

A POLÊMICA EM TORNO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL INCIDENTAL: EXISTÊNCIA, LOCALIZAÇÃO E EFICÁCIA

*THE POLEMISTRY AROUND THE ARGUMENT OF INCIDENTAL
FUNDAMENTAL PRECIOUS FAILURE: EXISTENCE, LOCATION AND
EFFECTIVENESS*

Mônia Clarissa Hennig Leal¹
Leandro Konzen Stein²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contextualizações acerca do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pós-1988; 2 A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Constituição Federal e na Lei 9.882/99; 3 A natureza dúplice da Argüição de Descumprimento: controvérsias em torno do artigo 1º da Lei 9.882/99; 4 Da existência, localização e eficácia da Argüição de Descumprimento Incidental; Considerações Finais; Referências

RESUMO - O paradigmático instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) veio a complementar o já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, instaurado/renovado na Constituição Federal de 1988. A Argüição de Preceito Fundamental congrega, na via concentrada, elementos da fiscalização abstrata e também incidental, aproximando-se, pois, da via difusa, daí se denotar a novidade e originalidade dessa ação *sui generis*. Sua natureza dúplice é apregoada pela doutrina, que classifica a ação em duas modalidades: *autônoma* e *incidental*. É esse o foco da presente investigação, de modo que se intenta perquirir sobre a existência, a localização (na Constituição e, principalmente, na Lei Regulamentadora) e eficácia (com notada ênfase para o que decide o Supremo Tribunal Federal a esse respeito) da modalidade incidental de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT - The paradigmatic institute of Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) came to complete the yet still complex brazilian judicial review system, (re)created by the Constitution of 1988. The Argüição de Descumprimento

de Preceito Fundamental combines abstract and also incidental elements, so that it owns a real *sui generis* nature. This dual characteristic is attributed by the constitutional theory, that classifies this actions in two classes: one autonomous and another incidental. That's the point of the investigation in this article, by analyzing its existence, localization (not only in the Constitution but also in its Regulation Act) and efficacy (mainly in the way that decides de Federal Supreme Court) of the incidental form of the Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

KEY WORDS: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Judicial review. Brazilian Federal Supreme Court.

Introdução

O paradigmático instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) veio a complementar o já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, instaurado/renovado na Constituição Federal de 1988. Esse novel sistema dá notada ênfase ao controle concentrado (europeu continental), sem, todavia, olvidar do já clássico modelo difuso (norte-americano) aqui inserido desde a proclamação da República.

A ADPF congrega, na via concentrada, elementos da fiscalização abstrata e também incidental, aproximando-se, pois, da via difusa, daí se denotar a novidade e originalidade dessa ação *sui generis*. Sua natureza dúplice é apregoada pela doutrina, que classifica a ação em duas modalidades: *autônoma* e *incidental*. É esse o foco da presente investigação, mormente tendo em vista os vetos presidenciais à Lei 9.882/99, que tardiamente regulamentou o instituto, bem como a liminar concedida na ADIn 2231 interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a íntegra da Lei de Regência. É dizer, intenta-se perquirir sobre a existência, a localização (na Constituição e, principalmente, na Lei Regulamentadora) e eficácia (com notada ênfase para o que decide o STF a esse respeito) da modalidade incidental de argüição de descumprimento.

1 Contextualizações acerca do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pós-1988

Desde a década de 1970, movimentos da sociedade civil reivindicavam a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, mormente no período em

que Raimundo Faoro ocupou a presidência da OAB³. Contudo, foi somente com a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, refletindo os movimentos populares anti-ditadura militar, mas já no período Sarney, que se convocou a Assembléia Constituinte.

Apesar dos problemas⁴, o processo constituinte legou ao país uma Constituição classificada pelo Presidente da Assembléia Nacional, Ulysses Guimarães, de “*Constituição Cidadã*”, por conter os desejos e necessidades dos mais diversos setores da sociedade brasileira e afiançar um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, de caráter individual e coletivo:

Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca de fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*.⁵

A formulação da Constituição de 1988 teve grande influência do projeto elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais, conhecida como Comissão Afonso Arinos – seu presidente – em que pese o fato de o referido processo ter sido engavetado pelo seu mentor, José Sarney⁶. Aquela Comissão, por sua vez, tomou como base o anteprojeto de Constituição elaborado por José Afonso da Silva, um dos mais respeitados constitucionalistas brasileiros.

Todavia, o texto constitucional não adotou, devido a pressões do Poder Judiciário, especialmente do STF, a fórmula do Tribunal Constitucional, nos moldes europeus, proposta por José Afonso e já derrubada na Comissão Arinos. Apesar disso, o Supremo passou a tratar apenas das questões constitucionais, retirando-se, de sua alçada, encargos estranhos à vigilância da Lei Maior, os quais foram transferidos ao recém criado Superior Tribunal de Justiça.

O ordenamento constitucional brasileiro, portanto, não converteu, como desejavam os “comunitários”, o Supremo Tribunal Federal em

Corte Constitucional, mas reduziu sua competência à matéria constitucional, afirmando que a ele compete, “*precipualemente, a guarda da Constituição*” (art. 102, C.F.). Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política.⁷

O sistema de controle de constitucionalidade pátrio também sofre profundas alterações com o advento Constituição de 1988, mantendo, contudo, o histórico caráter misto:

A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu).⁸

As principais inovações, que atingem tanto a fiscalização concentrada, como difusa, podem ser assim destacadas, conforme orientação de Luis Roberto Barroso⁹:

a) a ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);

b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objetivo (art. 103, §2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);

c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º);

d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental;

e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

Veja-se que a mudança de rumos foi tão significativa que Binenbojm¹⁰ chega a dividir a história constitucional brasileira em duas: uma antes da CF de 1988, adjetivada de velha jurisdição constitucional brasileira, e outra posterior: a *nova jurisdição constitucional brasileira*.

