diretamente interessados, inaugurando, assim, o sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

A Constituição de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender uma lei, com eficácia *erga omnes*, declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, proferida em um caso concreto.

A Constituição de 1937 representou um retrocesso para o sistema de controle de constitucionalidade. Apesar de manter o controle difuso de constitucionalidade, enfraqueceu a competência do Poder Judiciário em relação à declaração de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. Ademais, atribuiu ao Presidente da República poderes para, novamente, submeter ao Parlamento uma lei que já tivesse sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Em 1946 a Magna Carta restaurou as disposições que haviam sido suprimidas pela Constituição de 1937. O Poder Judiciário voltou a exercer, exclusivamente, o controle difuso de constitucionalidade, sem a interferência de outro Poder que tornasse sem efeito suas decisões. Além disso, restabeleceu como competência do Senado Federal, a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Outro aspecto relevante é o da representação interventiva, nos casos de intervenção federal, em que se condicionou a decretação da intervenção à manifestação prévia do Supremo Tribunal Federal, tendo conferido legitimidade ao Procurador Geral da República para representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, introduziu no ordenamento o controle abstrato de constitucionalidade. A competência para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de normas federais e estaduais foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal, sendo o legitimado exclusivo para a sua propositura o Procurador Geral da República.

Por fim, a Constituição de 1988 trouxe relevantes alterações, como: a ampliação do rol de legitimados para instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (artigo 103, incisos I ao IX, da Constituição Federal); a previsão de controle abstrato realizado pelos estados-membros (artigo 125, § 2º, CF); a criação de novas ações específicas no âmbito do controle concentrado, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por omissão), ação declaratória de constitucionalidade (ADECON), além de manter o controle difuso e o controle abstrato.

3.CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Conceito

Para resguardar a superioridade da Constituição, é necessário um sistema de proteção que controle a compatibilidade das normas com a Constituição. Esse instituto é o chamado “controle de constitucionalidade”, assim definido por Maria Helena Diniz (2003, p. 15):

O controle de constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a idéia de supremacia constitucional, pois na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador o seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Por isso, ato normativo contrário ao texto constitucional será considerado presumidamente constitucional até que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente declare sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia, ou executoriedade.

Também nesse sentido, afirma Oswaldo Luiz Palu (1999, p. 59):

Define-se o controle de constitucionalidade dos atos normativos como o ato intelectual de submeter à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aquelas que com ele forem incompatíveis.

Portanto, o controle de constitucionalidade é um sistema previamente estabelecido no ordenamento, utilizado para evitar que uma lei ou ato normativo, contrários à Constituição, ingresse ou permaneça no ordenamento jurídico. Ressalte-se que os atos também podem ser checados, pois a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ampliou o campo material, incluindo ainda os atos normativos federais, estaduais e municipais, inclusive os anteriores à Constituição Federal de 1988.

3.2 Pressupostos

A contrariedade das normas com a Constituição pode se dar de duas formas: com a inobservância do devido processo legal, a denominada “inconstitucionalidade formal”; ou com a incompatibilidade material da norma infraconstitucional com a Magna Carta, a inconstitucionalidade material.

Levando-se em conta que o princípio da Supremacia da Constituição deve ser analisado com relação a dois aspectos, deve-se seguir o processo legislativo devidamente previsto das espécies normativas e não violar o conteúdo constitucional.

3.2.1 Inconstitucionalidade formal

A inconstitucionalidade formal resulta da inobservância das normas constitucionais de processo legislativo. Entende-se por processo legislativo, segundo José Afonso da Silva (2001, p. 525), “o conjunto de atos realizados pelos órgãos legislativos visando a formação de leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos.”

O conjunto de atos pré-ordenados que visam à criação de normas são: iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, promulgação e publicação. Se qualquer dessas etapas não for respeitada na elaboração da lei, ela será inconstitucional por um vício de forma.

Assim, há uma subdivisão da inconstitucionalidade formal em objetiva, que se configura quando o rito legislativo constitucional é desrespeitado; e subjetiva, que se caracteriza pela inobservância da iniciativa legislativa prevista para determinada norma.

De acordo com o entendimento de Alexandre de Moraes (2005, p. 627), o processo legislativo é o verdadeiro corolário do princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, uma vez que a própria Constituição dispõe as regras básicas para a elaboração das espécies normativas.

Nesse diapasão, uma lei é considerada formalmente inconstitucional quando, na sua elaboração, não forem observados todos os requisitos e exigências estabelecidos na Constituição.

3.2.2 Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material caracteriza-se pela incompatibilidade, no todo ou em parte, do conteúdo da lei ou ato normativo com o texto constitucional em relação ao mesmo tema.

José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 389) define a inconstitucionalidade material como:

Esta se caracteriza quando a lei, pelo seu próprio conteúdo, isto é, em si mesma considerada, pelo sentido de seus mandamentos, pelos valores que encarna, pelos comportamentos que ordena ou proíbe, se mostra adversa, contraditória ou infringente da Constituição, quer dos seus dispositivos expressos, quer dos princípios e direitos nela implicitamente consagrados.

Assim, o processo legislativo pode ter sido formalmente obedecido, contudo, o conteúdo da espécie normativa é incompatível, contrariando o disposto na Constituição.

3.3 Espécies de Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade poderá ocorrer em dois momentos distintos, quais sejam: no curso do processo de elaboração da lei ou ato normativo, tendo-se o controle de constitucionalidade preventivo; ou durante a vigência da norma contrária à Constituição, o chamado “controle de constitucionalidade repressivo”, que visa retirar a norma do ordenamento ou impedir os seus efeitos.

3.3.1 Controle preventivo

O controle preventivo busca evitar que ingresse no ordenamento lei ou ato normativo contrário à Constituição. Dessa forma, o referido controle ocorre antes que a lei entre em vigor e é realizado dentro do processo legislativo.

Portanto, “para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente” (MORAES, 2005, p. 632).

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro pode-se vislumbrar algumas hipóteses de controle preventivo político, uma vez que é exercido por órgãos “políticos”, sem a participação de órgãos judiciários: o realizado pelo Poder Legislativo (Câmara dos Deputados e Senado Federal), através das comissões de constituição e justiça; e pelo Poder Executivo, com o veto jurídico, realizado pelo Presidente da República; direito-função do parlamentar de impedir a discussão das cláusulas pétreas; e o controle efetuado pelo Congresso Nacional na votação do processo de conversão da Medida Provisória e controle das Leis Delegadas, quando o Presidente da República extrapola o âmbito de sua delegação.

As comissões permanentes de constituição e justiça, previstas no artigo 58 da Constituição Federal e regulamentadas pelo artigo 32, inciso III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e artigo 101 do Regimento Interno do Senado Federal, têm como função “analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal” (MORAES, 2005, p 632).

O veto jurídico, previsto no artigo 66, § 1º, da Constituição Federal, possibilita a participação do Presidente da República no processo legislativo. Isso porque ele poderá vetar o projeto de lei que entenda inconstitucional, mesmo após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional.

Cabe também o controle preventivo, legítimo e necessário, sobre projetos de emenda à Constituição que, afrontando o § 4º do artigo 60 da CF, tendam a abolir matéria inserida no cerne imodificável da Constituição. Logo, a emenda será inconstitucional se violar, macular, desrespeitar, tentar abolir o núcleo essencial e inalterável da Constituição.

Na votação do processo de conversão da Medida Provisória em lei, o Congresso Nacional realizará o controle de constitucionalidade quanto à disciplina dada à matéria tratada pela Medida Provisória e aos seus limites materiais, bem como, aos requisitos de relevância e urgência. Essa última hipótese ocorrerá apenas quando flagrante o desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar do Presidente da República.

Quanto às Leis Delegadas, o Congresso Nacional poderá realizar um controle preventivo quando o Presidente da República extrapolar os limites fixados na resolução concedente da delegação legislativa (artigo 49, inciso V, da CF).

Verifica-se, ainda, no controle preventivo de constitucionalidade, a possibilidade de o parlamentar, por meio de mandado de segurança, invocar o Poder Judiciário para analisar eventuais inconstitucionalidades que estiverem ocorrendo no curso do processo legislativo de determinado projeto de lei.

Entretanto, o controle preventivo não impede a introdução no ordenamento jurídico de norma incompatível com a Constituição. Portanto, diante da ausência da plena efetividade do aludido controle, tornam-se necessários outros mecanismos que retirem do ordenamento jurídico as normas contrárias à Constituição. Nesse contexto, surge o controle repressivo de constitucionalidade.

3.3.2 Controle repressivo

O controle repressivo visa retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo contrários à Constituição. É realizado pelo Poder Judiciário, daí ser chamado de controle de constitucionalidade jurídico ou judiciário.

O controle repressivo pode ocorrer por dois sistemas: o reservado ou concentrado (via de ação); e o difuso ou aberto (via de exceção ou defesa). A Carta Magna adotou o controle de constitucionalidade repressivo judiciário de forma mista, ou seja, prevê a possibilidade de aplicação dos dois métodos de controle.

3.3.2.1 Controle difuso

O controle difuso (também denominado de: incidental, por via de exceção, por via de defesa, concreto ou indireto), teve sua origem no direito dos Estados Unidos da América, como anteriormente exposto.

Por esse tipo de controle, tem-se o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, diante da apreciação de um caso concreto, por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal.

Dessa forma, leva-se ao Poder Judiciário a discussão de uma relação jurídica qualquer, em que se suscita a dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma relacionada à lide. Surge, assim, a necessidade de o juiz ou tribunal apreciar a constitucionalidade da norma para, então, poder proferir sua decisão no processo principal. Ao apreciar a questão da constitucionalidade, o Poder Judiciário estará realizando o controle difuso.

Nesse diapasão, os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2006, p. 38) ensinam que:

É fácil notar, pois, que, no controle difuso, quando o autor da ação procura a tutela do Poder Judiciário, sua preocupação inicial não é com a inconstitucionalidade da lei em si. Seu objetivo é a tutela de um determinado direito concreto, que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão por alguém (a outra parte na ação). A constitucionalidade só é apreciada porque esse direito pretendido envolve a aplicação de uma lei, e essa lei é inquinada de inconstitucional pela parte que pretende vê-la afastada.

Então, sendo argüida a inconstitucionalidade da norma, o juiz, para reconhecer ou negar o direito do autor, vê-se obrigado a examinar a questão de constitucionalidade suscitada. Por isso se diz que no controle difuso o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação jurídica concreta.

E, ainda, Alexandre de Moraes (2005, p. 637) explica que:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação

Os legitimados para suscitar o controle difuso, iniciando uma controvérsia constitucional diante de um caso concreto são:

- a) as partes do processo;
- b) o representante do Ministério Público, quando atuar no processo;
- c) o juiz ou tribunal, de ofício.

No referido controle de constitucionalidade, qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, possui competência para proclamar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei na aplicação de um caso concreto. Após um juiz ou tribunal inferior declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a questão constitucional poderá ser suscitada, em última instância, no Supremo Tribunal Federal, através da interposição de recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal.

Com relação à atuação dos tribunais, a Carta Magna consagra, no artigo 97, a necessidade de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade, isto é, a inconstitucionalidade de uma norma somente poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta de todos os membros do tribunal, sob pena de nulidade absoluta da decisão proferida pelo órgão fracionário (turma, câmara ou seção).

Entretanto, o STF tem dado a essa regra um interpretação flexibilizada, qual seja: se já houver uma decisão anterior sobre a constitucionalidade de determinada norma legal proferida pelo órgão especial ou do plenário do tribunal, ou do plenário do STF, não haverá necessidade de, nos casos futuros, observar-se novamente a reserva de plenário.

A decisão da constitucionalidade da norma no caso concreto proferida pelo Poder Judiciário só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*) e, em regra, gera efeito retroativo (*ex tunc*), mesmo que proferida pelo STF.

Ou seja, a decisão da inconstitucionalidade pronunciada por qualquer órgão do Poder Judiciário, limita-se ao caso concreto em que o incidente foi suscitado, fazendo coisa julgada somente entre as partes do processo. Além disso, essa eficácia “opera retroativamente em relação ao caso que deu motivo à decisão (e, repita-se, só em relação a este), fulminando a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento” (PAULO, 2006, p. 45).

Contudo, para evitar que outros interessados ingressem no Poder Judiciário para ver reconhecida a inconstitucionalidade de determinada norma no

caso concreto que já fora anteriormente declarada inconstitucional, o Senado Federal, nos moldes do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, após comunicado pelo STF de sua decisão em relação à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso, tem a faculdade de suspender o ato declarado inconstitucional, conferindo-lhe eficácia *erga omnes*, suspendendo a aplicação da norma em questão.

3.3.2.2 Controle concentrado

O controle concentrado (também denominado de controle *in abstracto*, controle direto, controle por via de ação, controle por via principal, controle *em tese*) foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela EC nº 16/65, emenda à Constituição de 1946. O referido controle teve origem na Europa, na Constituição da Áustria de 1920, como já exposto.

O controle abstrato é exercido sem a vinculação a uma situação concreta, tendo como objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo contrário à Constituição. Portanto, o controle é realizado em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei em si.

Nesse sentido, ensina Alexandre de Moraes (2005, p. 655):

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidade da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação.

O controle concentrado é de competência originária, ou seja, de primeira e única instância, do Supremo Tribunal Federal.

Esse controle judicial, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser exercido por meio das seguintes ações:

- a) ação direta de inconstitucionalidade;
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- c) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (para alguns autores);

- d) ação declaratória de constitucionalidade;
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.3.2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade (genérica)

Preceitua o artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Carta Magna, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A sua função é a defesa da ordem constitucional, com a possibilidade de retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo federal ou estadual contrário à Constituição Federal.

Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, elencados no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal, são: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

Para que uma norma federal ou estadual possa ser objeto de ADIn deve satisfazer alguns requisitos cumulativos (PAULO, 2006, p. 80):

- a) a norma em exame deve ser pós constitucional, ou seja, ter sido editada na vigência da Constituição Federal de 1988;
- b) deve possuir abstração, generalidade, normatividade; quer dizer que a lei ou ato normativo deve ser aplicável a um número indefinido de pessoas e casos;
- c) a norma deve ofender diretamente à constituição, e;
- d) a lei ou ato normativo deve estar vigente no momento da apreciação da ação.

Cabe medida cautelar na ADIn, que irá assegurar, em caráter temporário, a suspensão dos efeitos da norma impugnada. Em regra, a medida tem efeito *ex nunc*, gera efeito a partir do momento em que o STF a defere, e vinculante, uma vez que suspende a eficácia e a vigência da lei atacada, impedindo sua aplicação por qualquer órgão ou entidade.

A decisão proferida pelo STF, em sede de ADIn, tem “efeitos retroativos (*ex tunc*), eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (PAULO, 2006, p. 91).

Contudo, desde que presentes os pressupostos exigidos em lei, quais sejam: razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social; o STF, em ADIn, ADECON e ADPF, poderá, por decisão de dois terços de seus membros: restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade; conferir efeito *ex nunc* à decisão; e fixar outro momento para início da eficácia da decisão, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

A decisão emanada em sede de ADIn tem natureza dúplice ou ambivalente, ou seja, se for julgada procedente, o STF estará declarando a inconstitucionalidade da norma, mas se for julgada improcedente, o STF estará proclamando a sua constitucionalidade da norma (PAULO, 2006, p. 81).

3.3.2.2.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi introduzida em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988. Dispõe o artigo 103, § 2º, da Carta Magna:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre nos casos em que não são praticados atos legislativos ou administrativos normativos necessários para tornar as normas constitucionais plenamente aplicáveis. Assim, o texto constitucional passou a reconhecer que a contrariedade com a Constituição pode advir de uma omissão ou silêncio, quando os órgãos não cumprem com o dever de elaborar leis ou atos administrativos normativos indispensáveis à eficácia e aplicabilidade da Lei Maior, e não apenas nos casos de uma ação, quando os órgãos constituídos atuam em contradição com as normas e princípios constitucionais (PAULO, 2006, p. 108).

Assim, as hipóteses de ajuizamento da presente ação ocorrem em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, as quais a Constituição importa ao legislador a obrigação de expedir comandos normativos; e nas normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, já que, para a efetiva aplicação, estão condicionadas à atuação normativa ulterior, nos casos em que o poder público se abstém de um dever atribuído pela Constituição (MORAES, 2005, p. 686).

Portanto, o objetivo da ação de inconstitucionalidade é conceder plena eficácia às normas constitucionais que dependam de complementação infraconstitucional.

A competência para processar e julgar a referida ação é do Supremo Tribunal Federal e os legitimados para a sua propositura são os mesmos previstos para o ajuizamento da ação direta de constitucionalidade, rol previsto no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal.

Na presente ação, como não há norma legal a ser defendida, o STF afastou a atuação do Advogado Geral da União. No entanto, é obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República, por força do artigo 103, § 1º, da Carta Magna.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, o STF deverá dar ciência ao Poder Legislativo para que, sem prazo estabelecido, adote as providências necessárias, não podendo, em respeito à separação dos Poderes, o Poder Judiciário forçar o Poder Legislativo a exercer suas funções. Contudo, declarada a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo, dessa forma, sua responsabilização por perdas e danos na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se em razão da omissão ocorrer qualquer prejuízo (MORAES, 2005, p. 688).

Deve também o STF dar ciência ao órgão administrativo para que, no prazo de 30 dias, adote as providências necessárias. Caso o prazo não seja respeitado e a omissão permaneça, há a possibilidade de futura responsabilização do Poder Público administrativo.

Dessa forma, confere-se caráter mandamental ou obrigatório à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois se destina à obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.

3.3.2.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

Para alguns doutrinadores, como, por exemplo, para Alexandre de Moraes (2005, p. 684), está prevista na Constituição Federal uma terceira forma de ação direta de inconstitucionalidade, a interventiva.

Como regra, o artigo 18 da Carta Magna estabelece a autonomia entre os entes federativos (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). No entanto, excepcionalmente, a Constituição permite a intervenção federal da União nos Estados e no Distrito Federal.

O artigo 34, inciso VII, da Constituição Federal, funda-se na defesa da observância dos “princípios sensíveis”, cuja inobservância pelos Estados-membros ou pelo Distrito Federal pode acarretar a intervenção na autonomia política. São eles: forma republicana; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de imposto estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Nesse ínterim, será passível de ação direta de inconstitucionalidade interventiva qualquer lei ou ato normativo do Poder Público no exercício de sua competência constitucional, que viole um dos “princípios sensíveis” constitucionais (MORAES, 2005, p. 684).

A ação interventiva possui duas finalidades: “pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política)” (MORAES, p. 685).

A presente ação somente poderá ser proposta pelo Procurador-Geral da República, que possui legitimização exclusiva, e dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 36, inciso III, da Constituição Federal.

Julgada procedente e após o trânsito em julgado da ação interventiva, o STF comunicará à autoridade interessada e ao Presidente da República.

Apenas o Presidente da República, com a requisição do STF, poderá decretar a intervenção federal (artigo 84, inciso X, da Constituição Federal).

3.3.2.2.4 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, e sofreu alterações pela EC nº 45/03.

Está prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, que dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Visa diretamente à obtenção da declaração do STF de que a lei ou ato normativo, objeto da ação, é constitucional. Dessa forma, busca afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza com relação a validade de uma lei ou ato normativo federal.

Saliente-se que as normas são presumidamente constitucionais, contudo, essa presunção é relativa, e pode ser afastada, pelos órgãos do Poder Judiciário, com a aplicação do controle difuso de constitucionalidade, ou pelo Poder Executivo, que pode não cumprir determinada norma que entenda ser inconstitucional. Dessa forma, a ação declaratória de constitucionalidade transforma a presunção relativa em presunção absoluta, em razão de seus efeitos (MORAES, 2005, p. 689).

O objeto da ação limita-se, exclusivamente, às leis ou atos normativos federais.

Os legitimados para propor a ação declaratória perante o STF, órgão competente para julgar e processar a ação, são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, elencados no artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal.

Para ajuizamento da ADECON é necessária a observação de um pressuposto de admissibilidade, a existência de relevante controvérsia judicial, que coloque em risco a presunção de constitucionalidade da norma legal em exame. A

comprovação da controvérsia exige prova de divergência judicial com indicação da existência de ações em andamento, com a impugnação da constitucionalidade da lei ou ato normativo, em juízos ou tribunais inferiores.

As decisões proferidas pelo STF, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, têm eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

No tocante ao efeito vinculante na ADECON, assim dispõe os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (PAULO, 2006, p. 118):

A previsão do efeito vinculante da decisão proferida em ADECON implica tornar obrigatória a observância do que foi decidido pelo STF por todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta (federal, estadual e municipal) e por todos os demais órgãos judiciais, que não poderão deixar de aplicar a lei declarada constitucional ou, se for esse o caso, não poderão aplicar a lei declarada inconstitucional, sob pena de afronta à autoridade do julgamento da Corte Suprema.

Assim, se a ação for julgada procedente, com a declaração da constitucionalidade da norma, ou improcedente, com a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal, terá efeitos *ex nunc* (a partir de então), *erga omnes* e vinculante.

Poderá ocorrer, ainda, o julgamento parcialmente procedente da norma federal; dessa maneira, o STF declara a lei ou ato normativo constitucional em parte, devendo o restante, que foi declarado inconstitucional, ser retirado do ordenamento, com efeito *ex tunc* (MORAES, 2006, p. 696).

E, também, o Supremo poderá declarar a constitucionalidade da norma, desde que interpretada de uma determinada forma, tornando essa interpretação vinculante para os demais órgãos judiciais e autoridades administrativas em geral (MORAES, 2006, p. 696).

Na presente ação, é obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 103, § 1º, da Constituição Federal. E, por entendimento do STF é dispensável a citação do Advogado-Geral da União, já que se busca a preservação da presunção de constitucionalidade da norma, e, assim, não há motivos para que esse órgão atue na defesa dessa presunção (PAULO, 2006, p. 119).

Ainda, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar.

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2006, p. 119), a medida cautelar na ADECON consistirá:

[...] na determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o julgamento definitivo da ADECON pelo Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/99, art. 21)

Uma vez proposta a ADECON, por ser uma ação que busca a tutela de interesse público, não se pode dela desistir.

Finalizando, a ADECON é dotada de caráter dúplice ou ambivalente, isto é, se for julgada procedente, será declarada a constitucionalidade da norma; ao contrário, se for julgada improcedente, o STF reconhecerá a inconstitucionalidade da norma em análise.

3.3.2.2.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Convém destacar que a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental será melhor analisada no próximo tópico deste estudo.

4 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

4.1 Fundamento Histórico

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um instituto que está previsto na Constituição Federal de 1988, no § 1º do artigo 102, tendo sido regulamentada pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

A ADPF, na forma em que é regulamentada pela Lei 9.882/99, apresenta algumas características que se assemelham aos institutos alienígenas, que proporcionam ações autônomas de fiscalização de constitucionalidade e incidentes de inconstitucionalidade (MANDELLI JUNIOR, 2003. p. 75).

Portanto, será necessário recorrer a outras fontes jurídicas estrangeiras, por meio de uma análise comparativa⁸, para se encontrar um eventual ponto de apoio que possibilite o desenvolvimento teórico e prático do instituto.

4.1.1 O *Writ of Certiorari* do direito norte-americano

O *Writ of Certiorari*, no direito norte-americano, indica “a possibilidade de um Tribunal em relação a outro juízo aquilatar acerca da validade de determinado processo” (TAVARES, 2001, p.38). É uma forma de provocação da Suprema Corte, tanto nas ações civis quanto nas criminais, por qualquer das partes, seja ou não sucumbente.

O maior propósito da petição para garantir uma revisão, é demonstrar que o caso é digno de *certiori*, que não é apenas de importância para as partes, que ele tem um significado geral suficiente.

Quando provocada por meio do *Writ of Certiori*, a Suprema Corte norte-americana tem a discricionariedade de desencadear ou não a jurisdição, ou seja, a

⁸ Ensina Miguel Reale (2003, p. 309) que o Direito Comparado procura “atingir as constantes jurídicas dos diferentes sistemas de Direito Positivo, a fim de esclarecer o Direito vigente e oferecer indicações úteis e fecundas ao Direito que está em elaboração.”

petição de *certiori* somente será admitida, consoante a norma, quando existam especiais e importantes razões. Nesse sentido, observa Laurence Tribe (apud TAVARES, 2001, p. 39):

Não se trata de um direito à revisão, no *certiori*, mas sim uma discricionariedade judicial, e apenas será garantido quando existirem razões especiais. Conseqüentemente, considerações envolvendo prudência e política guiam a Corte em suas decisões, seja para conceder ou para negar uma petição por *certiori*.

4.1.2 A *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão

A Constituição alemã prevê em seu artigo 93, I, 4ª-A que é de competência do Tribunal Constitucional Federal decidir sobre recursos constitucionais interpostos por cidadãos, com base na violação pelo Poder Público dos seus direitos fundamentais e dos direitos de resistência, quais sejam: direito de igualdade e cidadania, o direito de sufrágio, a proibição de tribunais de exceção e o princípio do juiz natural, os direitos fundamentais do réu e as garantias na privação de liberdade (TAVARES, 2001, p. 73).

Trata-se de recurso constitucional, que será decidido diretamente pelo Tribunal Constitucional, à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, que sofreu violação de algum de seus direitos constitucionais pelo Poder Público.

Luís Afonso Heck (apud MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 78) assim ensina sobre a *Verfassungsbeschwerde*:

O recurso constitucional é um remédio jurídico extraordinário para a proteção e para a realização dos direitos fundamentais que somente é admissível quando a violação de direitos fundamentais censurada não pôde ser suprimida de outra forma. O fundamento dessa restrição à admissibilidade está em que, por motivo da certeza jurídica, só excepcionalmente decisões de outros tribunais, formalmente transitadas em julgado ou não impugnáveis, ou de autoridades podem ser postas em dúvida.

Ao lado dessa função subjetiva (com efeito cassatório casuístico e efeito educador geral) o recurso constitucional também tem uma função objetiva, i.e., de conservar o Direito Constitucional objetivo e de servir à sua interpretação e desenvolvimento; nessa medida, o recurso constitucional pode ser designado, ao mesmo tempo, como um meio de proteção jurídica específica do Direito Constitucional objetivo.

Portanto, referido recurso constitucional tem caráter subsidiário e, para sua utilização, deve haver o esgotamento da via judicial, ou quando o esgotamento da via judicial não estiver objetivamente realizado, não for subjetivamente exigível o seu exaurimento (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 78).

Possui, ainda, uma função objetiva de proteção a um direito individual lesionado e da própria Constituição, apresentando características relacionadas a um controle de constitucionalidade.

A ADPF brasileira recebeu do legislador infraconstitucional pontos semelhantes ao instituto da *Verfassungsbeshwerde*. Hoje o ministro do Supremo, Gilmar Ferreira Mendes foi encarregado da elaboração da Ação de Argüição. Como fez doutorado na Alemanha e escreveu sobre o tema, usou da sua experiência para criar o tipo de instrumento que encerrou as chamadas ações constitucionais. De acordo com Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 80):

São semelhantes entre os dois institutos: a) a apreciação originária do instituto pelo tribunal guardião da Constituição; b) a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade sobre o ato do Poder Público, seja comissivo ou omissivo; c) a possibilidade de exercício do controle sobre atos pré-constitucionais; d) o princípio da subsidiariedade; e) a preocupação com um controle objetivo de constitucionalidade, em defesa da própria Constituição.

