

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**CAMILLA MARTINS FRIZZERA BORGES**

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO**  
**FUNDAMENTAL: ASPECTOS PROCESSUAIS**

VITÓRIA  
2009

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**CAMILLA MARTINS FRIZZERA BORGES**

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:  
ASPECTOS PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Jader Ferreira  
Guimarães.

VITÓRIA  
2009

**CAMILLA MARTINS FRIZZERA BORGES****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:  
ASPECTOS PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em 11 de setembro de 2009.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador

---

Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**FICHA CATALOGRÁFICA**

Borges, Camilla Martins Frizzera

Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos Processuais / C.Borges – ed.rev. – Vitória, 2009.  
196p.

Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação de Direito Processual

1. Controle de constitucionalidade 2. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Universidade Federal do Espírito Santo - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual.

Aos meus pais, Rita de Cássia Valiate Martins e Fausto Frizzera Borges, pelo exemplo de vida e de honestidade.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pela presença constante em minha vida e pelas lições que me proporcionou, especialmente nesses dois últimos anos.

Aos meus pais, ainda, pela oportunidade e pelo apoio incondicional.

Aos meus irmãos, Fausto e Lucas, pelo companheirismo.

A minha avó, Jenny, pelas inúmeras orações e pelo carinho.

Agradeço ao Professor Dr. Jader Ferreira Guimarães, por sua dedicada orientação, pelas brilhantes lições e pela confiança depositada.

Aos professores do Mestrado em Direito da UFES e, em especial, àqueles que também lecionaram na Graduação em Direito da UFES.

A todos que, direta ou indiretamente, colaboraram na execução deste trabalho.

“Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*.



## RESUMO

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no artigo 102, §1º, da Constituição Federal, recaindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para sua apreciação em caso de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, na forma da lei. Sua criação se deu com a Constituição Federal de 1988 e a lei que a regulamenta apenas veio a ser editada em 03 de dezembro de 1999, sob o n.º 9.882. Até a edição desta lei, o sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal apenas alcançava leis e atos normativos federais e estaduais. Portanto, a Argüição veio a complementar o mecanismo de garantia da supremacia constitucional, sendo utilizada em caso de ameaça ou de lesão a preceito fundamental por lei ou ato normativo municipal e anterior à Constituição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é comumente dividida pela doutrina em Argüição direta, com previsão no artigo 1º, *caput*, da lei n.º 9.882/99, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, e em Argüição incidental, prevista no artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99, tendo cabimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Trata-se de tema controvertido, eis que algumas peculiaridades sobre o regramento da ADPF não se encontram na lei que a regulamenta, como a definição dos preceitos fundamentais, fazendo surgir grande divergência doutrinária. Em última análise, o Supremo Tribunal Federal acaba tendo a função de completar tais “lacunas”, ou melhor, de delimitar o processamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

**Palavras-Chave:** Controle de Constitucionalidade – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Aspectos Processuais.

## ABSTRACT

The accusation of breach of fundamental precept is laid down in Article 102, Paragraph 1 of the Brazilian Constitution and falls to the Supreme Court the power to judge it in case of threat or injury to the fundamental precepts. It was created by Brazilian Federal Constitution, in 1988, but the law that regulates it only came to be published on 03 December 1999, under the number 9.882. Until the publication of this law, the system of abstract review of constitutionality at the Supreme Court only reached federal and state laws and legislative acts. So the action came to supplement the guarantee system of constitutional supremacy and is also used in case of threat or injury to the fundamental precept by municipal law or legislative acts and laws or legislative acts priors to the Constitution when occurs relevant constitutional controversy. The accusation of breach of fundamental precept is commonly divided by doctrine in direct accusation, in Article 1, *caput* of Law n. 9.882/99, to prevent or repair damage to the fundamental precept resulting from the government act, and incidental accusation under Article 1, paragraph one, I of Law n. 9.882/99, taking place in case of relevant constitutional controversy over federal, state or municipal law or normative act, including those priors to the Constitution. It is a contested topic. There are some peculiarities about the rules of this action that are not in the law that regulates it, such as the definition of the fundamental precepts, making large emerging doctrinal divergence. At the present time has been given to the Supreme Court the task of completing such "gaps" or, better, to define the processing of the accusation of breach of fundamental precept.

**Keywords:** Judicial Control of Constitutionality; Accusation of Breach of Fundamental Precept; Procedural Aspects.

**LISTA DE DENOMINAÇÕES, ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>ADC</b>	<b>Ação Declaratória de Constitucionalidade</b>
<b>ADI</b>	<b>Ação Direta de Inconstitucionalidade</b>
<b>ADPF</b>	<b>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</b>
<b>AI</b>	<b>Ato Institucional</b>
<b>CCJC</b>	<b>Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania</b>
<b>CF</b>	<b>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988</b>
<b>CPC</b>	<b>Código de Processo Civil</b>
<b>DJ</b>	<b>Diário da Justiça</b>
<b>EC</b>	<b>Emenda Constitucional</b>
<b>EUA</b>	<b>Estados Unidos da América</b>
<b>IPC</b>	<b>Índice de Preços ao Consumidor</b>
<b>IPC-GV</b>	<b>Índice de Preços ao Consumidor da Grande Vitória</b>
<b>J.</b>	<b>Julgado</b>
<b>LICC</b>	<b>Lei de Introdução ao Código Civil</b>
<b>MS</b>	<b>Mandado de Segurança</b>
<b>OAB</b>	<b>Ordem dos Advogados do Brasil</b>
<b>OMC</b>	<b>Organização Mundial do Comércio</b>
<b>PL</b>	<b>Projeto de Lei</b>
<b>PSB</b>	<b>Partido Socialista Brasileiro</b>
<b>PT</b>	<b>Partido dos Trabalhadores</b>
<b>RE</b>	<b>Recurso Extraordinário</b>
<b>REsp</b>	<b>Recurso Especial</b>
<b>STF</b>	<b>Supremo Tribunal Federal</b>
<b>STJ</b>	<b>Superior Tribunal de Justiça</b>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2</b>	<b>JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	15
2.1	MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	21
2.2	EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	27
2.3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL .....	37
<b>2.3.1</b>	<b>Controle não-jurisdicional</b> .....	37
<b>2.3.2</b>	<b>Controle judicial</b> .....	39
<b>3</b>	<b>ANTECEDENTES DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO DIREITO COMPARADO</b> .....	47
3.1	MÉXICO .....	48
<b>3.1.1</b>	<b>Antecedentes do <i>Juicio de Amparo</i></b> .....	48
<b>3.1.2</b>	<b>Surgimento do Amparo no México</b> .....	56
<b>3.1.3</b>	<b>Expansão do <i>Juicio de Amparo</i></b> .....	60
3.2	ESPAÑA.....	66
<b>3.2.1</b>	<b>Antecedentes do Recurso de Amparo</b> .....	67
<b>3.2.2</b>	<b>Surgimento do Amparo na Espanha</b> .....	68
<b>3.2.3</b>	<b>Aspectos do Recurso de Amparo</b> .....	71
3.3	ALEMANHA .....	75
3.4	CUBA.....	77
3.5	ORIGINALIDADE OU ATIPICIDADE DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL .....	79
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL</b> .....	83
4.1	CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	83
4.2	SUBSIDIARIEDADE.....	90
4.3	MODELOS.....	93