Nada obstante, o novo paradigma de controle não tardou em se tornar ainda mais complexo. *Primeiro*, foi a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade, por meio da qual “a presunção de constitucionalidade da lei, que é relativa (*juris tantum*), torna-se absoluta (*juris et de jure*), impedindo a sua inobservância, sob o argumento de inconstitucionalidade, por quem quer que seja, inclusive pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelo Poder Executivo”¹¹:

O quadro desenhado pelo constituinte originário passou a ser sistematicamente remodelado a partir da criação da ação declaratória de constitucionalidade, resultante da Emenda Constitucional n. 3, de 18 de março de 1993. A nova ação, de competência do Supremo Tribunal Federal e proponível pelos mesmos legitimados da ADIn (por força da Emenda Constitucional n. 45/2004), foi amplamente contestada por parte da doutrina, que questionava sua constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, por ampla maioria considerou legítima sua acolhida no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.¹²

Segundo, a chegada das Leis n.º. 9.868/99 e n.º. 9.882/99 que vieram, respectivamente, disciplinar os aspectos processuais e decisórios da ADIn e ADC, e regulamentar o §1º do art. 102 da Constituição Federal, o qual prevê a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Desse modo, percebe-se o largo quadro de ações constitucionais de caráter concentrado e abstrato de competência originária do Supremo Tribunal Federal, atual guardião da Lei Suprema, além da permanência do controle incidental, em regra, difuso¹³, exercido por todos os juízes e tribunais. Veja-se o rol das ações concentradas de controle de constitucionalidade existentes no sistema de fiscalização introduzido pela Carta Magna de 88:

- a) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, CF/88);
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88);

- c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, CF/88);
- d) ação direta interventiva (art. 36, III, CF/88);
- e) argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º da CF/88¹⁴).

Essa extensa lista denota uma tendência de ampliação e alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada em nosso país, o que revela a influência continental européia, notadamente espanhola e portuguesa, na Constituição Federal de 1988, mudando-se o paradigma vigente desde a proclamação da República de controle difuso e incidental de inspiração norte-americana, que era até pouco tempo o referencial principal do constitucionalismo pátrio, apesar das introduções, desde a década de 1930, de mecanismos tendentes a corrigir as deficiências do modelo – como a ação direta interventiva e a remessa ao Senado (1934/1946), além da representação contra inconstitucionalidade (1965) - e de aproximá-lo do controle de cariz romano-germânico, introduzido por Kelsen (década de 1920) na Europa e logo espalhado, com significativas variações, por todo o mundo ocidental.

É nessa tensão dialética de modelos e de mudança de paradigmas e referenciais que se insere o instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF¹⁵).

Essa ação é de fundamental importância para o entendimento da imbricação dos modelos e sistemas constitucionais que influenciaram o direito e a jurisdição constitucional brasileira, pois se trata de instrumento *sui generis* de controle de constitucionalidade, por congregar, ao menos em tese, os caracteres elementares do modelo *concentrado* (pois a competência para processar e julgar a ADPF é do STF), subdividindo-se em *abstrato* (ADPF autônoma) – o que não representaria novidade alguma – e *incidental* (pois, nessa modalidade, poderia ser utilizada no curso de uma lide judicial) – o que traria uma profunda inovação que completaria o mapa constitucional do Brasil.

2 A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Constituição Federal e na Lei 9.882/99

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, originalmente prevista no parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal (posteriormente transformado, pela Emenda Constitucional nº 3/93, em §1º¹⁶), conforme entendimento majoritário da doutrina, seguindo a tradicional classificação das normas constitucionais da lavra de José Afonso da Silva, é norma de eficácia limitada, pois a expressão “*na forma da lei*”, constante daquele dispositivo constitucional, revelaria uma necessidade de regulamentação posterior pelo legislador ordinário:

A norma constitucional dependente de legislação também entra em vigor na data prevista na constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência de lei integrativa. A distinção não é acadêmica. Tem conseqüências práticas de relevo. Pois tais normas, desde que entram em vigor, são aplicáveis até onde possam, devendo notar-se que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão-só para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade.¹⁷

Contudo, parece não ser esse o caso da ADPF (possuir “quase eficácia plena”, com mínima interferência do legislador ordinário, somente para definir sua aplicabilidade) porque, a densidade normativa¹⁸ da previsão constitucional de tal mecanismo de controle de constitucionalidade¹⁹ é baixa, isto é, existe ampla margem deixada pelo legislador constituinte para que seja concretizada pelo legislador ordinário²⁰. A Constituição Federal assim dispõe:

Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente

[...]

§1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, **na forma da lei**.²¹ [Grifou-se].

Desse modo, conclui-se que enquanto não houvesse regulamentação por via legal não poderia a figura da argüição de descumprimento de preceito fundamental alcançar sua eficácia plena. Essa posição foi adotada pelo Supremo Tribunal

Federal, por exemplo, quando da apreciação de ADPF intentada pelo ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, quando de seu *impeachment*, em face da perda de seus direitos políticos, que, conforme alegava, caracterizaria descumprimento a preceito fundamental da Constituição, tendo seu pleito rejeitado:

[...] o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Néri da Silveira, relator, negou trânsito à petição em que se postula seu conhecimento como argüição, prevista no art. 102, §1º, da CF ('A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei'), adotando-se para tanto, o rito da ação cível originária, ou seu conhecimento e procedência como revisão criminal, com vistas à declaração, em qualquer das hipóteses, de nulidade da pena imposta ao argüente pelo Senado – perda do cargo de Presidente da República -, como órgão judiciário, em razão de sua prévia renúncia ao mandato de Presidente. **Fundou-se a decisão no fato de não ser auto-aplicável o disposto no §1º do art. 102 da CF.** O preceito demanda lei regulamentadora. Quanto à possibilidade de se acolher o pedido como revisão criminal, ponderou-se ser esta ação própria ao reexame de casos criminais julgados pelo Tribunal e não decisão proferida pelo Senado da República. Precedentes citados: AgRgMS 22.427-PA, DJU de 15.03.1996 e AgRGPET 1.140, DJU de 31.05.1960. [Grifou-se].

Essa posição do Supremo também pode ser visualizada na seguinte ementa que versava sobre um decreto de intervenção em município do Estado de Tocantins:

DIREITO CONSTITUCIONAL CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO. Arts. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil.

1. O § 1.º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF, não pode apreciá-la.

3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, “caput”). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de lei.

4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da CF)

5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, “sub-judice”, no feito, essa questão.