Aludido doutrinador faz também uma distinção entre os dois institutos:

a) a impossibilidade de ajuizamento da argüição brasileira por qualquer individuo que teve lesionado seu direito fundamental (art. 2º, I, da Lei 9.882/99; b) a *Verfassungsbeschwerde* refere-se à violação, genericamente, dos direitos fundamentais, sem precisá-los, enquanto a argüição de descumprimento do direito brasileiro absorve a lesão aos preceitos constitucionais fundamentais – sejam direitos fundamentais, sejam outros preceitos; c) os atos passíveis de impugnação pela ação direta de inconstitucionalidade, no direito brasileiro, devem ser excluídos da argüição, em virtude do princípio da subsidiariedade, e d) o prazo para proposição dos institutos, existente no direito alemão e ausente no direito brasileiro. (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 80):

Entre as características que diferenciam os institutos, uma delas é essencial, qual seja: a possibilidade de ajuizamento por qualquer individuo lesionado no instituto alemão, enquanto que no direito brasileiro, a argüição de descumprimento somente pode ser ajuizada pelos legitimados constitucionais,

previstos no artigo 103 da Constituição Federal, o que será devidamente analisado por este estudo.

4.1.3 O *Recurso de amparo* no direito espanhol

Preceitua a Carta Política espanhola que qualquer cidadão poderá pedir tutela dos direitos fundamentais quando sofrer violação por atos do Poder Público, através do *recurso de amparo* perante o Tribunal Constitucional.

Segundo disciplina Francisco Fernandez Segado (apud TAVARES, 2001, p. 48):

Os recursos de amparo, isto é, os recursos interpostos para a proteção dos direitos fundamentais e liberdades públicas, uma vez que, em cada caso, hajam sido esgotadas as vias judiciais ordinárias sem lograr o restabelecimento do direito supostamente vulnerado.

O parâmetro de avaliação para o uso do *recurso de amparo* não é qualquer norma constitucional, são apenas as normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais.

Esse recurso constitucional também tem dupla função: de garantia subjetiva, para a proteção dos direitos fundamentais e, de garantia objetiva, para a proteção do ordenamento constitucional.

O *recurso de amparo* possui características semelhantes às da arguição pátria de descumprimento, já que proporciona um “controle concreto concentrado de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, sob um prisma de defesa objetiva da própria Constituição, permitindo a declaração definitiva de inconstitucionalidade de ato do Poder Público” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 86).

4.2 Princípios Informadores

Todo instituto jurídico é orientado por princípios⁹ que são alicerces, estruturas basilares para atender a sustentação da norma ou lei no ordenamento.

Nesse aspecto, a argüição de descumprimento de preceito fundamental foi estabelecida sob princípios que a norteiam no sentido de proteger a Constituição. Princípios esses que orientaram o legislador constituinte e a Comissão que formulou a Lei nº 9.882/99, e que passarão a ser analisados.

4.2.1 Princípio da primazia da Constituição

De acordo com o princípio da primazia da Constituição, “nenhum ato estatal pode pôr-se em contradição com ela” (HESSE, 1998, p. 165).

Nesse sentido expõe textualmente o artigo 1º da Lei nº 9.882/99:

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

Da leitura do texto legal, fica evidenciada a existência do princípio da primazia da constituição em sede de ADPF e, assim, do controle de constitucionalidade, já que a lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental pode ser resultante de ato do Poder Público, e não apenas da lei ou ato normativo.

Sobre o tema, é importante estabelecer uma distinção entre o Princípio da Primazia da Constituição e o Princípio da Supremacia da Constituição.

Enquanto o princípio da primazia informa uma técnica de fiscalizar a constitucionalidade de atos estatais, conferindo maior amplitude ao controle de constitucionalidade de normas e atos. O princípio da supremacia tem uma abrangência reduzida com relação ao primeiro, uma vez que cuida apenas da fiscalização de leis que contrariem as normas constitucionais.

⁹ Para Miguel Reale, “os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *práxis*”

Portanto, o princípio da primazia da constituição é mais genérico e abrangente, já que orienta a insubordinação de atos estatais dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), quanto aos preceitos fundamentais informadores do Estado Federal, deduzidos no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, e dos princípios constitucionais que dão sustentação a existência política e material ao Estado.

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer ato de qualquer dos três poderes, em seus vários níveis hierárquicos, deve guardar compatibilidade formal e material com a Constituição Federal, uma vez que esse diploma dispõe a legitimidade para legislação infraconstitucional e para todos os atos públicos decorrentes do Estado.

4.2.2 Princípio da subsidiariedade

Dispõe o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99:

Art. 4º ...

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

Aludido dispositivo legal confere aplicabilidade ao princípio da subsidiariedade em sede do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. E ainda, levanta uma contrariedade doutrinária com relação ao cabimento da ADPF.

Alguns doutrinadores preferem dar à lei uma interpretação mais literal, portanto, adotam a teoria da subsidiariedade residual. Logo, para estes, somente seria cabível a ADPF em hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para eliminar a lesão ou eventual lesão provocada na Constituição.

Nesse diapasão leciona Hélio Márcio Campos (2001, p. 39):

É necessário, logo, que estejam esgotados todos os instrumentos tendentes a reparar ou prevenir um preceito fundamental em decorrência de lei ou ato do Poder Público para que possa ingressar com a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Contudo, se assim for aplicado, estar-se-á relegando o instituto a uma posição subalterna em sua contextualização na jurisdição constitucional, transformar-se-á a argüição em um recurso inócuo, o que poderá levar ao desuso normativo. Em razão disso essa corrente doutrinária é alvo de críticas. Ademais, como salienta Carlos Mário Velloso: “praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental”.

Diversos dessa corrente, alguns doutrinadores preferem a posição da subsidiariedade supletiva que defende a idéia de que a ADPF não exige a inexistência de outro meio jurídico, mas quando houver prévio esgotamento sem real efetividade, ou seja, é cabível mesmo quando os demais mecanismos jurisprudenciais utilizados foram insuficientes para sanar a violação ou ameaça de violação a preceitos fundamentais.

Sobre o assunto, assim dispõe Alexandre de Moraes (2001, p. 27):

Portanto, o caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá possibilidade de aceso ao Supremo Tribunal Federal, por via de argüição.

Em situação análoga no recurso constitucional alemão, salienta Konrad Hesse (1998, p. 272):

Essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente, ganha significado crescente. Segundo isso, um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal.

Assim, a ADPF complementar ou supriria um outro recurso interposto e que por algum motivo não alcançou o seu resultado de proteger os preceitos fundamentais.

E ainda, através desse entendimento, de forma excepcional, o STF poderá afastar a exigência de um esgotamento judicial prévio, quando a demora para tanto puder gerar prejuízo grave ou irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais (MORAES, 2001, p. 28).

Contudo, esse mecanismo não substitui as demais previsões constitucionais que tenham finalidade semelhante, como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação popular, ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva ou por omissão e ação declaratória de constitucionalidade (MORAES, 2005, p. 698).

Por sua vez, há autores que defendem um terceiro posicionamento quanto à subsidiariedade da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Entendem que a ADPF não é residual com relação aos demais institutos de controle de constitucionalidade. Alegam que a argüição é um mecanismo próprio para proteção de uma categoria especial de normas constitucionais, que são os preceitos fundamentais.

Sobre esse entendimento explica André Ramos Tavares (2001, p. 237):

De outra parte, o instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Lei Maior não oferece qualquer indício para que se possa interpretar dessa maneira a posição do instituto no sistema. Se assim fosse, por que não atribuir caráter residual à ação direta de constitucionalidade? Afinal, tanto essa quanto a argüição de descumprimento são formulações do mesmo poder constituinte e estão incorporadas a um mesmo documento, do que decorre sua idêntica estatura jurídica. O mero acompanhamento da evolução histórica do controle concentrado, em que se averigua a existência da ação direta e não da argüição, jamais seria argumento suficiente para sustenta, validamente, em nível jurídico a prevalência de um instituto sobre o outro, no Direito positivo atual. Não seria argumento de todo desconhecido da hermenêutica constitucional, mas representa caminho de há muito abandonado o privilegiar-se exclusivamente aspectos históricos. Outra, pois, há de ser a posição desse novel instituto.

Dessa forma, fica demonstrada a divergência doutrinária existente com relação ao princípio da subsidiariedade na argüição de descumprimento de preceito fundamental. Embora não haja um posicionamento pacífico sobre a matéria, verifica-se uma inclinação doutrinária para o lado da subsidiariedade supletiva.

Isso porque não se deve entender a ADPF como um recurso subsidiário com poucas hipóteses de incidência. Ao contrário, ela tem tanta relevância que o legislador constituinte, com certo grau de especialidade, previu-a como o recurso necessário para guardar os preceitos fundamentais.

Por fim, cumpre ressaltar que, a subsidiariedade da ADPF não exclui sua natureza de recurso principal nos casos insanáveis por outros recursos, como a

lesão de preceito fundamental por lei ou ato normativo municipal, ou leis ou atos normativos de todas as esferas federativas anteriores à Constituição.

4.3 Natureza Jurídica

A argüição de descumprimento de preceito fundamental inclui-se no rol dos meios que visam garantir a supremacia da Constituição Federal. Para alguns doutrinadores, trata-se do princípio da primazia, pois é um tipo de inconstitucionalidade que afeta as vigas mestras do sistema democrático e da República.

Segundo o entendimento de Celso Seixas Ribeiro Bastos (2001, p. 78):

A argüição de descumprimento é medida de *cunho judicial*, que promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos e não normativos, desde que emanados do Poder Público.

Com a argüição, tem-se a complementação do sistema pátrio de controle da constitucionalidade, com uma medida extremamente aberta à correção dos atos estatais violadores da Constituição (...).

A própria Lei nº 9.882/99 permite se chegar à conclusão de que a ADPF tem natureza jurídica de ação. Pois, se assim não fosse, não haveria previsão legal, por exemplo, dos legitimados para ajuizá-la (conforme artigo 2º, inciso I), e dos requisitos da petição (artigo 3º).

Cabe salientar que a ADPF pode ser interposta tanto por via direta como por via incidental. Percebe-se, assim, que é uma sinapse de formas de controle de constitucionalidade, o que lhe dá um caráter simbiótico, ora de natureza de ação, ora de incidente de constitucionalidade.

4.4 Significado de “Descumprimento” da Constituição

A necessidade de obedecer ao disposto na Constituição é dirigida a todos, indistintamente, pessoa física ou jurídica, particular, pública ou política. Dessa forma, qualquer pessoa pode contrariar a Constituição e, conseqüentemente, preceito fundamental dela decorrente (TAVARES, 2001, p. 56).

Assim, entende-se como inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição

Já o termo “descumprimento” significa não satisfazer, não realizar, deixar de cumprir.

No caso da argüição, verifica-se a incidência do “descumprimento”. Sobre o assunto, explica André Ramos Tavares (2001, p. 60):

[...] O conceito de descumprimento, para fins de argüição, está atrelado aos preceitos fundamentais. Seus contornos, ademais, dependem do legislador. A medida da argüição é de maior extensão em sua abrangência do que as demais existentes (como a ação direta de inconstitucionalidade) restrita à noção técnica de inconstitucionalidade. Em outras palavras, admite-se que o descumprimento possa ocorrer, em tese, por lei, ato normativo, decisão judicial ou ato administrativo, e mesmo material, incluindo-se o de caráter privado. O conceito que se pode construir na Constituição é, por isso, bastante amplo, comportando todos os conteúdos assinalados. Contudo, a legislação acabou expurgando dessa noção alguns elementos que nela se inseririam em tese, embora remanesça a possibilidade, ao legislador, de restaurar esse conceito amplo.

Portanto, apesar de o termo “descumprimento” abarcar atos e comportamento público e também de particulares (privado), sem que com isso se deixe de considerá-los como inconstitucionais, a legislação regulamentadora da ADPF limitou essa ampla possibilidade para apenas o descumprimento resultante de ato do Poder Público, conforme se depreende do artigo 1º da Lei nº 9.882/99.

4.5 Campo de Atuação Normativa

Dispõe o artigo 1º *caput* e seu parágrafo único da Lei nº 9.882/99:

Art. 1.º 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.

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

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

Portanto, a lei possibilita que seja proposta a ADPF nas seguintes hipóteses: para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder

Público; para reparar lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

No tocante às hipóteses de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, posteriormente serão analisadas pelo presente estudo, salientando a questão da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º, do artigo 4º, do referido texto legal, que restringe a aplicabilidade deste instituto.

Dessa forma, a ADPF deverá ser utilizada quando não houver instituto capaz de remediar a lesão constitucional, ou quando interposto outro recurso, este por algum motivo não alcançou o seu objetivo principal (subsidiariedade supletiva).

Essa subsidiariedade fica afastada nos casos de controle de constitucionalidade concentrado sobre leis ou atos normativos municipais, nas hipóteses de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores a Constituição Federal de 1988 e ainda, a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos do Poder Público que não tenha essência normativa.

4.5.1 Controle de constitucionalidade sobre leis e atos normativos municipais

O Estado brasileiro é formado pelo sistema federativo denominado “República Federativa do Brasil”. O Estado federal é composto por unidades que, “embora dotadas de capacidade de auto-organização e de auto-administração, não são dotadas de soberania, submetendo-se a uma Constituição Federal” (AQUAVIVA, 2000, p. 104).

O artigo 1º da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Os incisos I e II do artigo 30, da Carta Magna, expõe que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e, no que couber, suplementar a legislação federal e a estadual. Dessa forma, está prevista, na Constituição Federal, a autonomia dos Municípios para legislar.

No entanto, essa autonomia não significa que os Municípios possam agir de forma incondicional ou ilimitada; eles devem atuar em acordo com as normas definidas pela Constituição Estadual que, por sua vez, está de acordo com o que dispõe a Constituição Federal.