4.3.1	Argüição direta .....	94
4.3.2	Argüição incidental.....	95
4.3.3	<b>A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental como Sucedâneo Recursal .....</b>	<b>97</b>
4.4	OBJETO .....	104
4.4.1	<b>Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Município.....</b>	<b>107</b>
4.5	PROCEDIMENTO .....	113
<b>5</b>	<b>ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, SEUS EFEITOS E A COISA JULGADA.....</b>	<b>122</b>
5.1	EFEITOS DA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA.....	122
5.2	EFEITOS DA DECISÃO FINAL .....	128
5.3	COISA JULGADA .....	133
5.4	ESTUDO DE UM CASO PRÁTICO: ADPF N.º 83.....	141
<b>6</b>	<b>O VETO AO ARTIGO 2º, II, DA LEI N.º 9.882/99.....</b>	<b>149</b>
6.1	TEORIA DO DISCURSO E SENTIMENTO CONSTITUCIONAL .....	149
6.1.1	<b>Teoria do Discurso .....</b>	<b>149</b>
6.1.2	<b>Sentimento Constitucional.....</b>	<b>152</b>
6.2	VETO AO INCISO II, DO ARTIGO 2º, DA LEI N.º 9.882/99 .....	156
6.2.1	<b>Antecedentes da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....</b>	<b>157</b>
6.2.2	<b>Argumentos de Aspecto Processual.....</b>	<b>158</b>
<b>7</b>	<b>ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>166</b>
<b>8</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>176</b>
<b>9</b>	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>186</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>196</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A despeito da complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que o mesmo não é completo, ao não abranger todas as violações existentes à Constituição Federal de 1988 (CF). Dessa forma, foi introduzida a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no ordenamento jurídico pátrio, com previsão no artigo 102, § 1º, da CF, ao estipular que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva, a lei regulamentadora somente veio a ser editada em 03 de dezembro de 1999, sob o n.º 9.882 (Anexo A), decorrente de anteprojeto organizado pelo Ministério da Justiça, cuja comissão era presidida pelo Professor Celso Ribeiro Bastos e composta pelos Professores Arnoldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra e Oscar Dias Corrêa.

Uma vez aprovada, não há como negar que a Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental suscita inúmeras polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais. No entanto, é certo que por força da própria Constituição foi ampliado e reforçado o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro para abarcar novas violações, já que a arguição permitiu a proteção específica de preceitos fundamentais.

Esmiuçando a fundo os principais aspectos jurídicos que permeiam a ADPF, revela-se oportuno, em vista do Estado democrático de direito e da primazia jurídica da Constituição, o papel inescusável de fiscalizar a obediência aos preceitos fundamentais. Tanto é assim que inicialmente será abordada a temática da Jurisdição Constitucional, que procura assegurar o cumprimento e a aplicação das normas constitucionais. Nesse meio, serão abordados os aspectos gerais do controle de constitucionalidade, incluindo os principais sistemas existentes no Direito Comparado que influenciaram na elaboração do mecanismo de controle de constitucionalidade brasileiro, bem como a evolução da Jurisdição Constitucional no ordenamento pátrio.

A ADPF é caracterizada por sua atipicidade ou originalidade em relação ao Direito Comparado. Entretanto, o estudo de alguns institutos semelhantes em outros sistemas jurídicos mostrou-se de crucial importância para uma melhor análise sobre o tema. Dentre os antecedentes da Arguição mais citados pela doutrina nacional se encontram o Recurso de Amparo espanhol – que recebeu

grandes influências do *Juicio de Amparo* mexicano, o que justifica o estudo deste na presente dissertação – e o Recurso Constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*). Cabe acrescentar, ainda, instituto presente na Constituição de Cuba de 1940, que assegurava recurso diretamente ao Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociais em caso de ato ou disposição que fosse considerado inconstitucional quando afetasse pessoas individuais ou coletivas.

Após essas considerações, chega-se ao ponto primordial do estudo da ADPF sob um aspecto processual, qual seja, a delimitação do que se entende por preceito fundamental; o óbice da subsidiariedade da ação; as diferentes modalidades da ADPF (divisão feita com intuito doutrinário), atribuindo um maior enfoque à tentativa de utilização da Arguição como sucedâneo recursal; o cabimento de ADPF como forma de proceder ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado do direito municipal; dos atos em geral sobre os quais recai a proteção da ADPF; e do procedimento, incluindo a intervenção de terceiros, o *amicus curiae* e a reclamação constitucional.

Diante desse quadro, entendeu-se prudente reservar um capítulo para analisar os efeitos decorrentes da decisão que concede tutela de urgência em sede de Arguição e da decisão proferida em caráter final, tendo como limite a coisa julgada. Tem-se como pressuposto que as normas referentes à tutela de urgência constantes do Direito Processual Civil devem ser interpretadas tendo como parâmetro o Direito Constitucional, já que a constitucionalização dos princípios e as cláusulas gerais cederam espaço a uma abertura do processo civil, mais preocupado com os ditames de um Estado democrático de direito. Questiona-se, ainda, o uso da ADPF diante da imutabilidade da coisa julgada em determinados casos concretos nos quais tenha ocorrido o descumprimento de preceito fundamental. Para melhor elucidação, foi selecionada a ADPF de n.º 83, referente a questões do Estado do Espírito Santo, de modo a permitir maiores estudos sobre a temática.