6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente.

7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2ª. parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide “inter partes”. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo STF.

9. Agravo improvido, Votação unânime. [Grifou-se].

STF – TRIBUNAL PLENO – RELATOR: Min. SYDNEY SANCHEZ AGRPET- 1140/TO (AG. REG. EM PETIÇÃO). Julgamento 02/05/1996.

Contudo, havia autores que, como Lenio Streck, entendiam que a falta de lei, a regulamentar tal ação constitucional, não era fundamento suficiente para negar eficácia a esse instituto de proteção dos direitos fundamentais:

Como no mandado de injunção, remédio criado para combater a ineficácia de normas que tratam de preceitos fundamentais, e que foi tornado ineficaz pelo Supremo Tribunal, parece que, no caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ineficaz por

falta de norma regulamentadora, o *mesmo paradoxo se estabelece*. Daí a pergunta: é possível, na vigência do Estado Democrático de Direito, em havendo remédios (constitucionais) contra a ineficácia de normas (por falta de regulamentação, como o mandado de injunção) e contra a inefetividade do sistema jurídico (falta de regulamentação sanável pela ação de inconstitucionalidade por omissão), continuarmos a não aplicar um dispositivo que tem, precipuamente, o escopo de proteger o cidadão contra os abusos do poder e a violação de seus direitos humanos-fundamentais?²²

Fato é que havia a necessidade de se definir, por via legal, a *forma* dessa ação constitucional, como era mesmo a determinação da Constituição Federal. É óbvio que há limites para o legislador ordinário, limites estes esculpidos na própria Carta Magna²³. Contudo, não se pode negar que cabia ao legislador infraconstitucional regulamentar a ADPF²⁴, pois: “Nenhum dos cinco termos principais utilizados na parte descritiva do art. 102, §1º, possui a clareza e a precisão que permita seu entendimento sem intervenção de norma concretizadora”.²⁵ Como sintetiza Walter Claudius Rothenburg:

[...] a manifesta vontade do constituinte de conferir ao legislador a atribuição de moldar o instituto (sempre, é claro, com base nos delineamentos básicos indicados já na própria Constituição) não deve ser ignorada, sob pena de esboroar-se o princípio da legalidade. Somente uma intolerável omissão legislativa autorizaria, no limite, a implementação da argüição de descumprimento de preceito fundamental à míngua de regulamentação legal. Penso que nos aproximávamos desse limite.²⁶

É nesse contexto que surge a Lei 9.882/99²⁷, de 3 de dezembro de 1999, de forma a trazer à luz o novo instituto que estava à sombra do sistema (misto) de controle de constitucionalidade brasileiro. O fato é que a referida norma regulamentadora trouxe mais dúvidas que certezas. A doutrina não chega a consenso sobre sua constitucionalidade, seja total ou parcial, havendo posições das mais diversas. Dimitri Dimoulis entende que: “Entre os cinco termos duvidosos do art. 102, §1º, CF a lei regulamentadora só concretizou o termo ‘argüição’, indicando suas principais dimensões materiais e processuais”.²⁸

Assim, pode-se perceber que a Lei de Regência tornou ainda mais acirradas as discussões em torno do instituto – que estava adormecido havia mais de dez anos –, surgindo inúmeros pontos polêmicos no seio da doutrina jurídico-constitucional que se refletem na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. O presente artigo tem por intento justamente analisar qual seria a forma dada ao termo “arguição” na lei de regência a partir da polêmica em torno das modalidades de ADPF que a doutrina encontra, sendo praticamente pacífico a descrição de uma *arguição autônoma* e uma *incidental*.

3 A natureza dúplice da Arguição de Descumprimento: controvérsias em torno do artigo 1º da Lei 9.882/99

Como referido, a doutrina tradicionalmente divide a arguição de descumprimento de preceito fundamental em duas modalidades no que se refere ao tipo de controle de constitucionalidade que exerce²⁹. Dessa forma, existiriam: a *arguição autônoma*, espécie de controle objetivo (concentrado e abstrato) de constitucionalidade de ato do Poder Público e uma *arguição incidental*, que se caracteriza por proporcionar um “controle concentrado e concreto de constitucionalidade”³⁰. Haveria, portanto, uma natureza dúplice na arguição de descumprimento. Como aponta Daniel Sarmento:

A arguição autônoma constitui típica hipótese de processo objetivo, vocacionada ao controle abstrato de constitucionalidade, à semelhança da ADIN, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da ADIN por Omissão. Ela deve ser utilizada exatamente nas hipóteses em que estas outras ações constitucionais não forem cabíveis, ou não se revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental da Constituição, consoante o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Já a Arguição Incidental, cuja existência infere-se da leitura de diversos dispositivos esparramados assistematicamente pelo corpo da lei, como o art. 5º, § 3º, e o 6º, § 1º, representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade ao

preceito fundamental. Se o Supremo conhecer da argüição incidental, ele não vai julgar a causa como acontecia no instituto da Avocatória, de triste memória. Irá tão-somente manifestar-se sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de argüição de inconstitucionalidade nos tribunais, característico do controle difuso, e que se encontra regulado nos art. 480 a 482 do Código de Processo Civil.³¹

A polêmica sobre as modalidades, contudo, é grande, mormente, no que se refere à constitucionalidade da argüição incidental (ou por equiparação³²). A Lei 9.882/99, que regulamenta o §1º do art. 102 da Constituição Federal, disciplinando o processo e julgamento da ADPF, versa, em seu artigo 1º:

Art. 1º. 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.³³

Fica clara a competência (do STF, que, aliás, já era definida pela Constituição Federal) e o objeto da ADPF (evitar ou reparar³⁴ lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público³⁵). Porém, quando se analisa em conjunto o seu parágrafo único, surgem problemas de interpretação, visto que a redação é confusa:

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;

II – (vetado).³⁶

Existem posições das mais diversas. Alexandre de Moraes entende que tal hipótese de argüição seria inconstitucional por ter o legislador ordinário extrapolado os limites de conformação do instituto outorgado pela Constituição Federal, ampliando irregularmente as competências do Pretório Excelso:

Essa hipótese de argüição de descumprimento de preceito fundamental [...] distanciou-se do texto constitucional, uma vez que o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como

descumprimento de preceito fundamental qualquer *controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*.