Assim, surge a necessidade de haver um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais.

Antes da Lei nº 9.882/99, podia-se realizar controle de constitucionalidade difuso e concentrado de lei municipal inconstitucional em face da Constituição Estadual, que era decidido pelo Tribunal de Justiça Estadual (para o controle difuso em última instância), conforme disposto no artigo 125, § 2º, da CF.

Contudo, diante da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo municipal com relação à Constituição Federal, só poderia ser realizado o controle difuso de constitucionalidade, por qualquer órgão do Poder Judiciário, podendo a questão chegar ao Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário (artigo 102, inciso III, alíneas “a” e “c”, da CF) (VELOSO, 2000, p. 354), ante o teor do artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Lei Maior, que limitou o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade às leis ou atos normativos estaduais ou federais.

Esse panorama mudou com o advento da Lei nº 9.882/99, que trouxe a possibilidade de exercício do controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais (artigo 1º, parágrafo único, inciso I, do aludido diploma legal), considerada uma das maiores inovações trazidas pelo instituto da ADPF.

Todavia, cumpre ressaltar que o doutrinador Alexandre de Moraes sustenta que o controle abstrato de constitucionalidade das normas municipais é inconstitucional, pois violaria o desígnio do legislador constituinte originário que restringiu este controle às leis ou atos normativos federais e estaduais, conforme a redação do artigo 102, I, alínea “a”, da CF.

Entretanto, a maioria da doutrina entende que referida possibilidade não é inconstitucional. Isso porque, a Constituição limitou apenas as hipóteses de cabimento da ADIn às normas estaduais e federais, e não a todos os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse aspecto expõe Daniel Sarmiento (2001, p. 93):

(...) A Constituição Federal limitou apenas o cabimento da Adin às normas federais e estaduais, mas não estendeu este regramento a todos os mecanismos de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Não há

qualquer restrição ao controle de atos normativos municipais no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e não há por que traçar, neste particular, qualquer analogia entre a ADPF e a Adin. Até porque, uma das razões que motivou a criação da ADPF foi a possibilidade de atingir situações que os outros mecanismos já existente de controle de constitucionalidade não tinham aptidão de alcançar.

A contrário do que afirma Alexandre de Moraes, não se trata, em nosso entendimento, de extensão da competência do Supremo Tribunal Federal por meio de lei, o que efetivamente seria vedado, já que a competência do Supremo foi discriminada, de modo exaustivo, pelo texto constitucional. Na verdade, há expressa previsão constitucional da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da ADPF, e a Lei nº 9.882/99 cingiu-se a regulamentar dito instituto, como lhe determinara a Constituição.

Portanto, com o controle abstrato de leis ou atos normativos municipais, permitirá que o STF resolva de forma mais célere as controvérsias envolvendo a constitucionalidade do Direito municipal, evitando o longo e ocioso caminho, mas com eficácia incontestável, que se perfaz para chegar ao resultado final através do controle difuso.

4.5.1.1 Distrito Federal

O Distrito Federal, ao qual se vedou a divisão em municípios, acumula, portanto, as competências legislativas estaduais e municipais, conforme artigo 32, § 1º, da CF, afora as ressalvas constantes na Constituição.

Portanto, nesse sentido, há entendimento doutrinário de que a ADPF é cabível, como controle concentrado de constitucionalidade, em se tratando de normas do Distrito Federal, editadas no exercício de competência legislativa de natureza tipicamente municipal (SARMENTO, 2001, p. 94). A abordagem aqui trata apenas do controle municipal, embora se ressalte que em nível estadual também é possível.

4.5.2 Controle sobre normas anteriores à Constituição

As leis ou atos normativos anteriores à Constituição de 1988 não eram admitidos como objeto de ação direta de inconstitucionalidade, em razão de jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal.

Nesses casos, o STF sempre entendeu que a questão deveria ser resolvida pelo fenômeno da recepção, por se tratar de normas revogadas, ou seja, incompatíveis com a nova ordem constitucional (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 129).

Nesse sentido dispõe Daniel Sarmiento (2001, p. 94):

Como se sabe, a jurisprudência reitera o Supremo Tribunal Federal aponta no sentido do não-cabimento da Adin contra ato normativo anterior à Constituição, sob o argumento de que a questão envolvida é de simples revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente. Para o Supremo Tribunal Federal, o conflito entre o direito infraconstitucional pretérito e a nova Constituição deve ser equacionado por meio do critério cronológico de resolução de antinomias, e não pelo critério hierárquico.

Diante desta orientação pretoriana, criou-se um vácuo no controle abstrato de normas, prejudicial à segurança jurídica, à medida que a solução de controvérsias relevante envolvendo a recepção das normas infraconstitucionais deixou de contar com um instrumento definitivo de pacificação dos conflitos, dotado de eficácia *erga omnes*.

Com o advento da Constituição de 1988, o tema foi novamente discutido, reafirmando o antigo entendimento de que lei anterior não pode ser inconstitucional em face da Constituição superveniente, e nem o legislador poderia infringir Constituição futura. Ou seja, Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis ou atos normativos anteriores que com ela conflitam, ela revoga-os.

A possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, por meio de controle abstrato e concentrado, é importante, já que poderia proporcionar maior segurança jurídica e certeza no ordenamento jurídico vigente (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 130).

Essa possibilidade é contemplada pela Lei nº 9.882/99, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sobre o tema, expõe Daniel Sarmiento (2001, p. 95):

(...) entendemos que a Lei nº 9.882/99 preencheu, em boa hora, este vazio, ao possibilitar o controle abstrato do direito pré-constitucional, em sintonia, aliás, com a jurisdição constitucional no direito comparado. Não vemos nisso nenhum tipo de inconstitucionalidade, já que o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, não contempla qualquer limitação, expressa ou implícita, relativas às normas pré-constitucionais.

Dessa forma, o ordenamento jurídico passa a dispor de um mecanismo objetivo de fiscalização de constitucionalidade de leis ou atos normativos anteriores à Constituição.

4.5.3 Atos do poder público

O *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 demonstra a abrangência da ADPF, ampliando a competência do STF, no que concerne à fiscalização concreta e concentrada de constitucionalidade, possibilitando o controle de ato do Poder Público, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 123).

Com relação aos atos do Poder Público, assim dispõe Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 123):

[...] são atos jurídicos, revestidos de finalidade pública, que emana de órgão e instituições de natureza pública, criados para realizar os fins do Estado, sejam federais, estaduais, distritais ou municipais, os quais se encontram em situação de autoridade relativamente aos particulares, por perseguirem o interesse público.

Dessa forma, a ADPF pode ser utilizada não apenas para fiscalizar atos normativos, mas também atos políticos, atos administrativos, atos realizados por particulares investidos de autoridade pública e atos normativos secundários.

E estão excluídos do controle pela ADPF os atos jurídicos não veiculados pelo Poder Público, quais sejam: as normas de natureza privada e atos normativos estrangeiros.

Nesse aspecto, torna-se interessante analisar a sindicabilidade dos aludidos atos.

4.5.3.1 Atos administrativos

Para o andamento da Administração Pública, são necessários vários tipos de atos, sendo os mais freqüentes, os administrativos.

Define Hely Lopes Meirelles (2001, p. 123) ato administrativo como:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato

adquiri, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

A ADPF pode ser utilizada para controlar atos administrativos e até mesmo atos jurisdicionais, em diversas as hipóteses: contratos administrativos, editais de licitação e de concurso, decisões de tribunais de contas, entre outras modalidades de atos estatais.

4.5.3.2 Atos políticos

Entende-se por atos políticos ou atos de governo “os atos praticados pelo Poder Público com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício da função meramente política” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 124).

São exemplos de atos políticos: a iniciativa de lei pelo Poder Executivo, a nomeação de ministros de Estado, a convocação de sessão extraordinária do Legislativo, a decretação de intervenção, a decretação de guerra ou celebração de paz, a concessão de indulto, a sanção de projeto de lei e o veto político, por contrariedade ao interesse público, entre outros.

Há posicionamento jurisprudencial de que não se pode ajuizar a ADPF para controlar ato político. No julgamento da ADPF nº 1 - RJ¹⁰, o STF rejeitou a proposta da argüição por considerar que o veto constitui ato político do Poder Executivo, não podendo ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público. Sobre o referido julgamento expõe Daniel Sarmiento (2001, p. 98):

No julgamento da ADPF nº 1 (RJ), o Supremo Tribunal Federal rejeitou a ação, que fora proposta para impugnar o veto imotivado do Prefeito do Rio de Janeiro contra lei municipal sobre o IPTU. Fundamentou-se a Corte no entendimento de que o veto, como ato político, refugiria ao controle

¹⁰ ADPF 1 – RJ, relator Ministro Néri da Silveira, 03.02.2000, DJU 15.02.2000, Informativo STF 176, “O Tribunal, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conhece de argüição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º) ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal – que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 – teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes (CF, art. 2º). Considerou-se ser incabível na espécie a argüição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99 (‘A argüição prevista no § 1º do art. 102 da CF será proposta perante o STF, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público’).”

jurisdicional, sujeitando-se apenas ao crivo do Poder Legislativo, que tem a prerrogativa constitucional de derrubá-lo (...).

A doutrina de não apreciação judicial dos atos políticos originou-se da jurisprudência norte americana, na medida em que refletia sua preocupação com uma possível intervenção excessiva do Poder Judiciário, que não é eleito, no âmbito das atribuições próprias dos poderes Legislativo e Executivo, cuja legitimidade é conferida pelo voto popular.

Contudo, há entendimento contrário ao do STF. Nesse sentido defende Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 125):

[...] a própria Constituição Federal admitiu a apreciação de ato de governo pelo Poder Judiciário, ao dispor em seu art. 102, III, que caberá recurso extraordinário quando a decisão recorrida 'julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição' (grifo nosso).

Apesar de os atos políticos serem passíveis de controle, o STF não conheceu da arguição de descumprimento que tinha como objeto um veto parcial do Poder Executivo, de forma imotivada, a um projeto de lei aprovado na deliberação parlamentar, contrariando um padrão normativo estabelecido no § 1º do art. 66 da CF.

É suscetível de crítica essa decisão, pois apesar de o veto consistir ato político do Poder Executivo, o seu exercício deve obedecer a um requisito mínimo de constitucionalidade, qual seja, deve ser motivado. A falta de motivação seguida da ausência de controle pelo STF compromete a supremacia da Constituição.

Em nosso entendimento, a doutrina da não possibilidade de se propor ADPF contra atos políticos não poder ser invocada no ordenamento pátrio, quando o ato em questão contrariar, de forma manifesta, a Constituição Federal, que é parâmetro inafastável para aferir a validade de todos os atos estatais ou privados.

Assim, quando houver flagrante ofensa a preceito fundamental por meio de ato político, negar o controle judicial implica subtrair a jurisdição da norma constitucional violada, e enfraquecer o princípio da supremacia da Constituição.

Portanto, os atos estritamente políticos (cuja prática a Constituição deferir à discricionariedade dos poderes Executivo ou Legislativo, sem estabelecer parâmetros que legitimem o seu controle judicial) não se sujeitam ao controle de constitucionalidade via ADPF, mas o conceito de ato político deve ser interpretado de forma restrita, em razão dos princípios da supremacia da Constituição e da inafastabilidade do controle jurisdicional (SARMENTO, 2001, p. 99).

4.5.3.3 Atos realizados por particulares investidos de autoridade pública

Apesar de os atos praticados por particulares estarem excluídos da apreciação na ADPF, é possível incluir como objeto de fiscalização os atos realizados por particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público.

Nesse diapasão, alguns autores sustentam, ainda, a possibilidade de se estender a aplicação da ADPF aos atos particulares que violem os preceitos fundamentais, caso inexista outro meio para sanar a lesividade. Ainda mais em um contexto como o atual, em que ocorre a substituição do Estado por particulares, por meio de desestatização, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada e outros mecanismos assemelhados.

Entretanto, a ADPF não é instrumento hábil para o controle de atos de entidades não estatais, no exercício de função tipicamente privada, que violem normas constitucionais.

4.5.3.4 Atos normativos infralegais

Segundo o entendimento de alguns doutrinadores, outro aspecto novo trazido pela Lei nº 9.882/99 é a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas infralegais, como os decretos e regulamentos, que servem para fiel execução da lei,

Contudo, o Supremo Tribunal Federal têm posicionamento diverso a essa permissão, conforme explica Daniel Sarmento (2001, p. 95):

Antes da lei, o Pretório Excelso sedimentara o entendimento de que as normas secundárias, que têm como fundamento de validade outras normas que não a Constituição, não se sujeitam à fiscalização abstrata de constitucionalidade. Segundo o Supremo Tribunal Federal haveria, sempre, uma questão prévia de legalidade, cuja resolução demandaria de exame da compatibilidade entre a norma impugnada e aquela que lhe empresta fundamento. Com base nessa orientação, o Supremo não tem admitido exercitar o controle de constitucionalidade sobre regulamentos, a não ser quando autônomos.

Portanto, para o STF, com relação aos atos normativos secundários, trata-se de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

Referido entendimento, contudo, é alvo de crítica, conforme averbou Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 211):

O regulamento pode ofender a Constituição, não apenas na hipótese de edição normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação dos poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata.

Nesse aspecto, complementa Daniel Sarmiento (2001, p. 96).

Ora, parece-nos que a Lei nº 9.882/99 permite o controle objetivo de constitucionalidade das normas secundárias, em razão da abrangência da redação do *caput* do seu art. 1º, que alude a qualquer *ato do Poder Público* que ameace ou viole preceito fundamental da Constituição.