Com intuito de viabilizar uma discussão filosófica e ao mesmo tempo processual sobre a ADPF, procurou-se discorrer sobre o veto ao inciso II, do artigo 2º, da Lei n.º 9.882/99, que impossibilitou qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público a ajuizar a Arguição. Ao delinear a importância da legitimidade ativa popular, procurou-se inicialmente discorrer sobre a importância da Teoria do Discurso, elaborada por Jürgen Habermas, no que diz respeito ao Princípio da Democracia, bem como a sua relação com o Sentimento Constitucional, para posteriormente analisar os argumentos utilizados pelo Poder Executivo ao vetar o dispositivo em comento.

Por fim, considerando que nem a Constituição Federal nem a lei que regulamenta a ADPF foram suficientes para sanar eventuais dúvidas sobre o processamento em geral da ADPF, o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão competente para o julgamento da Arguição, tornou-se responsável por preencher determinadas lacunas e sanar eventuais dúvidas existentes no meio jurídico. Em razão disso, procedeu-se ao acompanhamento processual das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de modo a aprofundar o conhecimento em matérias que ainda são vistas como obscuras pelos juristas.



## 2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para compreender um sistema político como democrático constitucional é necessário que existam instituições que, além de distribuir o poder político entre os detentores de poder, permitam que eventuais abusos pelos mesmos sejam controlados de maneira eficaz pelos destinatários de tal poder, de modo a garantir a vida econômica, política e social em uma sociedade justa. No longo processo histórico para que o homem político chegasse a essa conclusão, observou-se o grande papel ocupado pela Constituição, documento no qual constavam as normas fixas para viabilizar a limitação do poder político.<sup>1</sup> Diante disso, Karl Loewenstein conclui que “la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente”.<sup>2</sup>

Assim sendo, ao apontar os vetores a serem seguidos pelo Poder Público na realização de suas funções e em sua relação com a sociedade, além de regular a atuação estatal, a Constituição ocupa uma posição de supremacia dentro de um ordenamento jurídico. No entanto, Clèmerson Merlin Clève ressalva que a supremacia constitucional decorre mais de uma concepção histórica que foi sendo absorvida ao longo do tempo pela cultura jurídica ocidental do que de formulações teóricas.<sup>3</sup>

Dentro dos mecanismos de limitação do poder político nos países democráticos, destaca-se a Jurisdição Constitucional como o mais importante desses instrumentos, permitindo resguardar determinados princípios e direitos das mudanças legislativas.<sup>4</sup> É comum na doutrina compreender a expressão “jurisdição constitucional” em dois sentidos: jurisdição constitucional *lato sensu*, incluindo a jurisdição constitucional das liberdades, como *habeas corpus* e mandado de segurança, e o mecanismo de controle de constitucionalidade; e jurisdição constitucional *stricto sensu*, referente às ações voltadas ao controle de constitucionalidade.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 149

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>3</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22-25.

<sup>4</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44-45.

<sup>5</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 174-175.

Por meio da Jurisdição Constitucional, como forma de garantia da constitucionalidade das leis, busca-se assegurar o cumprimento e a aplicação de normas constitucionais. Desponta, assim, o controle de constitucionalidade de normas jurídicas como principal meio de efetivação da Jurisdição Constitucional, isto é, como instrumento para garantir a defesa da Constituição e para manter a ordem estatal, tendo como premissas a supremacia constitucional, que pressupõe a Constituição num nível hierárquico superior, a qual todas as normas jurídicas de um sistema devem obediência, bem como a rigidez constitucional, pela qual o processo de elaboração das normas constitucionais é diferenciado em relação às demais normas de um ordenamento.<sup>6</sup>

A relação entre a rigidez e a supremacia da Constituição é bastante próxima, vez que esta tem como consequência um processo de defesa diferenciado das normas constitucionais em relação ao processo comum de defesa das leis, como ocorre no processo de emenda à Constituição (artigo 60), na previsão das competências do Supremo Tribunal Federal para promover a guarda da Constituição (artigo 102), na legitimidade para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade (artigo 103), e na previsão de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (artigo 23, I).<sup>7</sup>

De nada adianta a rigidez e a supremacia sem a previsão de um mecanismo de defesa, fazendo com que a fiscalização da constitucionalidade das leis garanta a ordem e a segurança num sistema jurídico, até porque “ao se admitir a validade e eficácia de uma lei contrária à Constituição, estar-se-ia autorizando a revogação do Texto Magno por uma norma infraconstitucional, portanto, de patamar inferior, o que representaria absurdo e disparate”.<sup>8</sup>

Mas para a efetiva fiscalização da constitucionalidade das leis, Clèmerson Merlin Clève aponta três requisitos, quais sejam: a) Constituição formal: escrita, formalizada e elaborada por órgão que exerça poder constituinte; b) Constituição como lei fundamental: presença da rigidez constitucional (não é impensável em uma Constituição flexível), da supremacia constitucional e de lei constitucional diferente da lei ordinária; c) a Constituição deve atribuir a pelo menos um órgão a competência para fiscalizar a constitucionalidade de suas leis.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-2.

<sup>7</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 56.

<sup>8</sup> 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 ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 18.

<sup>9</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2000. p. 28-35.

Apesar da noção de princípios superiores preceder a das constituições escritas, Themístocles Brandão Cavalcanti entende que o mecanismo de controle de constitucionalidade é desenvolvido de forma melhor num sistema jurídico cuja Constituição seja rígida e escrita, pois a fundamentação para tanto está justamente na posição hierárquica privilegiada ocupada pela Constituição em detrimento das demais normas.<sup>10</sup>

É certo que o controle de constitucionalidade comumente existe nos sistemas em que a Constituição é tida como rígida, no entanto, não é impensável essa fiscalização em sistemas cuja Constituição seja flexível ao se deparar com os conceitos de inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal. A inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo de uma norma estiver em desconformidade com alguma regra ou princípio constitucional, enquanto que a inconstitucionalidade formal terá lugar quando uma norma houver sido editada sem respeito às regras de competência para sua elaboração ou sem observância aos trâmites procedimentais. Nesse caso, é possível que em uma Constituição flexível esteja regulado o procedimento e o órgão competente para a elaboração de normas jurídicas, cuja desobediência gerará vício de inconstitucionalidade formal, restando excluída a possibilidade de vício de inconstitucionalidade material, que depende da rigidez constitucional.<sup>11</sup>