O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o STF. Não há qualquer autorização constitucional para ampliação das competências do STF.

Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do STF, que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.³⁷

De outra banda, autores, como Dimitri Dimoulis, entendem que a hipótese é constitucional em face da baixa densidade normativa³⁸ da ADPF na Constituição Federal que deixaria amplo espaço para uma concretização normativa por parte do legislador ordinário que conformou o instituto através da Lei 9.882/99:

A doutrina considerou inconstitucional a forma incidental de ADPF (art. 1.º, par. ún., I, da Lei 9.882/1999), apresentando dois argumentos. Primeiro, que a lei ampliou indevidamente as hipóteses de cabimento da ADPF, já que as controvérsias sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo não constituem casos de descumprimento de preceito fundamental, devendo ser resolvidas no âmbito dos demais mecanismos de controle de constitucionalidade. Considera-se, assim, que a ADPF é inconstitucional porque invade espaço da ação direta de inconstitucionalidade.

Na verdade, a lei regulamentadora autoriza a argüição de descumprimento de *preceito fundamental*, na modalidade incidental, se o descumprimento ocorrer mediante ato normativo. Isso significa que a lei delimita o campo de incidência de forma restritiva em relação ao art. 102, § 1.º, da CF, que institui a ADPF sem especificar os atos sindicáveis (e sem exigir que a controvérsia seja “relevante”). A opção restritiva do legislador exprime a preocupação de evitar a sobrecarga do STF em casos não relevantes. Essa opção pode ser

criticada de *lege ferenda*, mas não padece de inconstitucionalidade, nem impõe uma interpretação extensiva da lei regulamentadora. **Como já dissemos, a cláusula “na forma da lei” do art. 102, § 1.º citado, equivale à autorização para que o legislador configure a ADPF conforme juízo de conveniência e oportunidade.**

Em segundo lugar, afirmou-se que a lei regulamentadora contraria a Constituição Federal, que não autoriza a ADPF em caso de descumprimento ocorrido mediante norma de origem municipal ou promulgada antes da entrada em vigor da Constituição. Esse argumento tampouco possui embasamento constitucional. A Constituição não fez referência aos possíveis autores do descumprimento e nada obsta que o legislador adote um entendimento amplo, incluindo até mesmo atos de particulares. Tampouco encontramos na Constituição um marco temporal a partir do qual seria autorizado o controle de conformidade constitucional de um ato.³⁹ [Grifou-se].

A questão é complexa. A constitucionalidade da referida modalidade, como visto, é objeto de considerações das mais diversas. Antes de tudo, porém, cabe perguntar: pode-se identificar a ADPF incidental com o art. 1.º, par. ún., I, da Lei 9.882/1999? É ali que se prevê essa modalidade?

André Ramos Tavares – que foi seguido por significativa parcela da doutrina nacional – prescreve o seguinte:

Assim, a medida que se apresenta no inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei da Arguição deve ser considerada como a segunda espécie de arguição, ao lado da primeira, que é a sua modalidade por via de ação direta, presente no *caput* do mesmo dispositivo. Trata-se, pois, do incidente de descumprimento de preceito fundamental, que também se pode designar como arguição por derivação.

Ao contrário da ação, a arguição incidental tem campo mais restrito, como se verá, já que, além de exigir o descumprimento de preceito fundamental, como não poderia deixar de ser, acresce outra condição: a relevância da questão.⁴⁰

Roberto Mendes Mandelli Junior, a *contrario sensu*, entende que:

[...] esta correspondência não se justifica, pois limitaria os objetos sindicáveis por esta argüição, não devendo ser este o sentido do instituto. Prevalendo esta correspondência, por exemplo, não seriam admitidos os atos concretos do Poder Público como objetos impugnáveis pela argüição incidental, mas tão só pela modalidade autônoma.⁴¹

O tema se torna interessante, pois o fato de serem dirigidas críticas ao art. 1.º, par. ún., I, da lei de regência, não significa, necessariamente, que essas críticas sejam também à modalidade incidental da argüição de descumprimento, pois conforme entende parte da doutrina – a qual concorda-se aqui que esteja com a razão – não é ali que esta se localiza. Esse parece ser o entendimento de Walter Claudius Rothenburg:

Equívoco reside, entretanto, em querer relacionar as duas modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental a dois dispositivos específicos da Lei nº 9.882: enquanto a cabeça do art. 1º diria respeito à argüição direta, o inciso I do parágrafo único desse artigo compreenderia a argüição incidental. Vejamos a redação:

- “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” (art. 1º, *caput*);

- “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” (inciso I do parágrafo único do art. 1º).

Essa correspondência linear não se sustenta, ainda que reflita a intenção dos autores da Lei (com a suposta finalidade de conciliar duas opiniões). A interpretação original (histórica) haverá de ceder passo a uma inteligência mais razoável do produto legislativo. [Grifou-se].⁴²

Pode-se concluir que se deve compreender o parágrafo único no sentido de dar-lhe uma interpretação adequada em relação à Carta Magna, pois se bem interpretado não apresentaria nenhum ranço de inconstitucionalidade, eis que o legislador ordinário não desborda dos limites da Constituição para conformação da ADPF, nem amplia de forma irregular, as competências do Supremo Tribunal. Ou

seja, não é inconstitucional se analisado isoladamente, nem torna inconstitucional a ADPF incidental, pois *não* é ali que esta está prevista, apesar de, como destacado, ter sido essa a intenção dos autores do projeto da Lei 9.882/99⁴³.