Ademais, a exegese do parágrafo único e do inciso I do mesmo dispositivo confirma esse entendimento. De fato, considerando o princípio da subsidiariedade da ADPF, agasalhado no art. 4º, § 1º, da Lei, bem como o fato de que já cabe Adin em relação às normas primárias federais e estaduais supervenientes à Constituição, conclui-se que, no que tange a essas normas, a ADPF não é necessária para sanar a lesividade ao preceito fundamental, sendo pois, ao menos em sua modalidade abstrata, incabível. Portanto, como, por um lado, foi prevista a ADPF para impugnação de atos normativos federais e estaduais, incluídos, a *contrario sensu*, os posteriores à Constituição, e, por outro, a ação não é admissível quando tais normas forem primárias, chega-se à inarredável conclusão de que as normas legais secundárias, tais como o decreto regulamentar, encontram-se também sujeitas ao controle objetivo de constitucionalidade, via ADPF.

E ainda, Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 127), assim entende sobre o posicionamento do STF:

Com essa posição, ficariam a salvo do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, mesmo quando não observarem os princípios da reserva legal, contrariando, assim, postulados essenciais do Estado de Direito, como a supremacia da Constituição e o princípio da separação dos poderes. A arguição de descumprimento, ao complementar o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, inclusive o abstrato, pode atenuar esse problema. A regulamentação do instituto pode representar a superação da resistência oferecida pelo STF de analisar excessos cometidos pelo Poder Executivo, em atividade regulamentar, preenchendo lacuna criada jurisprudencialmente.

Dessa forma, o artigo 1º da Lei nº 9.882/99, ao aludir sobre ato de Poder Público que ameace ou viole preceito fundamental da Constituição, está permitindo o controle de constitucionalidade em normas legais secundárias.

4.6 Legitimados

4.6.1 Legitimidade ativa

De acordo com o artigo 2º da Lei 9.882/99, os legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental são os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, nos termos do artigo 103, da Constituição Federal, estão legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governo de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Cumprе ressaltar que os legitimados universais, quais sejam: Presidente da República, Procurador-Geral da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; não necessitam demonstrar interesse (pertinência temática¹¹), já que, reconhece o STF, eles têm interesse em preservar a Supremacia da Constituição, por força de suas próprias atribuições institucionais. Em contrapartida, os não legitimados, a saber: Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governo do Estado ou o Governador do Distrito Federal; necessitam demonstrar interesse.

Um aspecto bastante criticado pela doutrina com relação à legitimidade ativa é o veto do Presidente da República, do inciso II, do artigo 2º da Lei nº

¹¹ De acordo com Alexandre de Moraes, pertinência temática é o “requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação” (2005, p. 666).

9.882/99, que facultava a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público se valer do novel instrumento, uma vez que muitos doutrinadores esperavam, através desse instrumento, a permissão de participação direta do qualquer cidadão brasileiro no controle de constitucionalidade abstrato.

Como essa possibilidade não foi aprovada, para qualquer pessoa que foi lesada ou tenha receio de ser, por lei ou ato do Poder Público que contraria, ou possa contrariar preceito fundamental, restou a representação ao Procurador-Geral da República, solicitando a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, que, examinado os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá sobre o cabimento do seu ingresso em juízo, conforme dispõe o § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 9.882/99¹².

Assim, surgiu na doutrina, uma discussão se o Procurador-Geral da República teria a faculdade ou o dever de encaminhar a ação quando provocado por qualquer interessado.

Existe um entendimento de que ele teria o dever de encaminhar a ação, mesmo que contrário ao seu interesse, pois, caso contrário, teria uma usurpação da competência do STF. Por outro lado, há o posicionamento de que o Procurador-Geral da República tem a faculdade de encaminhar a ação, uma vez que não se pode transformá-lo em mero veículo de representações.

Nesse sentido, o posicionamento que tem prevalecido é o segundo, em que, ao Procurador-Geral da República caberá averiguar a importância da propositura da ADPF, pretendida por qualquer pessoa, restando irrecurável a decisão tomada, conquanto possa, posteriormente, retratar-se a respeito, e ainda,

¹² Dessa forma decidiu o STF, na ADPF 11 – SP, ajuizada por particular. O Stf negou seguimento ao pedido e determinou seu arquivamento, em razão da falta de capacidade processual ativa, recomendando a solicitação ao Procurador-Geral da República. Conforme dispõe: ADPF 11 – SP, rel. Sydney Sanches, j. 30.01.2001, Tribunal Pleno, DJU 06.02.2000. “Vistos . Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido liminar, proposta por Fábio Monteiro de Barros Filho, com fundamento no art. 102, § 1º, da CF e na Lei 9.882/99, na qual requer ‘a intervenção do STF, na qualidade de guardião da Constituição e do Estado de Direito, na forma da Lei 9.882, com a concessão de medida liminar’ visando à ‘a) Suspensão do bloqueio de bens do requerente e suas empresas, para que possa desenvolver suas atividades, se necessário for para que o mesmo ofereça garantia real nos autos da ação civil pública, em face da indisponibilidade’ (fls. 12/13), bem como ‘b) Suspender a sentença falimentar da Construtora Ikal Ltda., até ao final da ação civil pública, em face da indisponibilidade de seus bens, créditos e valores depositados em conta corrente’ (fls. 13). Autos conclusos nesta data. Decido. A argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da argüição (art. 2º, § 1º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da *legitimatío ad causam* ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento”.

quem sabe, ingressar junto ao STF, até mesmo aditando novas considerações na causa de pedir (CAMPO, 2001, p. 46).

Ressalte-se, por fim que, salvo o Procurador-Geral da República, os demais legitimados para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade deverão estar representados judicialmente por advogado.

4.6.2 Legitimidade passiva

Prevalece a regra geral de que o responsável pelo ato questionado pela ADPF deverá figurar no pólo passivo da ação.

Contudo, deve-se reforçar a idéia de que não há uma parte passiva da argüição, nem ela é proposta contra alguma pessoa, mas sim em razão de um ato estatal que, ultrapassando seus próprios limites, feriu preceito constitucional fundamental.

4.6.3 Advogado-geral da União

O Advogado-Geral da União funcionará como um curador do ato questionado, de acordo com o parâmetro adotado pelo artigo 103, § 3º, da CF e a previsão estabelecida no artigo 6º da Lei 9.882/99.

Aludido artigo dispõe que o relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato impugnado, bem como o Advogado-Geral da União ou Procurador-Geral da República, no prazo de cinco dias.

Entretanto, com relação à participação do Advogado-Geral da União, naquilo que não lhe for contrário, deve-se aplicar, por analogia, a Lei 9.868/99, concedendo-lhe a função de curador do ato impugnado.

Assim, da mesma maneira que se fixou o posicionamento de que se torna desnecessária a participação do Advogado-Geral da União nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, em razão da inexistência de norma a se defender, também não será necessário se o objeto de controle em uma ADPF for a inércia do Poder Público (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 154).

4.6.4 Procurador-geral da república

O artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.882/99, prevê que o Ministério Público terá vista do processo, por cinco dias, apenas nas arguições que não tiver formulado.

4.6.5 Litisconsórcio ativo

O Supremo Tribunal Federal, como regra geral, não admite a possibilidade de formação de litisconsórcio no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Contudo, cumpre ressaltar que é possível a formação de litisconsórcio entre os constitucionalmente legitimados, excluindo aquele legitimado que, no caso concreto, figure no processo como requerido.

4.6.6 Intervenção de terceiros

A Lei nº 9.868/99 dispõe expressamente de forma genérica que não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade (artigos 7º e 18, do referido diploma legal). Nesse sentido, as normas proibitivas da Lei nº 9.868/99 deverão ser aplicadas à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Dessa forma, em regra, é inadmissível qualquer intervenção em sede de ADPF, já que prejudica a participação e o debate das questões processuais.

Portanto, o STF não tem admitido a intervenção assistencial de terceiro, a apresentação de embargos de declarações por terceiros, a reclamação e a oposição.

Entretanto, é possível valer-se do instituto da assistência quanto a sua ocorrência entre os constitucionalmente legitimados ativos, com exceção daqueles que, eventualmente no caso concreto, figurem como requerido. Neste caso, a assistência decorre da legitimidade ativa (TAVARES, 2001, p. 359).

4.7 Competência

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, por levar ao controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes, deverá ser apresentada diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, nos termos do § 1º do artigo 102, da Constituição Federal, a competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o STF somente poderá manifestar-se caso tenha sido provocado para tanto.

4.8 Petição inicial

A peça que abre o chamado processo é a petição inicial, que deve ser feita por um dos legitimados, sendo que se for interessado ou especial terá que demonstrar pertinência temática.

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.882/99:

Art. 3.º A petição inicial deverá conter:

I – a indicação do preceito fundamental violado;

II – a indicação do ato questionado;

III – a prova da violação do preceito fundamental;

IV – o pedido com suas especificações;

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

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

Dessa forma, de acordo com inciso I do artigo transcrito, para propor a argüição, o autor deve demonstrar que a questão constitucional da ação tem por base a necessidade de que seja obedecido, por todos, os preceitos considerados como fundamentais pela Constituição Federal. O autor deve indicar o preceito

fundamental violado e, também, os fatos contrários ao fato constitutivo, ou seja, a recusa de aplicação de preceito fundamental ou sua violação direta.

No tocante ao inciso II, o autor da ação deve comprovar que a prática de um dos atos admitidos pelo artigo 1º, da Lei da Arguição provocou o descumprimento de um preceito constitucional fundamental.

Quanto ao pedido (inciso IV), no sentido mediato (o bem da vida perseguido) é a destituição do ato impugnado, ou melhor, é a preservação da ordem jurídico-constitucional com a restituição ao estado anterior. Em sentido imediato (tipo da providência jurisdicional solicitada), é à declaração de descumprimento de preceito fundamental por parte do ato estatal impugnado, assumindo natureza de ato desconstitutivo e, ainda, a decisão terá carga mandamental, dirigida a todos os órgãos públicos, em especial, para aquele que deu causa ao ato contestado (TAVARES, 2001, p. 314).

No inciso V, a “controvérsia judicial relevante” está diretamente relacionada ao descumprimento de preceito fundamental, uma vez que a controvérsia sempre será relevante quando se discute o descumprimento de preceito fundamental, a fim de conservá-lo. Quanto à eventualidade trazida pela expressão “se for o caso”, tem razão de ser somente em função da possibilidade de existência de uma arguição incidental (que será posteriormente analisada), que pressupõe um processo anterior, tramitando pela Jurisdição ordinária (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 155).

Assim, a petição inicial será acompanhada da prova da violação do processo fundamental, das cópias do ato questionado e de documentos necessários para demonstrar a impugnação.

E ainda, de acordo com o parágrafo único, a petição inicial proposta por qualquer dos constitucionalmente legitimados, exceto a do Procurador-Geral da República, deverá ser acompanhada de instrumento de mandato, já que os legitimados necessitam estar representados judicialmente por advogados.

4.9 Indeferimento da petição inicial e o recurso cabível

Dispõe o artigo 4º da Lei 9.882/99: “A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar alguns dos requisitos previstos nesta Lei ou for inepta”.

O STF, com base na jurisprudência, tem adotado a idéia de rejeição da petição inicial por considerá-la inepta, na hipótese de não haver exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, ou na de alegação genérica de descumprimento da Constituição em seus preceitos fundamentais.

A decisão que indefere a peça inicial pode advir de decisão monocrática a cargo do ministro relator do feito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

E essa decisão que afasta a apreciação da arguição é recorrível, nos termos do § 2º, do artigo 4º, do aludido Diploma Legal: “Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias”.

É hipótese de cabimento do denominado agravo regimental, previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que deverá seguir o disposto no artigo 317 do referido regimento, conforme segue:

Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias, de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

§ 1º A petição inicial conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.

§ 2º O agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo a julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto.

§ 3º Provido o agravo, o Plenário ou a Turma determinará o que for de direito.

§ 4º O agravo regimental não terá efeito suspensivo.

4.10 Tutela Provisória

Em regra, o Poder Judiciário só se pronuncia ao final do processo, contudo, excepcionalmente, para assegurar ou proteger direito que está em risco, o

Judiciário poderá se pronunciar antes, satisfazendo um direito de forma provisória, até a decisão final.

Sobre o fundamento da tutela cautelar assim expõe Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 161):

A tutela cautelar fundamenta-se na segurança e garantia do eficaz desenvolvimento das demais atividades jurisdicionais (cognição e execução), criando condições para que seja atingido o escopo geral da jurisdição, assegurando o resultado do processo principal e eliminando a situação de perigo.

Em sede de controle de constitucionalidade, a possibilidade e previsão de medida liminar encontram-se expressas no artigo 102, inciso I, da CF, apenas para a ação direta de inconstitucionalidade, já que a alínea “p” do aludido dispositivo legal prevê entre as competências do STF, a de apreciar “o pedido de medida cautelar das ações diretas de constitucionalidade”, sendo que essa possibilidade foi ampliada para a ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional n. 3/93.

Mas, cumpre ressaltar que o STF sempre admitiu a possibilidade de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, antes mesmo da consagração de regra constitucional nesse sentido, fundamentando no amplo poder de cautela de que dispõe o magistrado¹³.

Seguindo esse entendimento, e como a arguição serve, dentre outros objetivos, à tutela dos direitos fundamentais, a doutrina sustenta que ao juiz constitucional deve ser conferidos amplos poderes cautelares e de urgência. Portanto, pode-se afirmar que a possibilidade de medida cautelar na ADPF (e em qualquer outra ação), apesar de não estar expressamente prevista em nenhum texto normativo, está implícita ao direito de ação e de acesso à justiça, decorrendo do poder geral de cautela de todo magistrado (TAVARES, 2001, p. 344).