Há, portanto, a necessidade de outorgar competência a determinados órgãos para fiscalizar a adequação de leis ou atos normativos com os ditames constitucionais, sendo que a legitimidade de tais normas advém, em seu aspecto formal, da própria Constituição, ao se presumir que a vontade soberana do povo prevaleceu em seu processo de elaboração, mediante o poder constituinte originário, e em seu aspecto material, da necessidade de proteger o Estado de direito e os direitos fundamentais.<sup>12</sup>

O controle de constitucionalidade é visto como um juízo de admissibilidade incidente sobre a presunção relativa de validade dos atos normativos infraconstitucionais ou constitucionais derivados em relação aos limites do Poder Reformador previstos ou deduzidos da constituição originária. Dentro do plano de validade das normas jurídicas, questiona-se se a lei seria nula ou anulável com a superveniência de uma declaração de inconstitucionalidade. Hans Kelsen sustenta a tese da anulabilidade da norma inconstitucional, ao entender que o ato de anular uma lei corresponderia a uma função legislativa negativa, ao ser dotado da característica de

---

<sup>10</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Contrôlo da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 9-10.

<sup>11</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2000. p. 31.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 71.

generalidade, presente também no ato de elaboração de normas jurídicas.<sup>13</sup> Já em grande parte da doutrina brasileira, com inspiração do direito norte-americano, suplantou-se a crença de que a norma inconstitucional seria sempre nula, não podendo o vício de inconstitucionalidade ser convalidado, apesar de ser admitida pelo ordenamento a modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade em determinados casos.<sup>14</sup>

Com o constitucionalismo do segundo pós-guerra, após as arbitrariedades cometidas nos regimes nazista e fascista, percebeu-se que mesmo uma lei formalmente perfeita poderia estar eivada de uma carga de arbitrariedade. Em razão disso, passou-se a entender, de forma mais clara, que a lei deveria ser submetida não só ao crivo das normas constitucionais, mas também aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais, abandonando uma concepção meramente formalista sobre o tema.<sup>15</sup> Nesse sentido, Nagib Slaibi Filho conclui que “o que se pode ver, até agora, é que no Brasil, como em outros países, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a grande arena em que se digladiam os interesses que movem a sociedade moderna, desconfiada aqui e alhures do positivismo jurídico e muito mais confiante nos valores que são indicados pela Constituição e pelas leis, mas não se esgotam na letra fria do texto legal”.<sup>16</sup>

Com isso, observou-se uma diferente atuação dos juristas, que passaram a desempenhar um novo papel, agora, construtivo, tendo como pressuposto a compreensão crítica das leis diante da Constituição. Para tanto, devem se valer do uso dos princípios constitucionais, que orientam e auxiliam o jurista na interpretação e na aplicação das regras, especialmente nos casos de controle de constitucionalidade, de dúvida interpretativa e de ausência de regra. Justifica-se a ruptura com o Estado liberal, em que prevalecia a supremacia da lei, já que a compreensão da lei em face da Constituição, de seus princípios e dos direitos fundamentais, remete à idéia de um Estado constitucional. Nos dizeres de Alexandre de Moraes, o controle de constitucionalidade configura-se como “[...] garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da

---

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 151-152.

<sup>14</sup> Cf. Clève, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2000. p. 112-113; Barroso, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2009. p. 20-21; Lourenço, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 89-92.

<sup>15</sup> Segado, Francisco Fernandez. Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional. In: Belaunde, D. Garcia; Segado, Francisco Fernandez (Coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 47-49.

<sup>16</sup> Slaibi Filho, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 233.

legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito”.<sup>17</sup>

Num Estado democrático de direito, compreendido como a evolução do Estado de direito com a consolidação do constitucionalismo e os direitos humanos, o Poder Judiciário tem a obrigação de prestar a jurisdição quando assim for provocado, solucionando o caso levado a juízo conforme os princípios de direito e dentro dos limites do litígio.<sup>18</sup>

A transformação do papel dos juristas repercutiu nas funções do juiz, passando a ser “[...] o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada”.<sup>19</sup> Caso isso não seja possível, poderá considerar determinada lei como inconstitucional, sendo que a mesma postura deve ser tomada em caso de omissão de norma que inviabilize a efetivação dos direitos fundamentais. Portanto, o controle jurisdicional de constitucionalidade mostra-se como um dos pilares do Neoconstitucionalismo.

A unidade de argumentação no exercício da atividade jurídica é necessária para manter a unidade da Constituição e, nesse ínterim, os princípios passaram a ocupar um papel de destaque por conferirem uma maior amplitude interpretativa, deixando de lado o restrito papel que ocupavam no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que era de colmatação de lacunas. Com propriedade, Hermes Zaneti Júnior lembra que a principialização da Constituição agregada ao seu entendimento como elemento unificador da ordem jurídica acarretou na constitucionalização do direito, concluindo que “[...] todo direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito”.<sup>20</sup>

Cabe lembrar que as leis se presumem legítimas até que se prove o vício da inconstitucionalidade, de forma a garantir a segurança jurídica para a estabilização da paz social. Cada Poder do Estado é dotado de funções específicas, o que não os impede de realizar outras atribuições: ao Poder Legislativo incumbe a política legislativa; ao Poder Executivo, a administração pública; e ao Poder Judiciário, a função de julgar os conflitos que lhe forem

---

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 700.

<sup>18</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 114 e 137.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

<sup>20</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 54.

apresentados. Sendo a política legislativa função primordial do Poder Legislativo, as normas por ele expedidas são dotadas de presunção de constitucionalidade. Diante disso, a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário sobre tais normas, no exercício de sua função tipicamente jurisdicional, apenas deve ocorrer quando não pairarem dúvidas sobre a falta de consonância com os ditames constitucionais, sob pena de violar a harmonia existente entre os Poderes.<sup>21</sup>

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade das leis é medida excepcional do ordenamento jurídico brasileiro, apenas sendo proferida pelo órgão competente em último caso. Tanto é assim que há a aplicação do princípio da interpretação conforme no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro em caso de normas polissêmicas dotadas de espaço interpretativo.<sup>22</sup>

No que tange à presunção relativa, sabe-se que dentro do ordenamento brasileiro não é possível presumir de imediato que a norma é inconstitucional, posto que no momento em que é estabelecida a norma incide, mesmo que pensem ser inconstitucional. Assim, somente em último caso a norma será tida por inconstitucional. No mesmo sentido se posiciona Augusto Morello:

“A veces resulta intolerable el sentido jurídico que consagra un dispositivo legal que, aunque no sea ostensiblemente incorrecto en su inicio, deviene luego, en su dinámica de actuación, ‘indefendible’ desde el punto de vista constitucional, pauta que, desde luego, siempre se subordina a otras de superior voltaje y vinculante en esta delicada cuestión: la de que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal sólo debe ejercer-se cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (el último recurso)”.<sup>23</sup>

Em suma, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público faz com que o aplicador do direito não tenha uma norma por inconstitucional quando houver dúvida ou quando houver a possibilidade de interpretar a norma de modo a afastar a possível inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é classificado de várias formas, a depender do critério adotado. Quanto à conduta avaliada, a inconstitucionalidade se dá tanto por ação, decorrente de vício no conteúdo de um ato (material) ou em seu processo de elaboração da lei (formal), como por omissão, ou seja, a violação decorre de uma omissão do legislador em elaborar norma

<sup>21</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Contrôlo da Constitucionalidade*. 1966. p. 85.

<sup>22</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 332.

<sup>23</sup> MORELLO, Augusto Mario. *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1998. p. 206.

regulamentadora de um comando constitucional, muito comum em normas de eficácia limitada. Quanto aos órgãos, o controle será classificado como político, ao ser realizado por órgãos estatais desprovidos de poder jurisdicional, ou judicial, feito pelo próprio Poder Judiciário. Quanto ao momento, a fiscalização de constitucionalidade será preventiva, ao pretender impedir que um projeto de lei eivado de inconstitucionalidade seja inserido no ordenamento, ou repressiva, realizada com o intuito retirar norma inconstitucional do regramento jurídico. Quanto à forma, o controle de constitucionalidade será exercido tanto num prisma concreto quanto em um abstrato. Será pela via concreta ou incidental quando exercido durante a existência de um processo judicial, buscando decidir alguma questão de direito indispensável para passar à análise de um conflito intersubjetivo. Por outro lado, será pela via abstrata ou principal quando não depender de um caso concreto, buscando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese. Por fim, quanto ao número de órgãos que realizam a fiscalização, o controle judicial de constitucionalidade será difuso quando for feito por diversos órgãos, ou concentrado, quando realizado por apenas um órgão, mais notadamente o órgão de cúpula do Poder Judiciário ou o Tribunal Constitucional.<sup>24</sup>

## 2.1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Direito Comparado, destacam-se como principais modelos de controle judicial de constitucionalidade - quanto aos órgãos dotados de poder de controle - o modelo difuso norte-americano e o modelo concentrado austríaco, motivo pelo qual serão analisados mais detidamente.

No sistema difuso de controle de constitucionalidade, a fiscalização das leis pode ser feita por todos os juízes, que, ao se depararem com uma norma que viole a Constituição, devem negar aplicação a ela. Nos países da *common law* é comum observar o sistema do princípio do *stare decisis*, em que a decisão da Suprema Corte sobre a não aplicação de normas inconstitucionais terá efeito vinculante aos demais órgãos judiciários. Por outro lado, não é comum aos países de tradição da *civil law* esse mesmo princípio, o que acarretaria insegurança jurídica nos pronunciamentos dos juízes sobre questão de constitucionalidade, posto que cada juiz poderia decidir de modo desigual sobre o mesmo ponto ou, até mesmo, modificar seu posicionamento.<sup>25</sup> Ao se tentar conjugar a força do precedente com os sistemas de *civil law*, como na Suíça, em que o órgão judiciário superior pode anular lei inconstitucional com eficácia *erga omnes*, Mauro

<sup>24</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 1999. p. 3-6.

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. - reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 77.

Cappelletti afirma que haveria a criação de um sistema de controle intermediário entre o difuso e o concentrado.<sup>26</sup>

Com o intuito de superar esses inconvenientes, os países de tradição romanística se encontraram na necessidade de criar um órgão judiciário superior cujas decisões sobre a constitucionalidade de uma lei tivessem eficácia *erga omnes*. Emerge, assim, o controle concentrado de constitucionalidade, cuja decisão sobre questão constitucional caberia apenas à Corte Constitucional.<sup>27</sup> Diferentemente da Suprema Corte dos países cujo controle é feito de forma difusa, a Corte Constitucional possui função exclusivamente constitucional, sem o caráter de órgão superior para o julgamento de recursos e de impugnações. A intenção de criar um órgão novo para tanto é, segundo Mauro Cappelletti, a peculiaridade das normas das Constituições modernas em relação às quais os juízes de carreira estavam acostumados a interpretar, além de conferir maior independência e autonomia em sua atuação.<sup>28</sup>

No direito norte-americano prevalece o controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário, seja por um juiz singular ou pelo tribunal, no curso de uma demanda, cuja decisão final acerca das questões constitucionais recai na Suprema Corte. A revisão judicial ou *judicial review* foi incorporada nos Estados Unidos da América (EUA) a partir da célebre decisão de John Marshall, em *William Marbury contra James Madison*, na sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180), quando restou proclamada a supremacia da Constituição sobre outras leis.<sup>29</sup> Como precedente imediato a esse instituto aponta-se o sistema inglês da supremacia do Parlamento, tendo como fundamento a doutrina de Edward Coke contra o Absolutismo do Rei e do Parlamento, no Século XVII, que ocupou papel de relevo na Inglaterra e em suas colônias na América, mesmo tendo sido relegada com a Revolução Gloriosa, de 1688 – momento em que se reafirmou a supremacia do Parlamento.<sup>30</sup>

Para melhor compreensão das origens do instituto, interessante a análise mais detida do caso *Marbury versus Madison*. No período entre 1797 e 1801, John Adams era Presidente dos Estados Unidos, além de candidato à reeleição, a qual perdeu para Thomas Jefferson, que governou entre

---

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1999. p. 79.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 83-84.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 87-94.

<sup>29</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2000. p. 64; BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2009. p. 5; LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 1999. p. 9.

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1999. p. 57-60.