Como dito, faz-se mister uma interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)⁴⁴ no sentido de se desfazerem os mal-entendidos sobre o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei da ADPF. Primeiro, deve-se ter em conta que tanto o *caput*, quanto o parágrafo do citado artigo, são informadores de uma mesma norma⁴⁵, isto é, “não há restrição do cabimento de uma e outra no art. 1º da Lei nº 9.882/99, como se o *caput* identificasse uma e o parágrafo único outra”.⁴⁶ Caso contrário, estar-se-ia limitando os objetos sindicáveis de cada modalidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental:

Adotada essa posição, não seria possível, por exemplo, a argüição autônoma que tivesse como objeto lei anterior à Constituição; nem mesmo a argüição incidental de ato concreto (não-normativo) do Poder Público. A restrição do objeto não se harmoniza com a finalidade da argüição que pretendeu superar a jurisprudência restritiva do STF que se formou em torno do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, não admitindo o controle concentrado de constitucionalidade do direito municipal e do direito pré-constitucional.⁴⁷

Isso posto, da análise apenas do artigo 1º da LA, pode-se chegar às seguintes conclusões iniciais: esse dispositivo específico *não* traz uma distinção de modalidades de argüição de descumprimento; apenas informa quais são os objetos sindicáveis do Poder Público via ADPF: administrativos, jurisdicionais e normativos⁴⁸; realçando que, para os atos normativos, existe a possibilidade de serem objeto de argüição os municipais e também os anteriores à Constituição, exigida a relevância da controvérsia constitucional. Como apontam José Afonso da Silva e Clèmerson Merlin Clève:

O dispositivo em comento [inc. I do par. ún., do art. 1º da Lei 9.882/99] pode ser compreendido, então, como uma tentativa de exemplificar os casos de cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental mais sujeitos à resistência doutrinária e jurisprudencial.⁴⁹

O que se está dizendo é que não se pode inferir, ao menos do exposto até aqui, uma distinção de modalidades de ADPF a partir do art. 1º da Lei de Regência. Contudo, isso não quer dizer que não possa existir uma modalidade incidental de argüição de descumprimento. É isso que ora se passa a analisar:

4 Da existência, localização e eficácia da Argüição de Descumprimento Incidental

Antes de se falar em Argüição de Descumprimento Incidental, cabe indagar o que é um *incidente*. A doutrina processualista tradicional revela que incidente é aquilo que incide, recai sobre o processo, advindo da palavra latina *incidere*, que é cair sobre. Assim, pode-se concluir que Argüição Incidental deve ser aquela que advém de um processo judicial em curso, atuando nos moldes do incidente de inconstitucionalidade.

Dessa forma, para se poder dizer que existe uma ADPF incidental faz-se mister haver previsão legislativa que autorize tal entendimento. Na lei regulamentadora, encontramos os seguintes dispositivos: art. 5º, §3º que versa “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais...” e o art. 6, §1º que traz a possibilidade de o relator, caso entender que seja necessário, “ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição...”. Além desses, poder-se-ia trazer à colação o inciso II do artigo 2º que trata da legitimidade ativa aberta a qualquer cidadão lesado ou ameaçado por ato estatal atentatório a preceito capital da Carta Política, bem como seus §§ 1º e 2º. Outrossim, alguns ainda citam o, já discutido, parágrafo único do artigo 1º. Cabe analisar as interpretações dadas aos citados ditames legais de modo a avaliar se é possível chegar, através deles, à existência e eficácia de uma Argüição Incidental:

O §3º do artigo 5º teve sua eficácia suspensa pela liminar concedida pelo Ministro Néri da Silveira, relator da ADIn 2231-8. Referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Conselho Federal da OAB contra a íntegra da Lei da Argüição, e, em especial, contra o teor do parágrafo único do artigo 1º, do § 3º do artigo 5º, do artigo 10, *caput*, e seu § 3.º, e, por fim, do artigo 11, todos da Lei

Federal acima reportada, sob a alegação de inobservância dos artigos 102, § 1º (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), 5º, XXXVII (Princípio do Juiz Natural), 5º, LIV (Princípio do Devido Processo Legal), 92 e seguintes (Organização do Poder Judiciário), 2º (Princípio da Separação de Poderes), 52, X (Competência do Senado Federal), 1º (Princípio do Estado Democrático de Direito), 5º, II (Princípio da Legalidade).

O eminente relator, Min. Néri da Silveira, acolheu em parte o pedido, entendendo por bem suspender a eficácia do inciso I do parágrafo único do art. 1º, por identificar a modalidade incidental com este dispositivo, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo (dando, assim, ao dispositivo, interpretação conforme à Constituição), e suspendendo na totalidade a eficácia, como já referido, do §3º do artigo 5º, por se relacionar diretamente com a modalidade incidental de Arguição de Descumprimento.

Como já restou claro ao longo do presente artigo, não se compartilha aqui da restrição de objetos sindicáveis nas modalidades de ADPF, isto é, a nosso ver, é incorreta a correspondência da Arguição Incidental com o inc. I do par. ún. do art. 1º da Lei de Regência. Contudo, o voto do relator anda nesse sentido. Mesmo assim, ao entender que não se pode apreciar na modalidade incidental controvérsia constitucional já posta em juízo (em processo em curso) fulmina qualquer possibilidade de eficácia dessa espécie de ADPF, pois compartilhamos do entendimento de Carlos Alberto Menezes Direito, que assevera que Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Incidental “seria aquela, e somente aquela, que qualquer das partes ou o próprio órgão judicial poderia suscitar, como no caso do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais”.⁵⁰ Dessa forma, não existiria arguição incidental se não fosse através de um *incidente*, o que parece óbvio.

Assim, resta dificultoso se concluir pela existência da Arguição Incidental. Entretanto, o mérito da ADIn 2231 ainda não foi decidido, podendo o entendimento final do Pretório Excelso modificar-se com relação à possibilidade de utilização dessa modalidade de arguição.

Não fora apenas isso, outro elemento contribui para a inaplicação prática do modo incidental: o veto presidencial ao art. 2º, inciso II. De acordo com esse

dispositivo estariam legitimados a propor a argüição “*qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo ato do Poder Público*”. O veto aposto na Mensagem n. 1.807, de 03 de dezembro de 1999, é no sentido de que:

A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação **fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação do Supremo Tribunal Federal**, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. [Grifou-se].