Nesse sentido, o artigo 5º, *caput*, da Lei 9.882/99, dispõe que “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

Salienta-se que o termo “medida liminar” deve ser entendido como medida liminar e medida cautelar, uma vez que a ADPF admite os dois tipos de

¹³ Conforme dispõe o artigo 798, do Código de Processo Civil.

provimento, se analisar pela distinção entre provimentos satisfativos e assecuratórios, ambos provisórios, já que as duas possibilidades encontram respaldo constitucional por força do direito de ação e por analogia do preceito próprio e expresso criado para a ação direta de inconstitucionalidade.

Para a concessão de medida cautelar, o STF tem condicionado à satisfação de alguns requisitos específicos para o controle de constitucionalidade, quais sejam: primeiro, deve estar presente o *fumus boni iuris*, que é a aparência de que as alegações são corretas; e segundo, necessário se faz a demonstração do *periculum in mora*, que é a impossibilidade de se aguardar o pronunciamento final, sob pena de perda da eficácia da decisão favorável, entretanto, nos casos em que a norma atacada já fora editada, o STF admite a substituição da prova do *periculum in mora* pela demonstração da conveniência da medida liminar (TAVARES. 2001, p. 3542). Sobre o tema ensina Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 235):

Exige o STF, para a concessão da medida cautelar, a satisfação simultânea de certos requisitos, que se expressam, '(a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), (c) irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão'.

Segundo o § 3º, do artigo 5º, da Lei da Arguição:

Art. 5.º ...

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

Ressalte-se que a decisão final na ADPF não terá como objeto a hipótese expressamente assinalada pelo aludido artigo. Dessa forma, no caso, a providência liminar terá caráter cautelar, e não de adiantamento do pronunciamento final. Uma vez que a arguição não tem como objetivo suspender processos judiciais em andamento, por definitivo. A suspensão somente pode ocorrer para assegurar a eficácia da decisão final a ser prolatada no curso da ADPF.

A primeira liminar deferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental se deu na ADPF 10-AL, relator Ministro Maurício Corrêa, em decisão

monocrática, que suspendeu a vigência de dispositivos do regimento interno do Tribunal de Justiça de Alagoas, que estabelecia uma ação de reclamação para a preservação da competência do Tribunal e a garantia de suas decisões, argumentando o quanto segue:

(...) resta evidente, contudo, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de que, antes do julgamento deste processo, ocorra grave lesão ao direito do requerente, em virtude das ordens de pagamento de seqüestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas. Ante tais circunstâncias, com base no art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99, defiro, *ad referendum* do Tribunal Pleno, o pedido cautelar e determino a suspensão da vigência dos arts. 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de 30.04.1981, e, em consequência, ordeno seja sustado o andamento de todas as reclamações ora em tramitação naquela Corte e demais decisões que envolvam a aplicação dos preceitos ora suspensos e que não tenham ainda transitado em julgado, até o julgamento final desta argüição. Comunique-se, com urgência, ao Governador do Estado de Alagoas e ao Presidente do Tribunal de Justiça Estadual¹⁴.

4.10.1 Julgamento da medida cautelar e liminar e recurso

Para dar início à sessão que julgará o pedido de medida cautelar ou liminar na ADPF, será necessário observar o mínimo de oito Ministros presentes (“quorum” para instauração), conforme exige o parágrafo único do artigo 143 do RISTF e o artigo 8º da Lei nº 9.882/99 que dispõe sobre a presença de pelo menos dois terços dos Ministros, que equivale a oito.

Quanto ao *quorum* necessário para se conceder o provimento, nos termos do artigo 5º, da Lei da Argüição, a regra é a de que o deferimento da liminar depende da aprovação da maioria absoluta dos membros do STF.

O § 1º, do artigo 5º, da Lei da Argüição, prevê que em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, o relator poderá conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

Contudo, a admissibilidade dessa medida por decisão monocrática tem causado polêmica, principalmente em razão do que dispõe o artigo 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹⁴ ADPF 10-AL, rel. Min. Maurício Correá, j. 04.09.2001.

Mas o STF tem reiterado em suas decisões o entendimento de ser admissível que o relator ou o presidente, possa apreciar e decidir acerca do pedido de cautelar e liminar. Portanto, o artigo 97 deve ser entendido como se referindo não a qualquer decisão, mas sim as de cunho definitivo.

Dessa forma, a concessão de medida cautelar e liminar por decisão monocrática deve ser excepcional e justificada em função de algum dos pressupostos apontados pelo § 1º, do artigo 5º, da lei 9.882/99.

A decisão monocrática que concede liminar não se submete à impugnação, pois se tem entendido ser irrecorrível a decisão adotada *ad referendum* do plenário, uma vez que será submetida, por sua própria natureza provisória, a uma reapreciação judicial, independentemente de recurso.

E do deferimento ou indeferimento da medida liminar, por decisão do plenário, solicitada na argüição, cabe o recurso de agravo.

4.11 Desistência da Argüição

O processo em que se contesta a constitucionalidade de um ato normativo ou de um comportamento do Poder Público não admite a desistência da ação proposta, já que está sujeito ao princípio da indisponibilidade de instância.

Dispõe o artigo 169, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) que “proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência”. Esse dispositivo foi elaborado na vigência da Constituição anterior, referindo-se sobre a “representação de inconstitucionalidade” e estabelecendo a impossibilidade de desistência somente pelo Procurador-Geral da República.

Contudo, referida regra deve ser aplicada a partir de uma interpretação lógico-extensiva às hipóteses em que o ajuizamento da ação direta tenha decorrido da iniciativa de outros órgão e autoridades¹⁵.

Atualmente, os artigos 5º e 16 da Lei nº 9.868/99, de forma expressa dispõem sobre o impedimento de desistência da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

¹⁵ Nesse sentido: ADIn 2, rel. Min. Paulo Brossard.

Essa orientação deve ser aplicada para a ADPF, já que, se para a defesa das demais normas constitucionais não se admite a desistência, da mesma forma não se poderia admitir quando da defesa das normas fundamentais da Constituição.

4.11.1 Desistência do pedido de concessão de medida liminar apresentado na argüição

Pelas mesmas razões do pedido de desistência da ação principal, o STF já decidiu que não cabe pedido de desistência, formulado pelo autor da ação, na medida cautelar em ação direta. Aplicando-se também essa restrição de índole processo-constitucional à argüição.

4.12 Julgamento

Nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.882/99, a decisão sobre a ADPF somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros, ou seja, oito Ministros.

Em razão do veto dos §§ 1º e 2º do aludido artigo, o *quorum* para julgamento da argüição não está especificamente previsto. Devendo-se aplicar a regra geral, disposta no artigo 97 da CF, de que deve haver a somatória de votos da maioria absoluta da maioria dos Ministros do Tribunal.

Na decisão da argüição, apenas existe a possibilidade de reconhecimento do descumprimento, jamais do cumprimento. Essa decisão pode ser procedente ou improcedente, já que poderá deixar de reconhecer o descumprimento.

Quando o descumprimento é derivado de atos normativos, em regra, gera a nulidade do ato impugnado. Quanto ao descumprimento relativo a outros atos estatais, poderá ser declarada a incompatibilidade destes com os preceitos fundamentais, podendo dessa decisão originar, eventualmente, para os particulares envolvidos com a questão, direitos contra o Poder Público (TAVARES, 2001, p. 378).

Ainda, nos termos do *caput* do artigo 10, da Lei da Arguição, no julgamento da ação se faz necessário fixar as condições e o modo de interpretação e de aplicação do preceito fundamental.

Dessa forma, a legislação previu que, além de se pronunciar sobre o preceito fundamental, o STF fixará as condições e o modo de interpretação e de aplicação do preceito fundamental em causa. Essa manifestação será inserida igualmente na decisão.

4.13 Efeitos da Decisão

Inicialmente, ressalta-se que apenas a decisão que declara o descumprimento de preceito fundamental produzirá os efeitos pretendidos pelo legislador, já que as decisões que rejeitam o descumprimento não possuem relevância.

Sobre as decisões que declaram a inconstitucionalidade ensina Jorge Miranda (apud MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 172):

[...] Só esta concepção é compatível com a defesa da Constituição; só ela impede que tais sentenças venham como que a adquirir força constitucional, por não mais poderem ser reformadas; só ela assegura plena liberdade de julgamento do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais; só ela obsta à fraude à Constituição que seria qualquer órgão ou entidade com poder de iniciativa requerer a apreciação de certa norma para, uma vez obtida uma decisão de não inconstitucionalidade, impedir que noutro momento, em qualquer tribunal ou no próprio Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, essa norma viesse a ser argüida.

A sentença declaratória de descumprimento de preceito fundamental deve ser aplicada pelo STF, atuando como agente negativo, ao declarar o ato do Poder Público como inconstitucional.

Nos termos do § 3º, artigo 10, da Lei 9.882/99: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

A eficácia da decisão contra todos, ou eficácia oponível *erga omnes*, estende seus efeitos para além das partes envolvidas no processo, sendo que a parte da decisão que proporciona a eficácia *erga omnes* é apenas o dispositivo, a conclusão em que se declara a inconstitucionalidade ou não do ato impugnado.

Sobre a eficácia *erga omnes* da coisa julgada na ADPF, dispõe Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 172):

A eficácia *erga omnes* confere à decisão uma força obrigatória geral, determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumpridor de preceito fundamental), a sua não aplicação pelos Tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado, sempre que confrontado com uma situação que poderia ensejá-lo. A força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade é consequência do objeto da declaração. Os atos com características normativas contêm uma regulamentação geral e abstrata, portanto declarar inconstitucional o ato deve atingir as mesmas situações e pessoa por ele abrangidas. O mesmo se dá com os atos do Poder Público de efeitos concretos, que também são objetos sindicáveis na arguição, porém, em menor extensão, apenas aquela abrangida pelo ato.

Entende-se como efeito vinculante a obrigação funcional para os demais magistrados ou funcionários e autoridades do Poder Público de acatar o que foi decidido, tomando as providências necessárias, para que, no âmbito de suas atribuições, seja implementado o efeito contra todos. Esse efeito suspende a eficácia e a vigência da lei atacada, impedindo sua aplicação por qualquer órgão ou entidade

No caso da ADPF, a decisão poderá, dependendo do caso, vincular o Poder Legislativo, os juízes e tribunais e as autoridades administrativas.

Com relação ao legislador, os efeitos vinculantes atuam com o fim de impedir que sejam editadas novas normas com conteúdo idêntico ao da declarada como inconstitucional anteriormente, ou normas que convalidem os efeitos da norma declarada inconstitucional ou anulem os efeitos da decisão do STF (MORAES, 2001, p. 33).

Quanto aos juízes e tribunais, o controle difuso de constitucionalidade restará afastado, já que estarão vinculados à decisão do STF e à interpretação constitucional que foi atribuída à norma.

Por fim, em relação às autoridades administrativas, essas não poderão aplicar a norma declarada como inconstitucional, ou no caso de improcedência da ação, não poderão desrespeitar a norma declarada constitucional e compatível com preceitos constitucionais fundamentais, pautando suas condutas pela interpretação conferida pelo STF.

Portanto, o efeito vinculante conferido à decisão da ADPF proferida pelo Supremo Tribunal Federal é um instrumento importante, já que busca evitar que

as autoridades lesem novamente ou continuem lesando preceito constitucional fundamental outrora violado.

4.13.1 Efeito retroativo

Em regra, a norma que contraria a Constituição é nula *ab initio*, ou seja, desde o seu nascedouro. Todavia, a prática mostrou ser necessário modular os efeitos da decisão, a fim de salvaguardar certos interesses, entre os quais, o princípio da segurança jurídica.

Expõe o artigo 11, da Lei nº 9.882/99:

Art. 11.º A declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Normalmente, a decisão da ADPF que declara como inconstitucional o ato impugnado, implicando sua nulidade, produz efeito *ex tunc*, quer dizer, retroativo ao momento da realização ou edição do ato contrário à Constituição; como se a lei ou ato normativo nunca tivesse existido, .assim todos os atos realizados com fundamento na norma declarada inconstitucional serão considerados nulos.

Contudo, o artigo 11, da Lei da Arguição, trouxe a possibilidade de o STF manipular os efeitos da decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos efeitos temporais, desde que presentes dois requisitos constitucionais: formal e material (MORAES, 2001, p. 35).

Quanto ao requisito formal, é exigência da lei que o STF decida a alteração dos efeitos por maioria de dois terços dos membros do Tribunal. No tocante ao requisito material, exige-se a presença de razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, possibilitando, dessa forma, que a decisão da ADPF produza efeito *ex nunc*, ou seja, não retroativo.

Assim, a Lei da Argüição contempla a possibilidade de o STF restringir os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade ou decidir que ela somente produza eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado.

Contudo, o artigo 11 é alvo de crítica de vários doutrinadores, que o intitulam como inconstitucional. Sobre o tema leciona Ives Gandra Martins (2001, p. 176):

Se a mera suspensão da vigência e eficácia da norma com efeitos 'ex nunc' exteriorizasse a constitucionalização desta norma no tempo pretérito, atingindo estaria o próprio direito à discussão da relação jurídica conformada pela norma, via controle difuso, visto que ao declarar, o Supremo Tribunal Federal, a norma inconstitucional, para o futuro, consolidaria a sua constitucionalização da norma para o tempo pretérito, aberração inadmissível no direito pátrio.

E, à nitidez, fosse correta esta exegese, a eficácia 'ex nunc' e o efeito vinculante teriam, de forma absoluta, assegurando a inconstitucionalidade futura, vedando ao Poder atuar de acordo com a norma, e garantindo ao Poder Público a constitucionalidade pretérita, sem qualquer direito do cidadão, seja via controle difuso, seja pela negativa de cumprimento de lei ou ato não constitucional, de opor-se à norma tida por violadora da lei suprema.

Independentemente das duas posições divergentes sobre o poder de manipulação dos efeitos da decisão do STF, importa salientar que o conteúdo desse dispositivo de deveras poderoso, e como tal, pode servir para o bem ou para o mal. Se a norma for utilizada com limitação, respeitando a justiça social, e não os interesses políticos, será merecedora de defesas. Entretanto, poderá representar um mecanismo hábil de arbítrio político jurídico¹⁶.