1801 e 1809. O caso em questão surgiu antes da saída de Adams do governo, quando foram nomeados vários juízes de paz para o Distrito de Colúmbia, dentre eles, William Marbury. Este, por sua vez, teve sua nomeação aprovada pelo Senado, sendo lavrada sua comissão e subscrita pelo Presidente, além de receber o selo dos Estados Unidos. Entretanto, antes da entrega de sua comissão pelo Secretário de Estado do governo de Adams, Thomas Jefferson passou a ocupar a presidência, ocasião em que determinou que o então Secretário de Estado, James Madison, não entregasse a comissão de Marbury, por entender que o ato de nomeação apenas estaria completo com o ato de entrega, não bastando a assinatura do Presidente e o selo dos Estados Unidos.

Diante desses fatos, William Marbury ingressou com uma ação na Suprema Corte, requerendo a notificação de Madison para embargar a expedição do *mandamus*, solicitado no sentido de entregar a Marbury sua comissão de Juiz de paz. A notificação foi deferida e realizada, mas Madison não ofereceu defesa.

Em sua decisão, o *Chief Justice* John Marshall entendeu que a nomeação do funcionário é completa quando o Presidente assina a comissão, que, por sua vez, será considerada feita e perfeita com a estampa do selo dos Estados Unidos pelo Secretário de Estado. Portanto, violaria direito adquirido o ato do Secretário não entregar a comissão feita e perfeita. Ocorre que o Supremo Tribunal não tem competência para determinar que o Secretário de Estado entregue a comissão, por meio do alvará de *mandamus*, eis que não prevista tal competência na Constituição.

Para a motivação da decisão, Marshall baseou-se em três questionamentos. Primeiro, buscou saber se havia o direito à comissão requerida, entendendo que sim, pois era certa a nomeação de Marbury, eis que assinada pelo Presidente, John Adams, e selada pelo Secretário de Estado. Em segundo lugar, se havia o direito e este fora violado, questionou-se se o ordenamento jurídico permitia o uso de algum recurso. Se por um lado Marbury tinha direito legítimo ao ofício, por outro, possuía direito à comissão. Assim, eventual recusa da entrega da comissão lhe permitiria o uso de um recurso. Por fim, restava uma indagação, pois se as leis lhe garantiam o uso de um recurso, deveria averiguar se o recurso adequado seria o *writ of mandamus* ordenado pelo Supremo Tribunal. Entendeu, assim, quanto à natureza do alvará requerido, que o *mandamus* é o meio correto para alcançar os fins pretendidos. Entretanto, no que diz respeito à competência do Tribunal para a sua expedição, destacou que o Supremo Tribunal tem jurisdição originária para expedir alvará de *mandamus* quando as causas disserem respeito a embaixadores, outros

ministros públicos e cônsules, bem como quando um Estado for parte. Caso contrário, a jurisdição da Suprema Corte será em grau recursal.<sup>31</sup>

Portanto, em *William Marbury versus James Madison*, o Supremo Tribunal apenas teria competência se o *mandamus* fosse expedido em grau de recurso, não em jurisdição originária. E, determinar a expedição de alvará de *mandamus* para que um funcionário entregasse um documento equivaleria a dar início a essa causa, o que não é permitido pela Constituição. Como conclusão, declarando a notificação sem nenhum efeito, John Marshall expõe que “[...] a phraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o principio essencial a todas as constituições escriptas, segundo o qual é nulla qualquer lei incompativel com a Constituição; e que os tribunaes, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento”.<sup>32</sup>

A decisão em comento é considerada um marco para o estudo do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, mas deve-se levar em consideração que a própria Constituição dos Estados Unidos já trazia as bases desse controle, que a idéia era corrente na jurisprudência e que, historicamente, já existiram sistemas jurídicos nos quais prevalecia a supremacia de uma lei ou de um corpo de leis sobre as demais.<sup>33</sup> Tem-se como exemplo o direito ateniense, no qual os decretos (*psefismata*) oriundos da Assembléia Popular (*Ecclesia*) deveriam estar em consonância com as leis (*nomoi*) vigentes, cujo caráter era similar às leis constitucionais modernas pela especialidade de seu procedimento.<sup>34</sup> Cita-se, ainda, no período medieval, o papel de destaque do direito natural como norma superior em relação ao direito positivo, ainda que num plano meramente teórico.<sup>35</sup>

A arguição de inconstitucionalidade no sistema difuso norte-americano será feita pela via incidental ou de exceção, ou seja, a questão acerca da constitucionalidade de uma lei apenas será analisada pelo órgão judiciário quando for importante para o julgamento de um caso concreto. Ressalta-se que o julgamento desse incidente será realizado pelo mesmo órgão competente para o julgamento da causa. Nesse sistema, a lei inconstitucional é equiparada a uma lei ineficaz, por ser absolutamente nula. A decisão que declara essa nulidade produzirá efeitos *ex tunc* ou

---

<sup>31</sup> MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 22.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>33</sup> Cf. POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 9-31.

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1999. p. 49-51.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 52-53.

retroativo, ao considerar a nulidade como pré-existente, mas apenas *inter partes*, atingindo as partes do caso concreto no qual a lei estiver sendo questionada, quando não for aplicado o princípio do *stare decisis* pela Suprema Corte.

Por razões de ordem prática e para garantir uma maior segurança jurídica às relações sociais, passou a haver uma atenuação da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade nos Estados Unidos, de modo a respeitar determinados efeitos na seara civil e administrativa e a não impor o cumprimento de pena baseada em lei inconstitucional quando se tratar de matéria penal.<sup>36</sup>

Por outro lado, com a elaboração da Constituição austríaca, de 1920, foi introduzido em tal ordenamento o conceito de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos como função jurisdicional, cuja competência seria atribuída a um tribunal constitucional, incumbido da função exclusiva de guarda da integridade da Constituição. Assim sendo, os juízes comuns não poderiam fazer o controle de constitucionalidade das leis nem deixar de aplicar uma lei no caso concreto por entendê-la inconstitucional. Como mentor dessa concepção, destaca-se a figura de Hans Kelsen, que após ter acompanhado o Direito norte-americano, percebeu que esse trazia inúmeras impropriedades acerca do controle de constitucionalidade.