Destarte, forçoso reconhecer que se as partes do processo em curso não puderem propor a argüição de descumprimento na forma de incidente junto ao Supremo Tribunal Federal, não se pode dizer que esta exista ou, de outro modo, tenha eficácia. Isto é, mesmo que a lei tenha previsto em dispositivos esparsos a modalidade ora em cotejo, esta não possui possibilidade de aplicação fática ante o veto presidencial. Quer dizer, mesmo que se entendesse possível a utilização de uma argüição incidental em um processo em curso (característica fundamental da mesma, que, como visto, foi obstada na ADIn 2231), e não se ampliasse a legitimidade ativa para além do restrito rol do art. 103 da CF/88, estar-se-ia ferindo frontalmente o princípio processual da paridade de armas, como bem adverte Rubens Tsubone:

[...] se não fosse possível esta participação do cidadão teríamos uma flagrante situação de desrespeito ao princípio processual da paridade de armas, senão vejamos as seguintes situações hipotéticas: O indivíduo ‘A’ propõe ação em face do indivíduo ‘B’. Neste caso nem ‘A’, nem ‘B’ podem levar a questão ao STF através da ADPF. Entretanto, se fosse demanda judicial envolvendo ‘A’ ou ‘B’ em face do Estado, notadamente a União ou os Estados da Federação, maiores transgressores de direitos de cidadão, ‘A’ ou ‘B’ continuariam impossibilitados de levar a questão ao STF através de ADPF. De outro lado, o Presidente da República ou Governadores dos Estados têm legitimidade para tanto e, além dos benefícios já

conferidos ao Poder Público ao juízo, mais este odioso privilégio seria concedido ao Estado em detrimento do cidadão.⁵¹

Nessa esteira, também argumenta Jailsom Leandro de Souza, ao afirmar que a argüição acaba por perder suas características fundamentais com a supressão da legitimidade popular:

Ao que parece, a instituição da modalidade servirá mais como medida possibilitadora de avocação para o Supremo de questões de interesse do Poder Executivo ou a requerimento do Procurador-Geral da República, na possibilidade remota de este receber representação, pois, sendo os legitimados para propor a argüição incidental os mesmos da argüição direta, não é de esperar que escolham aquela via sendo mais fácil propor a argüição direta.⁵²

Possibilidades jurídicas de superar-se tal obstáculo existem. Uma delas seria alegar a inconstitucionalidade do veto, se é que tal ato do Poder Público é passível de apreciação pelo Poder Judiciário.⁵³ Se entender-se que não é possível, pode-se empregar uma *interpretação conforme* da Lei aprovada com os vetos. É o que faz Lenio Luiz Streck quando afirma que:

Evidentemente, o veto presidencial configura uma clara e insofismável restrição ao direito fundamental de buscar junto ao Tribunal Maior o resgate de direitos violados, com o que fica violada frontalmente a Constituição Federal.

[...]

No caso, para contornar o problema representado pelo veto presidencial, parece razoável sugerir a aplicação da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*). Com efeito, a simples declaração da inconstitucionalidade do dispositivo, com a redação que lhe restou em face do veto, acarretaria em prejuízo à comunidade jurídica, eis que o citado dispositivo seria expungido do texto.⁵⁴

De outra banda, mas com os mesmos objetivos, André Ramos Tavares busca uma análise lógica da estrutura da modalidade incidental argumentando que:

Se se fosse pretender aplicar também para a argüição incidental, a legitimidade destinada àquela de natureza autônoma, o certo é que

se teria o completo desmantelamento desta modalidade. Isso porque certamente seria hipótese bastante remota que aqueles legitimados a propor a arguição autônoma optassem, surpreendentemente, pela arguição incidental. Se a via principal lhes está franqueada, não se utilizariam da secundária (para a qual teriam de aguardar a abertura de um processo judicial outro). Ademais, é preciso observar que a arguição, em tais circunstâncias, se utilizada em caráter incidental, prestar-se-ia apenas a prejudicar o curso normal de determinado processo, pela intervenção (provavelmente indesejada) de terceiros (os legitimados do art. 103) relativamente à discussão constitucional em trâmite. Em outras palavras, esse tipo de interpretação da Lei presta-se a criar uma forma de intervenção indevida em processo em curso, com conseqüências inimagináveis para o correto desenvolvimento da atividade judicial.⁵⁵

Porém, não é essa a posição da nossa Corte Suprema. Em inúmeras arguições de descumprimento intentadas, indeferiu-se a petição inicial liminarmente, eis que faltante o requisito da legitimidade ativa *ad causam*⁵⁶, sendo tal posição incontestada e unânime dentro do Pretório Excelso. Observe-se que o Supremo Tribunal nem mesmo distinguiu quanto à possibilidade dessa restrição (ao rol dos legitimados no art. 103 da CF) ser específica em relação à arguição autônoma.

Considerações Finais

Existem duas modalidades de arguição que podem ser extraídas da lei regulamentadora: autônoma e incidental. Essa última, ao contrário do entendimento de muitos, não está restrita aos objetos previstos no inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99.

A modalidade incidental foi ferida de morte com o veto presidencial ao art. 2º, II que dava ampla legitimidade ativa para aquela modalidade. Posteriormente, o próprio Supremo Tribunal Federal deu sinais de que não fará esforços para “salvar” tal espécie de controle concentrado e concreto (instituto *sui generis*). Ao contrário, o Tribunal entendeu por restringir ainda mais o âmbito desta quando da decisão liminar da ADIn 2231 proposta pelo Conselho Federal da OAB.

Conclui-se que, a prevalecer o entendimento supra-referido do Supremo Tribunal, em relação aos dois pilares da ADPF incidental: (a) propositura em processo em curso (b) pelas próprias partes, essa modalidade estará fadada ao ostracismo, o que vai de encontro à construção de uma jurisdição constitucional aberta e democrática em nosso país.

Referências

ALMEIDA, Caroline Corrêa de. A cláusula de subsidiariedade na argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, ano 12, v. 23, p. 60-84, jan./dez. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF, 3 dez. 1999. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 03 maio 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

DAL COL, Helder Martinez. O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, §1º, da CF. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 10, n. 39, p. 171-188, abr./ jun. 2002.

DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 832, p. 11-36, fev. 2005.

DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79-99.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do direito constitucional brasileiro – A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 97, v. 357, p. 41-50, set./out. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: origem e perspectivas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Porto Alegre, ano 33, v. 35, p. 205-218, 2001.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.223-243.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p.198-238.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 95-116, abr./jun. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição de dispositivos do Código Penal. Declaração de inconstitucionalidade da incidência sobre a hipótese de antecipação de parto de feto comprovadamente anencefálico. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p. 323-341, jul./set. 2005.