4.13.2 Comunicação da decisão e sua publicidade

A publicidade é um princípio que se faz presente em todos os atos do Poder Público, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos.

¹⁶ Sérgio Resende de Barro defende que (2001, p. 189): “Mantendo o Judiciário como Poder apolítico – neutro, porque há de ser imparcial -, o apego à separação de poderes clássica impediu ver que, quando o Supremo julga da constitucionalidade das leis, nessa função ele é tribunal constitucional e, como tal, profere decisão político-jurídicas, as quais – por serem assim – devem e podem ter os seus efeitos graduados e modelados no tempo e no espaço, bem como em sua compreensão e extensão, conforme a necessidade político-social que as enforma (...)”.

Dispõe o *caput*, e §§ 1º e 2º, do artigo 10, da Lei 9.882/99:

Art. 10.º Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de 10 (dez) dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*.

Consoante determina o *caput* do referido dispositivo legal, as autoridades ou órgãos responsáveis devem ser cientificados da decisão, seja procedente ou improcedente o pedido de reconhecimento do descumprimento, bem como seus efeitos, condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

O cumprimento e a comunicação da decisão precedem à lavratura do acórdão e respectiva publicação. Cabendo ao presidente do STF, após o julgamento e antes da publicação, informar e exigir o cumprimento da decisão tomada.

E, por estar protegendo um preceito fundamental, justifica no caso da argüição que a decisão deve ter cumprimento imediato.

Por fim, após o trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União (§ 2º).

4.14 Recurso

Nos termos do artigo 12 da Lei 9.882/99: “A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória”.

Entretanto, das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tem-se admitido a interposição do recurso de embargos de declaração.

Cabem embargos de declaração, com prazo de cinco dias para interposição, sempre que no acórdão houver obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas (artigo 337, *caput* e § 1º, do RISTF), sendo que os legitimados para propor os recursos são os mesmo legitimados ativos para a ação.

O entendimento jurisprudencial de que não é cabível ação rescisória no processo objetivo foi contemplado pelo artigo 12 da Lei da Arguição. Contudo parte da doutrina defende posicionamento diverso, de que há nessa proibição uma restrição incompatível com o regime da inconstitucionalidade, no tocante ao entendimento de que os atos contrários à Constituição podem estar revestidos da coisa julgada, tornando-se imunes por invocação desta e, assim, prevalece em relação as normas constitucionais (TAVARES, 2001, p. 392).

4.15 Espécies de Arguição

De acordo com a regulamentação da Lei nº 9.882/99, pode-se verificar várias modalidades de arguição.

Quanto ao momento de lesão ao preceito fundamental, a arguição pode ser classificada em preventiva e repressiva. Essas espécies decorrem do *caput* do artigo 1º da lei, ao dispor que a ADPF terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Ou seja, o dispositivo permite a possibilidade de se ajuizar uma arguição preventiva para evitar condutas do Poder Público que possam colocar em risco os preceitos fundamentais; e a arguição preventiva, para cessar condutas do Poder Público lesivas aos preceitos constitucionais fundamentais. Nesse sentido leciona Alexandre de Moraes (2001, p. 19):

Caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitarem lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.

Classifica-se a arguição, quanto ao controle de constitucionalidade abstrato, em autônoma (direta ou principal) e incidental (paralela ou incidente de constitucionalidade)

4.15.1 Argüição autônoma

A argüição autônoma é a típica hipótese de processo objetivo, quanto ao controle abstrato de constitucionalidade, cujo cabimento está previsto no artigo 1º da Lei 9.882/99, que até agora foi estudada.

4.15.2 Argüição incidental

Por sua vez, a argüição incidental proporciona um controle concentrado e concreto de constitucionalidade, em que a existência infere-se da leitura de dispositivos assimetricamente colocados pelo corpo da Lei 9.882/99, como o artigo 5º, §3º (“a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento do processo (...”), e o artigo 6º, § 1º (“(...) poderá o relator ouvir as partes do processo que ensejaram a argüição (...”).

Ressalta-se que, equivocadamente, alguns autores diferenciam as modalidades de argüição sendo a argüição autônoma a hipótese prevista no *caput* do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, e a argüição incidental a hipótese de cabimento prevista no inciso I, parágrafo único, artigo 1º, da lei. Contudo, tal posicionamento doutrinário é alvo de críticas, conforme dispõe Walter Claudius Rothenburg (2001, p. 204):

Se os diversos textos dissessem respeito a duas modalidades distintas, a segunda – e o instituto da argüição incidental por ela previsto – distinguir-se-ia, além do *modo*, também pelo *requisito* e pelo *objeto*: exigir-se-ia relevância do fundamento da controvérsia constitucional (e a leitura do dispositivo de fato sugere essa interpretação, pois haveria uma questão concreta – o objeto da demanda em curso – a suscitar uma controvérsia constitucional) e o objeto dessa controvérsia, por seu turno, estaria em “lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Imaginemos que o requisito da relevância do fundamento da controvérsia constitucional se aplicasse apenas à argüição incidental. O Supremo Tribunal Federal perderia a oportunidade de poder recusar argüições de diminuta relevância. Para ambas as modalidades de argüição (tanto a direta quanto a incidental), é certo que se exige o descumprimento de preceito fundamental, ou seja, o Supremo Tribunal Federal avaliará a fundamentalidade do preceito constitucional descumprido. A avaliação da relevância da controvérsia constitucional completa esse quadro de apreciação discricionária – verdadeira filtragem realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Logo não tem sentido o Supremo Tribunal apenas poder

avaliar essa relevância em relação à argüição incidental e não também em relação à argüição direta. Se a “lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” fossem objetos exclusivos da argüição incidental, estaríamos esvaziando desmesuradamente a argüição direta, excluindo indevidamente tais atos normativos da compreensiva expressão *ato do Poder Público* (consoante do *caput* do art. 1º).

(...)

Faltava justamente incluir os atos normativos municipais e os anteriores à Constituição em nosso modelo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Ora, se uma das principais intenções do legislador da argüição de descumprimento de preceito fundamental foi superar a jurisprudência restritiva que se formou em torno do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de que se permitisse o controle concentrado do direito municipal e do direito anterior – que, no entanto, podiam e podem ser questionados mediante controle difuso e concreto de constitucionalidade -, não faz mesmo sentido excluir a possibilidade de argüição direta contra tais atos normativos.

E complementa (2001, p. 206):

É preciso, pois, superar a interpretação literal sugerida pela expressão “cabará também argüição de descumprimento de preceito fundamental” – do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/99 -, e onde o vocábulo *também* insinua que o contido no inciso I (“quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”) aplica-se a uma situação distinta da “situação base” prevista no *caput* (“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”). Os textos devem ser compreendidos como informadores de uma mesma norma, que traça o perfil completo da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em ambas as modalidades (direta ou incidental), estabelecendo que o objeto poderá ser, em qualquer caso, ato do Poder Público, compreendidos “lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, desde que seja “relevante o fundamento da controvérsia constitucional”.

Portanto, ao nosso ver, quanto às hipóteses de cabimento da argüição incidental, a segunda posição não deverá ser adotada, e sim a primeira.

Aludida modalidade de ADPF pressupõe a existência de um processo anterior, envolvendo questão constitucional em que o parâmetro seja um preceito fundamental, submetido a apreciação de qualquer juízo ou tribunal.

Levar ao STF a discussão da controvérsia constitucional, antecipando sua decisão, poderá ocorrer quando a demora para a sua solução, extrema urgência e perigo de lesão grave (artigo 5º, § 1º, da Lei da Argüição), puder ocasionar dano irreparável a uma das partes, que teve direito constitucional fundamental lesionado.

A finalidade dessa argüição incidental é a proteção de um direito e, indiretamente, proporcionar a defesa do conteúdo da Constituição, por meio de um controle de constitucionalidade que possibilita extrair do STF as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito constitucional fundamental.

Os legitimados para propor a argüição incidental são os mesmos para a argüição autônoma, previstos no artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, combinado com o artigo 103 da Constituição Federal. Entretanto, alguns doutrinadores entendem que nessa modalidade pode ser proposta por qualquer do povo ou a qualquer pessoa legitimada.

5. PRECEITO FUNDAMENTAL

Nos termos do *caput* do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, a argüição de descumprimento de preceito fundamental “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Nesse contexto, o que se pode entender como preceito fundamental?

A resposta para esse questionamento não foi trazida nem pela Constituição Federal, nem pela Lei da Argüição, deixando uma lacuna que deve ser preenchida pela doutrina e jurisprudência.

5.1 Normas, Princípios e Regras: esclarecimento terminológico preliminar

Para se chegar a um entendimento do significado do termo “preceito”, torna-se necessário fazer uma distinção entre normas, princípios e regras.

Sobre o conceito de norma leciona André Ramos Tavares (2001, p. 107):

(...) a norma é compreendida como algo de conteúdo completo, e que pode ser constituída de várias proposições jurídicas (que são identificadas no próprio texto normativo). A norma, assim, é como que criada (construída) pelo cientista do Direito, para dar sentido completo às determinações de uma lei, o que pode ocorrer a partir da reunião de vários artigos ou com o emprego de simples fragmento de um artigo. Essa concepção parte do pressuposto de que um artigo de lei nem sempre é uma norma (completa de conteúdo), podendo, antes, ser mera proposição que, somada a outra, pertencente ao mesmo sistema, fornecerá a norma jurídica.

Portanto, as normas jurídicas são formuladas pelos cientistas do direito a partir de dispositivos de lei, tendo como função dar sentido completo às determinações de uma lei.

Em uma categoria geral, tem-se as normas como um gênero, e as regras e princípios como suas espécies.

As regras têm caráter categórico, ou isto ou aquilo, tendo aplicação imediata aos casos concretos.

Já os princípios, diferente das regras, não obedecem a lógica do “tudo ou nada”, não desencadeando a eliminação de um em face daquele que prevalecer. Eles consagram valores que fundamentam todo o ordenamento jurídico, e irradiam-se sobre este para lhe transformar em verdadeiro sistema, dando-lhe a necessária harmonia e unidade. São os responsáveis pela incorporação de valores no sistema jurídico.

5.2 Preceito Fundamental, necessidade de uma compreensão a partir de dentro da Constituição

Alude o artigo 102, em seu § 1º, da CF, “a arguição de descumprimento fundamental, decorrente desta Constituição”. Esta é a única referência da expressão “preceito fundamental” existente no texto constitucional, tratando-se de uma passagem isolada, única.

Por ser conceito próprio da Constituição, só pode ser retirado da própria Constituição, já que, em se tratando de um “preceito fundamental, decorrente da Constituição”, tem-se que a expressão empregada pelo texto constitucional demonstra no sentido de que se deve realizar uma análise da própria Constituição, para dela se obter esse conjunto denominado preceito fundamental, mesmo porque só dela pode decorrer.

E, ainda, trata-se de um conjunto de preceitos considerados constitucionais, o que quer dizer que foram consagrados no corpo da Constituição, dele constando expressa ou implicitamente (TAVARES, 2001, p. 112).

5.2.1 O termo “preceito”

Saliente-se que não há na doutrina qualquer referência expressa de uma modalidade de “preceitos”, seja como espécie ou gênero de normas ou princípios ou regras.

Em razão disso, deve-se recorrer a outras fontes para se chegar a um conceito adequado ao tema. Assim, Thomas Ransom Giles (apud TAVARES, 2001, p. 116), em seu Dicionário de Filosofia, define preceito: “1. Aquilo que é dado para

servir de regra (máxima, princípio) de ação ou de conduta, sobretudo de conduta moral ou religiosa. 2. Aquilo que é aceito como princípio regulatório ou funcional na organização e direção da conduta.”

Dessa forma, depreende-se do significado de preceito a idéia de que está ligado àquilo que regula a conduta. E se a regulamentação da conduta se dá por meio de normas, regras ou princípio (em especial os princípios), a definição acaba por misturar ambos e equiparar preceito à norma, no sentido de conjunto de regras e princípios.

Entretanto, a doutrina entende ser hermeneuticamente incorreto atribuir um sentido semântico idêntico a dois vocábulos diversos utilizados no texto constitucional, a não ser que haja motivos suficientes para tanto. Dessa forma, haveria violação dessa orientação, caso se pretenda fazer coincidir os significados dos termos preceito e norma.

Na verdade, preceito trata-se de uma norma na qual o legislador constituinte deliberou conveniente combinar uma especificidade para fins de cabimento da argüição, a “fundamentalidade” do preceito (preceito “fundamental”).

5.2.2 A “fundamentalidade” dos preceitos

Entende-se como fundamental o preceito que se apresentar como inafastável, imprescindível, essencial ou basilar.

Certas categorias de normas constitucionais são consideradas de especial relevância para todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, pode-se elencar um rol de normas consideradas como fundamentais em relação as demais, sem atingir a unidade da Constituição. Uma vez que, de acordo com Raúl Canosa Usera (apud TAVARES, 2001, p. 121), “a unidade constitucional não comporta absoluta assimilação entre todos os enunciados constitucionais, mas sim imperiosa obrigação de que todos sejam efetivos”.

Ademais, é necessário descartar a possibilidade de que toda e qualquer norma contida na Constituição seja preceito fundamental.

Portanto, em um primeiro momento, tem-se que o “preceito fundamental” é a somatória entre parcela dos princípios constitucionais, bem como,

das regras cardeais do sistema constitucional, constituídas pelo conjunto normativo que assegura os direitos humanos.