Assim, o controle concentrado é feito pela via principal ou de ação a partir da instauração de um processo na Corte Constitucional sem vinculação a um caso concreto. Inicialmente, os juízes não tinham legitimidade para requerer à Corte que efetuasse o controle, que recaía apenas a órgãos políticos. Entretanto, com a revisão da Constituição austríaca, em 1929, foi atribuída a dois órgãos judiciários (*Oberster Gerichtshof* e *Verwaltungsgerichtshof*) a competência para levantar questões acerca da constitucionalidade das leis mediante a via incidental.<sup>37</sup> A norma declarada inconstitucional estará sujeita à anulação, mas será válida e eficaz até o momento da publicação da decisão que constituir a invalidade ou até um período dentro de um ano da decisão a critério da Corte Constitucional, quando começará a produzir efeitos *ex nunc* ou para o futuro.<sup>38</sup> Cabe acrescentar que eventual declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional produzirá efeitos *erga omnes*, sendo dotada de um caráter geral.

---

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1999. p. 122-124.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 105-106.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 116.

Mauro Cappelletti entende que o sistema austríaco, apesar de conferir um maior caráter político ao controle de constitucionalidade, caracteriza-se por ser mais completo do que o norte-americano, tendo em vista que não fica vinculado a um caso concreto para a sua existência.<sup>39</sup> Por outro lado, há que se questionar sobre determinada impropriedade do sistema austríaco. Como visto, a legitimidade para a arguição de questão de constitucionalidade à Corte Constitucional por órgãos judiciários tem sua origem limitada a um caso concreto. Considerando que a decisão da Corte acerca da inconstitucionalidade de uma norma apenas produzirá efeitos *ex nunc*, observa-se que eventual decisão sobre a inconstitucionalidade de uma norma oriunda de requerimento de órgão judiciário não atingiria o caso concreto que deu ensejo ao questionamento. Diante disso, houve uma reforma na legislação sanando em parte essa irregularidade para atingir fatos anteriores ao pronunciamento da Corte nos limites do caso concreto, mas sem incluir os casos semelhantes.<sup>40</sup>

Vistos os principais modelos de controle judicial de constitucionalidade das leis, destacam-se ainda o sistema italiano e alemão, em que os juízes de instâncias inferiores não possuem competência para declarar uma lei inconstitucional, como ocorre na Áustria. Entretanto, não são compelidos a aplicar uma lei que considerem inconstitucional, ocasião em que deverão levar a questão à Corte Constitucional, gerando a suspensão do processo. Pela via principal, a legitimidade para requerer o controle à Corte recai sobre órgãos não judiciários, sendo que na Alemanha é ampliada para englobar os particulares, em caso de lesão a direitos fundamentais.<sup>41</sup> Em tais sistemas jurídicos a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei produzirá efeitos *erga omnes*, mas operará de modo retroativo (*ex tunc*), diferentemente do sistema austríaco. Por razões de ordem prática admitiu-se a atenuação dos efeitos *ex tunc* da declaração da inconstitucionalidade em certos casos.

Por fim, ressalta-se que em determinados sistemas o controle será feito por um órgão político, que ocorre normalmente de forma preventiva, ou seja, antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico.

Na França, a adoção do sistema de controle político de constitucionalidade deve-se, basicamente, a razões de três ordens: históricas, diante da grande intervenção e dos abusos perpetrados pelos juízes em sua atuação no Poder Judiciário antes da Revolução Francesa; ideológicas, na qual

---

<sup>39</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1999. p. 112-113.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 121-122.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 109-110.

preponderava a teoria da separação dos poderes, que teve em Montesquieu grande doutrinador; e práticas, visto que as ilegalidades do Poder Executivo e do Poder Judiciário eram tuteladas pelo *Conseil d'Etat* e pela *Cour de Cassation*, respectivamente, relegando as ilegalidades cometidas pelo Poder Legislativo a um segundo plano.<sup>42</sup>

Mauro Cappelletti, em curso ministrado em 1965, destacou que enquanto na França era latente a preocupação com a atuação do Poder Judiciário e com a observância das leis, nos países de regime socialista à época havia uma grande preocupação com a burguesia e com a garantia do exercício do poder pelo povo. Tais motivos justificariam, então, a adoção em ambos os sistemas do controle político de constitucionalidade das leis, por estarem em consonância com seus princípios fundamentais.<sup>43</sup> Tanto é assim que na antiga União Soviética, em sua Constituição de 1936, a competência para efetuar o controle de constitucionalidade recaía ao próprio órgão que elaborava as leis.<sup>44</sup> Dentre esses países, cabe destacar a peculiar situação da Iugoslávia, sob vigência da Constituição de 1963, ao conferir a uma Corte Constitucional a legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade.<sup>45</sup>

## 2.2 EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Vistos os principais modelos de controle de constitucionalidade no Direito Comparado, é importante observar como os seus fundamentos influenciaram na criação do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. Em razão disso, antes de analisar o sistema vigente no ordenamento jurídico pátrio, será feito um breve estudo acerca da evolução da Jurisdição Constitucional, mais notadamente do controle judicial de constitucionalidade e do Supremo Tribunal Federal, nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/1969.

A Constituição de 1824, também conhecida como Constituição Imperial, foi outorgada por D. Pedro I, dando ensejo a um Estado centralizado e conservador. Inspirou-se nos moldes do constitucionalismo inglês, em que apenas seria considerado como constitucional as questões referentes aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais.<sup>46</sup> Apesar de ter sido

---

<sup>42</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1999. p. 96-98.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 31-32.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>45</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1988. p. 728-729.

<sup>46</sup> Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

outorgada, a Constituição marcou o início da institucionalização da Monarquia Constitucional, no entanto, a prática constitucional só teve início com a instalação do Poder Legislativo, o que ocorreu em 1826.<sup>47</sup>

Havia, ainda, a figura do Poder Moderador, delegada privativamente ao Imperador, para resguardar a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos poderes políticos, ao lado dos Poderes Legislativo, Judicial e Executivo.<sup>48</sup> A previsão do Poder Moderador na Constituição sofreu influências teóricas de Benjamin Constant, Jellinek e Clermont-Tonnerre, sendo alvo de críticas dos liberais, pois entendiam que era uma forma de manter o absolutismo monárquico em detrimento de um regime baseado na liberdade.<sup>49</sup>

Na Carta Imperial não havia previsão para o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, visto que era atribuição do Poder Legislativo, mais notadamente da Assembléia Geral, composta pela Câmara e pelo Senado, fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar pela guarda da Constituição.<sup>50</sup> Se esse controle legislativo mostrou-se inoperante por um lado, existindo uma relação promíscua entre o legislador ordinário e o constituinte, por outro, não excluiu da Constituição a sua caracterização como rígida, posto que diferenciava os procedimentos de elaboração das leis e emendas constitucionais.<sup>51</sup> Ademais, o Poder Moderador consistia em um tipo de freio à atuação do Parlamento nessa área, já que tinha o poder de prorrogar ou adiar a Assembléia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados (artigo 101, V).