SOUZA, Jailsom Leandro de. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: questões em torno da lei nº 9.882/99. **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 7, p. 191-237, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TSUBONE, Rubens Takashi de Melo. Argüição de descumprimento de preceito fundamental e necessidade de interpretá-la como instrumento de ampliação das garantias do cidadão. **Revista Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1 e 2, p. 185-225, 2003.

Notas

¹ Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Pesquisadora conveniada da cátedra de Direito Público e do Estado da Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, em parceria com o Prof. Dr. Winfried Brugger. Professora da disciplina de Jurisdição Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e de Direito Constitucional na Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: moniah@unisc.br.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas “Estado, Administração Pública e Sociedade” e “Jurisdição Constitucional Aberta”, ambos vinculados ao CNPq. Autor do livro “O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais: uma história de construção do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade” (Editora Núria Fabris, 2009, monografia premiada no I Concurso Nacional de

Monografias do Supremo Tribunal Federal). Advogado. Endereço eletrônico: leandrostein@gmail.com.

- ³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 450.
- ⁴ Que podem ser aglutinados em dois: (a) não ser uma Assembléia exclusiva para a elaboração da Constituição e (b) a falta de legitimidade de um terço do Senado Federal que viera do regime militar, haja vista que foram renovados apenas dois terços dos senadores.
- ⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 14.
- ⁶ De fato, o grande idealizador de convocar uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de diferentes setores econômicos e sociais, era Tancredo Neves. Sarney apenas a tornou efetiva, por meio do Decreto nº 91.450 de 18 de julho de 1985. CITTADINO, Gisele. op. cit., p. 32-33.
- ⁷ CITTADINO, Gisele. op. cit., p. 62.
- ⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.
- ⁹ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 65.
- ¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 121-137, passim.
- ¹¹ BINENBOJM, Gustavo. op. cit., p. 132.
- ¹² BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 66.
- ¹³ Mas podendo ser concentrado no Pretório Excelso como no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na modalidade incidental, como será melhor visualizado adiante.
- ¹⁴ Ao menos na sua modalidade *autônoma*, conforme se verá à frente.
- ¹⁵ A partir de agora, nos reportaremos à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também, pela sigla ADPF.
- ¹⁶ A previsão original instituída pelo legislador de 1988, era: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Contudo, “sem que houvesse o legislador infraconstitucional, até então, atendido ao comando constitucional que exigia regulação por lei, revelando seu caráter de norma constitucional de eficácia limitada, surgiu, em 1993, a EC 3, que acrescentou novo parágrafo àquele artigo, **inseriu vírgulas no parágrafo único e transformou-o em § 1.º**, ficando o artigo com a seguinte redação: ‘Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.(...)’.” DAL COL, Helder Martinez. O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, §1º, da CF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n. 39, abr./ jun. 2002, p.175-176. [Grifou-se].
- ¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82.
- ¹⁸ Sobre normas de baixa (ou alta) densidade normativa conferir DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 832, fev. 2005, p. 12 e ss.
- ¹⁹ “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto mecanismo de defesa da Constituição, inova o cenário jurídico ao oferecer a integração entre os sistemas concreto e abstrato de constitucionalidade com eficácia erga omnes sobre os processos ainda em tramitação. Corolário disso, favorece a antecipação de decisões em matéria de relevância constitucional, assim como confere efetividade e coerência ao sistema.” FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: origem e perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, ano 33, v. 35, 2001, p. 207.

- ²⁰ Interessante a advertência de Dimitri Dimoulis, quando versa que: “A baixa densidade normativa do art. 102, §1º, da CF não se relaciona com a figura da reserva legal e da eficácia contida das normas constitucionais. Isso significa que, no caso da ADPF, a edição de lei concretizadora é necessária porque isso está previsto na Constituição e não porque a norma apresenta elevado grau de abstração”. DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. op. cit., p. 16, RDP nº 17. Dessa forma, conclui-se que a ADPF precisa de regulamentação por lei ordinária porque a Constituição Federal assim determina e, ao mesmo tempo, possui baixa densidade normativa, advinda do seu baixo grau de concretude, sendo tal característica independente de cláusulas para edição de normas concretizadoras, a exemplo, da norma sobre “dignidade da pessoa humana” que apresenta baixíssima densidade normativa, mas nem por isso necessita de norma concretizadora, pois o constituinte assim não determinou.
- ²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- ²² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. op. cit., p. 801.
- ²³ Conferir CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- ²⁴ “Diante da extrema imprecisão da norma constitucional *alguém* deve determinar a natureza, o objeto, a legitimação ativa e passiva e os efeitos da ADPF. Se isto não fosse feito pelo legislador ordinário, autoridade máxima na hierarquia normativa infraconstitucional, por quem será feito? Seria constitucionalmente mais satisfatório se o mesmo fosse feito por decreto, por decisão do STF ou através do consenso da suposta “sociedade dos intérpretes da Constituição”? Ou seria melhor que o art. 102, § 1º, continuasse em estado de hibernação?”. DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84.
- ²⁵ DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. op. cit., p. 83. Os cinco termos a que se refere o autor são: “arguição”, “descumprimento”, “preceito”, “fundamental” e “decorrente desta Constituição”.
- ²⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 200.
- ²⁷ “Em julho de 1997, o Ministro da Justiça Iris Rezende cria uma comissão composta por Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa, destinada a elaborar os estudos e o anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Entretanto, desde março daquele ano, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.872, da Deputada Sandra Starling, visando à regulamentação do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de ‘reclamação’. O Deputado Prisco Vianna, relator do projeto da deputada, emitiu parecer favorável pela aprovação do projeto na forma de substitutivo, de sua autoria. Ressalte-se que o Substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina ao instituto bastante semelhante àquela contida no Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos. Esse projeto com o substitutivo foi aprovado pelo Congresso, tendo sido sancionado em 3 de dezembro de 1999 pelo Presidente, com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º; ao inciso II e § 2º, ambos do art. 2º; ao § 4º do art. 5º; aos §§ 1º e 2º do art. 8º; e ao art. 9º.” ALMEIDA, Caroline Corrêa de. A cláusula de subsidiariedade na arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, v. 23, jan./dez. 2004, p. 64-65.
- ²⁸ DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. op. cit., p. 85. Sobre os cinco termos, ver nota 236, *supra*.
- ²⁹ “A arguição autônoma é uma ação de competência do Supremo Tribunal Federal, de caráter subsidiário e objetivo, que tem por fim a declaração e a correção de atos do Poder Público que lesem ou ameacem preceito fundamental decorrente da Constituição. A modalidade incidental é cabível quando no curso de ação judicial surgir controvérsia sobre constitucionalidade que diga respeito a