Sobre os preceitos fundamentais discorrem Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas (apud TAVARES, 2001, p. 123):

A Constituição, ao referi-se a preceitos fundamentais, demonstra o papel que o veículo processual visa cumprir, que é o de proteger a Nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valioso no seu sistema jurídico. Não é a lesão a qualquer norma formalmente constitucional que poderá ensejar a arguição. Haverão de ser levados em conta os preceitos maiores da Carta Política, que, por não estarem definidos na legislação em comento, demandarão um trabalho doutrinário e jurisprudencial.

Diante do exposto, tem-se que fundamental é aquilo sem o qual não há como identificar uma Constituição. E preceitos fundamentais são aqueles que compõem a essência de um conjunto normativo-constitucional.

5.2.3 Preceitos fundamentais e princípios

Quando se fala em preceito fundamental e princípios, entende-se que são vocábulos parcialmente sinônimos, já que há uma simetria imperfeita entre eles, ou seja, nem todos os preceitos fundamentais são princípios e nem todos os princípios constitucionais são preceitos fundamentais.

Um princípio constitucional será um preceito fundamental quando agregar à sua condição a natureza da fundamentalidade.

5.2.4 Preceitos fundamentais e regras

Uma regra pode ter a qualidade de preceito fundamental na medida em que se apresentar como crucial, essencial dentro do ordenamento jurídico. É o que ocorre, por exemplo, com certas regras implementadoras dos direitos humanos,

5.3 Os Preceitos Fundamentais

Aos preceitos fundamentais cumpre conferir identidade própria à Constituição. E, apesar de se admitir a mudança ou supressão de alguns desses preceitos, pela via reformadora, uma alteração mais extensa, pode acarretar uma transformação da própria concepção da Constituição até então vigente.

Contudo, até o momento, os Ministros do STF não definiram o que entendem por preceito fundamental, e não há um entendimento único na doutrina que possa elencar o rol dos preceitos fundamentais.

Assim, em nosso entendimento, dentre os preceitos fundamentais pode-se identificar alguns princípios e regras e as cláusulas pétreas. Nesse contexto, tentaremos, a seguir, identificá-los.

Todos os princípios constitucionais ligados diretamente aos valores essenciais do ordenamento constitucional estão inseridos na noção de preceito fundamental

Salienta-se que a Constituição pátria contém um título exclusivo para tratar o que ela denomina de “princípios fundamentais”, e que compreende as normas do artigo 1º ao 4º da Constituição Federal.

Deve-se incluir ainda, os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos disposto no artigo 5º da CF.

As chamadas “cláusulas pétreas”, dispostas no § 4º, do artigo 60, da CF, também devem ser inseridas na noção de preceitos fundamentais, já que são dotadas de uma garantia também especial, a imutabilidade.

Por fim, ao lado das cláusulas pétreas encontramos também os denominados “princípios sensíveis” dispostos no inciso VII, do artigo 34, da CF, uma vez que a ofensa aos mesmos acarreta uma inconstitucionalidade qualificada ou estrutural, pois se tratam de pilstras básicas que caso atacadas e ruídas, ocasionarão a desnaturação do Estado e por conseguinte sua inexistência, já que a Constituição perde sua conformação primitiva.

Portanto, em nosso entendimento, dentre os preceitos fundamentais estariam os direitos e garantias fundamentais previstos nos artigos 1º a 5º, as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º) e os princípios sensíveis (artigo 34, inciso VII). Entretanto, como dito anteriormente, não há um posicionamento único da doutrina sobre o tema. Nesse sentido, trago à colação alguns entendimentos doutrinários divergentes.

Sobre o rol dos preceitos fundamentais dispôs Ricardo Cunha Clemente (2003, p. 117):

Por preceitos fundamentais devem ser entendidos os princípios constitucionais (inclusive os princípios constitucionais sensíveis arrolados no inc. VII do art. 34 da CF), os objetivos, direitos e garantias fundamentais previstos nos art. 1º a 5º da CF, as cláusulas pétreas e outras disposições constitucionais que se mostrem fundamentais para a preservação dos valores mais relevantes protegidos pela Constituição Federal.

Daniel Sarmento leciona que (2001, p. 91):

Entre os preceitos fundamentais situam-se, sem sombra de dúvidas, os direitos fundamentais, as demais cláusulas pétreas inscritas no art. 604, § 4º, da Constituição da República, bem como os princípios fundamentais da República, previstos nos arts. 1º ao 5º do Texto Magno.

Cássio Juvenal Faria (apud LENZA, 2003, p. 118) expõe que os preceitos fundamentais seriam:

[...] normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, como, por exemplo, os “princípios fundamentais” do Título I (arts. 1º a 4º); os integrantes da cláusula pétreia (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170) etc.

José Afonso da Silva (apud MOTTA FILHO, 2003, p. 665) entende que:

Preceitos fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a estas e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (Título II).

Sylvio Clemente da Motta Filho e William Douglas Resinente dos Santos (2003, p. 664) asseveram que:

Entendemos como preceito fundamental todo e qualquer dispositivo constitucional que tenha natureza principiológica servindo de alicerce para qualquer uma das cadeias de Direito contempladas pelo texto constitucional. Optamos por ousar uma interpretação extensiva em virtude da própria natureza jurídica do dispositivo que tem, inequivocadamente, uma índole democrática imensurável. Mais não fosse, o instituto além de tutelar a lesão, tutela também a ameaça de lesão de ato emanado de

qualquer um dos poderes da República, o que, por si só, nos afigura como elemento axiológico autorizador para uma percepção assaz ampliada do conceito de preceito fundamental.

Assim, correndo o risco de sermos desmentidos pela jurisprudência futura, como preceito fundamental entendemos não apenas os Princípios Fundamentais do Título I da Carta, mas, também, os princípios atinentes aos Direitos e Garantias Fundamentais (estejam ou não localizados topograficamente no Título II); os princípios constitucionais explícitos e sensíveis relativos ao pacto federativo e a repartição de competência entre os entes federados; os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública; as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º); os princípios pertinentes ao Sistema Tributário Nacional e as regras básicas sobre Finanças Públicas (Título VI); e os princípios da Ordem Econômica e Financeira, mormente os que se relacionam diretamente com os limites do Estado na intervenção na propriedade e na atividade econômica (Título VII).

E Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 212):

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, entre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição: princípio federativo, a separação dos poderes, o voto direto, universal e secreto.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados princípios sensíveis, cuja violação pode dar ensejo a decretação de intervenção federal nos Estados-membros (Constituição Federal, art. 34).

Por fim, cabe ressaltar que o legislador infraconstitucional agiu bem ao não dispor quais seriam os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, a merecerem a proteção da arguição de descumprimento.

Isso porque, para não deixar de indicar qualquer possível preceito fundamental, poderia reiterar todos os termos constitucionais e, ainda, iria violar a vontade constitucional restringindo ou alargando de forma indevida o campo de incidência da medida especial, uma vez que a vontade normativa surge e se exaure no próprio texto da Constituição, como condição absoluta de respeito à sua manifestação de vontade.

Portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não se destinará à proteção geral da Constituição Federal, mas apenas da parcela de normas que se consideram fundamentais.

6 CONCLUSÃO

A concepção de uma “Lei Maior” (Constituição), hierarquicamente superior as demais, foi sendo construída ao longo dos anos, como uma necessidade política das sociedades, no intuito de limitar e organizar o poder estatal.

Tendo em vista que as normas constitucionais põe-se hierarquicamente acima das demais normas jurídicas, pressupondo a existência de um escalonamento normativo, necessita-se de um mecanismo de controle para garantir sua efetividade. E o mecanismo hábil para tanto é o chamado controle de constitucionalidade, que tem como função principal evitar que ingresse ou que permaneça no ordenamento jurídico, lei ou ato normativo contrário ao texto constitucional.

O controle de constitucionalidade poderá ocorrer em dois momentos distintos, quais sejam: no curso do processo de elaboração da lei ou ato normativo, tendo-se o controle de constitucionalidade preventivo; ou durante a vigência da norma contrária a Constituição, o chamado controle de constitucionalidade repressivo.

Dentro do controle de constitucionalidade repressivo, que visa retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo contrários à Constituição, verifica-se duas vertentes: o controle difuso ou concreto de constitucionalidade e o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade.

O sistema pátrio de controle de constitucionalidade é misto, simbiótico, ou seja, prevê a possibilidade de aplicação dos dois métodos de controle, o difuso e o concentrado.

O controle difuso de constitucionalidade é oriundo da Corte Constitucional norte-americana. A peculiaridade desse controle consiste em seu caráter incidental, ou seja, tem-se o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, diante da apreciação de um caso concreto, por qualquer componente do Poder Judiciário (juiz ou tribunal), e não por uma ação direta, na qual o objeto principal é a inconstitucionalidade da lei. Sendo que o efeito da decisão do controle concentrado alcança apenas as partes envolvidas no litígio.

O controle concentrado de constitucionalidade teve origem na Europa, com o advento da Constituição da Áustria de 1920. Através desse controle de constitucionalidade, pode-se ajuizar uma ação perante o Tribunal para analisar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, sem a vinculação de uma situação concreta. O efeito da decisão proferida em sede de controle abstrato é *erga omnes*.

Entre os meios de controle de constitucionalidade está a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no § 1º, do artigo 102, da Constituição Federal. Contudo, a sua disposição tomou contorno de norma de eficácia limitada, necessitando de lei que a regulamentasse.

Assim, passado mais de uma década, o legislador infraconstitucional finalmente trouxe ao ordenamento jurídico a lei regulamentadora deste instituto, a Lei nº 9.882/99, encerrando as hipóteses existentes do controle concentrado de constitucionalidade.

Com a regulamentação da argüição, confirmou-se a sua natureza de ação, que inclusive tem duas naturezas: uma ação própria e outra incidental. Sendo que a Lei da Argüição possibilita que seja proposta a ação nas seguintes hipóteses: para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui dupla modalidade funcional, podendo ser ajuizada de forma autônoma (argüição autônoma), ou de forma incidental (argüição incidental), que pressupõe um processo anterior, submetido a qualquer juízo ou tribunal, envolvendo uma questão constitucional, em que o parâmetro de controle seja um preceito fundamental.

Uma das características mais relevantes da argüição é a subsidiariedade, que inclusive é um ponto de divergência doutrinária. Para uma corrente mais restritiva, a argüição é subsidiária residual, ou seja, será utilizada apenas quando não houver outro recurso aplicável ao caso. Outro posicionamento entende que é subsidiária supletiva, sendo aplicada quando não houver outro meio possível para sanar a violação ou ameaça de violação a preceitos fundamentais ou quando interposto o recurso próprio, ele não obteve êxito. Por fim, a terceira corrente entende que a argüição não é residual, já que é um mecanismo próprio para proteção de uma categoria especial de normas constitucionais, que são os preceitos

fundamentais. Embora não haja um posicionamento pacífico sobre a matéria, se verifica uma inclinação doutrinária para o lado da subsidiariedade supletiva.

Saliente-se que a subsidiariedade da argüição de descumprimento não exclui sua natureza de recurso principal nos casos insanáveis por outros recursos, como a lesão de preceito fundamental por lei ou ato normativo municipal, ou leis ou atos normativos de todas as esferas federativas anteriores à Constituição. Possibilidades estas que foram introduzidas no controle de constitucionalidade pátrio pela argüição.

Outro aspecto relevante e de divergência doutrinária, é a extensão do binômio “preceito fundamental”, que são regras e princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, possibilitando constatar uma hierarquia axiológica entre as normas constitucionais. Apesar de os preceitos fundamentais não terem sido arrolados expressamente, decorrem da Constituição, e ao nosso ver, podem ser exemplificados como sendo os princípios fundamentais, direitos e garantias fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas. Tendo em vista que, aos preceitos fundamentais cumpre conferir identidade própria à Constituição, não se trata de uma inconstitucionalidade qualquer, mas contra os pilares da Democracia.

A decisão na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem efeito vinculante, *erga omnes* e *ex tunc*. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal pode manipular os efeitos de sua decisão, a fim de salvaguardar alguns interesses, atribuindo-lhe efeito *ex nunc*.

Portanto, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação capaz de proteger todo o ordenamento jurídico, permitindo um controle mais efetivo da constitucionalidade, ou seja, permitindo a checagem do fundamento de validade de normas municipais, anteriores à Constituição e ainda, pode ser proposta de forma incidental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de constitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: natureza jurídica e função constitucional**. [Monografia de Graduação] – Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro, VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária**. Revista Jurídica Virtual nº 8, janeiro 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: 04 fev. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CAMPO, Hélio Márcio. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kidare Golçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed., rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

_____, CAPEZ, Fernando, ELIAS ROSA, Márcio Fernando, SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2004.

CLÈVE, Merlin Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 16. ed. à luz da Lei n. 10.406/02. – São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 6 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Método, 2003.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: instrumentos de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868 de 10-11-1999**. São Paulo : Saraiva, 2001.

MASI, Carlos Daniel Nunes. **Apontamento sobre a Lei 9.882/99 – Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. [Monografia de Graduação] – Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26 ed. atual. São Paulo : Editora Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **Jurisdição Constitucional : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Revista Jurídica Virtual nº 7, dezembro 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/arguicao.htm>. Acesso em: 04 fev. 2008.

_____. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz**. Revista Jurídica Virtual nº 13, junho 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm>. Acesso em: 04 fev. 2008.

_____. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas.** Revista Jurídica Virtual nº 4, agosto 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 04 fev. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares o Estado e os sistemas constitucionais.** 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra Editora, 1990.

_____. _____. **Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade.** 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição.** São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Leda Pereira. **Curso de direito constitucional.** 7 ed. São Paulo : Damásio de Jesus, 2004.

MOTA FILHO, Sylvio Comente da. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

_____. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 100 questões.** Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade.** 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito fundamental**: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9882/99). São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.868/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo : Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Revista Diálogo Jurídico. nº 12. março 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_12/DIALOGO-JURIDICO-12-MARCO-2002-CARLOS-MARIO-VELLOSO.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2008.