- preceito fundamental a recomendar, para fins de celeridade e uniformização de entendimento e evitar a proliferação de decisões divergentes, a remessa da questão ao STF para apreciação do incidente. Decidido este, a ação originária retoma o seu curso, cabendo ao juízo natural o julgamento da questão aplicando a decisão da ADPF. Permite um controle concentrado e concreto da Constituição, que tem como precedente a representação de inconstitucionalidade.” SOUZA, Jailsom Leandro de. Arguição de descumprimento de preceito fundamental : questões em torno da lei nº 9.882/99. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 7, 2004, p. 213.
- ³⁰ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 104.
- ³¹ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr./jun. 2001, p. 97.
- ³² É a expressão utilizada por MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 668.
- ³³ BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília: DF, 3 dez. 1999. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2007.
- ³⁴ Daí também a classificação doutrinária entre *arguição preventiva* e *arguição repressiva*.
- ³⁵ “A expressão Poder Público comporta interpretar todas as dimensões: as três esferas da Federação, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, são controláveis atos da competência dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, bem como os praticados, nas várias esferas, nos âmbitos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.” SOUZA, Jailsom Leandro de. op. cit. , p. 206-207.
- ³⁶ BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. op. cit. Acesso em: 30 abr. 2007.
- ³⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. op. cit., p. 668-669.
- ³⁸ DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. op.cit., p. 14: “[...] o relativo silêncio do legislador que se constata no caso de normas de baixa densidade exprime uma *vontade negativa* do criador da norma, que decide por não decidir. Deixa, assim, espaço para uma concretização normativa, mediante ato *volitivo* da autoridade que possui a competência e/ou dos titulares dos direitos fundamentais. Não ocorre interpretação das normas no sentido cognitivo do termo, mas concretização de forma criativo-volitiva.”
- ³⁹ DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. op.cit., p. 22-23.
- ⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. op. cit., p. 295.
- ⁴¹ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233, RDP 20.
- ⁴² ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. op. cit. p. 204.
- ⁴³ É de bom alvitre recordar que a “intenção do legislador” – ou ainda de eventuais juristas envolvidos na feitura do ato normativo – é de impossível apreensão do ponto de vista epistemológico, tanto quanto a “vontade da lei”, eis que são questões próprias de uma paradigma epistemológico de cariz metafísico e positivista de hermenêutica, de há muito superado. Como explica Streck: “A discussão acerca da hermenêutica jurídica, é dizer, do modo-de-fazer-Direito-cotidianamente, está forjada na idéia de que é possível atingir a verdade, a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis*, a fiel *mens legislatoris*... Por isto, *elaborar uma hermenêutica de ruptura passa necessariamente pelo rompimento com as concepções metafísico-essencialistas-ontológicas acerca da interpretação*.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Ademais, como aponta Dworkin: “We are

- governed by what our lawmakers said – by the principles they laid down – not by any information we might have about they themselves would have interpreted those principles or applied them in concrete cases.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 10.
- ⁴⁴ Sobre o instituto e sua possível readequação, à luz da hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana-gadameriana, para *verfassungskonforme sinngebung* (atribuição de sentido conforme a Constituição), conferir STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. op. cit., p. 549-580.
- ⁴⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. op.cit., p. 206.
- ⁴⁶ SILVA, José Afonso da; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição de dispositivos do Código Penal. Declaração de inconstitucionalidade da incidência sobre a hipótese de antecipação de parto de feto comprovadamente anencefálico. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 241, jul./set. 2005, p. 339.
- ⁴⁷ MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição*. op. cit., p. 106-107.
- ⁴⁸ Pois ao estabelecer que são sindicáveis atos do Poder Público, o legislador não especificou/distinguiu quais atos; assim, se o legislador não distinguiu, *não* cabe ao intérprete fazê-lo.
- ⁴⁹ SILVA, José Afonso da; CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 340. Como se sabe, o STF não admite ADIn quando se tratar de ato municipal (cabendo o controle abstrato de normas municipais aos Tribunais de Justiça dos Estados) nem de ato anterior à Constituição (eis que se trataria de *não-recepção* e não de *inconstitucionalidade superveniente*).
- ⁵⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Tendências do direito constitucional brasileiro – A ampliação da jurisdição constitucional e da proteção dos direitos do homem e do cidadão. A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 97, v. 357, set./out. 2001, p. 46.
- ⁵¹ TSUBONE, Rubens Takashi de Melo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e necessidade de interpretá-la como instrumento de ampliação das garantias do cidadão. *Revista Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1 e 2, 2003, p. 196.
- ⁵² SOUZA, Jailsom Leandro de. op. cit., p. 214.
- ⁵³ Cinja-se o entendimento do Pretório Excelso de que nem mesmo a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental é meio idôneo para controlar atos dessa natureza, consoante decisão tomada na ADPF 1/RJ em que assim entendeu o Tribunal: **“Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de “ato do Poder Público”, para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado.** 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado”. [Grifou-se]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 03 maio 2007.
- ⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. op. cit., p. 810-811.
- ⁵⁵ TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. op. cit., p. 400.
- ⁵⁶ Veja-se, entre outras, as ADPFs 11/SP, 19/DF, 20/DF, 21/DF, 23/RJ, 27/RJ, 29/MG, 30/DF, 31/DF, 32/DF, 34/DF, 38/RJ, 44/PR, 48/SP, 57/SP e 69/RJ.

Recebido em: 11/2008

Avaliado em: 09/2009

Aprovado para publicação em: 09/2009