O Poder Judicial era formado pelo Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Corte, e pelo Tribunal de Relação, localizado nas capitais das Províncias, sendo composto por juízes de Comarca e de Municípios com auxílio dos júris, bem como por juízes de paz do Distrito.<sup>52</sup> No artigo 163, a Constituição Imperial previa a existência do Supremo Tribunal de Justiça, que não se firmou como um poder político, considerando a atuação do Poder Moderador e também pelo fato de a guarda da Constituição caber ao Poder Legislativo – não podendo, assim, ser confundido com a figura do atual STF. Por sua vez, o artigo 158, ao prever que o julgamento das

---

<sup>47</sup> NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. v. 1. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 17.

<sup>48</sup> Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

<sup>49</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 317.

<sup>50</sup> Art. 15. É da atribuição da Assembléia Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las; IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.

<sup>51</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2004. p. 203.

<sup>52</sup> PAULINO, Jacques. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ref. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 366.

causas em segunda e última instância seria realizado pelos Tribunais das Relações, fez com que fosse retirada do Supremo a característica de instância, já que não poderia, por exemplo, conceder Revista das decisões emanadas daqueles tribunais, quando decidiam em última instância.

Assim, na vigência da Carta de 1824, não se observou a existência de um Tribunal que uniformizasse a jurisprudência – como havia nas velhas Ordenações do Reino, em que as Casas de Suplicação poderiam tomar assentos e unificar as inúmeras decisões proferidas – até o ano de 1841, com a conversão em lei do projeto de Lopes Gama.<sup>53</sup>

Com o Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, proclamou-se como forma de governo a República Federativa, além de instituir o Governo Republicano provisório, chefiado pelo Marechal Deodoro da Fonseca. Por sua vez, o Congresso Constituinte perdurou de 15 de novembro de 1890 a 24 de fevereiro de 1891, quando foi promulgada a Constituição republicana, cuja elaboração deve-se principalmente a Rui Barbosa. Já a edição do Decreto de n.º 510, de 22 de junho de 1890, ainda durante o Governo provisório, transformou o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal, além de prever o controle de constitucionalidade difuso, o que foi mantido pelo Decreto de n.º 858/1890, responsável pela organização da Justiça Federal, e pela Constituição de 1981.

A estrutura do Poder Judiciário foi modificada, passando a conter as Justiças Estadual e Federal, sendo que esta apenas era implantada nas capitais dos Estados. Nesses, encontravam-se um Tribunal de Apelação e um número determinado de juízes de Comarcas, de Municípios e de Distritos, sendo que alguns conservaram os juízes de paz.<sup>54</sup> Ressalta-se que os juízes republicanos mostraram-se desfavoráveis ao controle de constitucionalidade judicial, tanto por sua formação privatística do *Civil Law* como pela falta de instrumentos jurídicos para exercer suas funções de forma efetiva.<sup>55</sup>

A partir da vigência da Constituição, enumeram-se alguns fatos ocorridos, em razão de sua importância histórica. Veja-se que juntamente com a Justiça Estadual havia os juízes federais e o STF, sendo que os dois últimos compunham a Justiça Federal; cada Estado seria regido pela elaboração de sua Constituição e de suas leis, desde que respeitassem os princípios constitucionais; instituiu-se o Tribunal de Contas; com o STF surgiu o Recurso Extraordinário

---

<sup>53</sup> NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824. 2001. p. 39.*

<sup>54</sup> PAULINO, Jacques. *Curso de Direito Constitucional. 1977. p. 366.*

<sup>55</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional. 2004. p. 204.*

(RE), de origem controvertida por algum tempo; e, por fim, conservou-se o Tribunal Militar, de 1808, denominado de Superior Tribunal Militar, mas como um órgão administrativo com funções jurisdicionais.<sup>56</sup>

Por sua vez, o STF constituiu-se efetivamente em um poder, tornando-se indispensável a existência de um órgão que possuísse jurisdição em todo o território nacional e que fosse responsável por assegurar o império e a uniformidade da lei federal, assumindo um papel importante de jurisdição extraordinária no novo regime republicano.<sup>57</sup> Deveria, ainda, ser composto por quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, dentre os cidadãos de notável saber e reputação. Considerando que o número de ministros não poderia ser aumentado por lei, como nos Estados Unidos, Carlos Maximiliano entendia que havia uma maior necessidade de instituir pretórios intermediários no Brasil.<sup>58</sup>

A Constituição de 1891 adotou as disposições do Decreto n.º 848/1890, conferindo ao Supremo a competência para julgar, em última instância, os recursos das sentenças das Justiças dos Estados, nos casos previstos no artigo 59, § 1º, *a* e *b*, quais sejam: “a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”. Além disso, de acordo com o artigo 60, *a*, “compete aos Juízes e Tribunais Federais processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal”.

Com a Emenda Constitucional (EC) de 1926, atribuiu-se ao STF mais duas hipóteses para julgar o RE: “c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador-geral da República; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional”. Desse modo, foram conferidos poderes ao STF para uniformizar a interpretação das leis federais e da Constituição, mediante recurso, aumentando consideravelmente seu volume de trabalho.<sup>59</sup> No entanto, ainda não havia o controle de constitucionalidade concentrado, apenas

---

<sup>56</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*: 1891. v. 2. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 37-41.

<sup>57</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 253.

<sup>58</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. p. 553.

<sup>59</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*: uma proposta constitucionalmente adequada. 2005. p. 256.



o difuso, com inspiração no *Judicial Review* dos Estados Unidos da América. Dessa forma, qualquer juiz – seja da Justiça da União ou dos Estados – poderia efetuar o controle de constitucionalidade das leis, sendo que o Supremo somente poderia se pronunciar por meio de recurso, no julgamento de um caso em concreto.

Por fim, com a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, restou explícita a competência dos juízes e tribunais para julgarem a inconstitucionalidade das leis, pois poderiam deixar de aplicar aos casos concretos as leis que entenderem manifestamente ilegais.<sup>60</sup> Ressalta-se que, ainda assim, a cultura jurídica da época não estava afeta ao precedente vinculante – apesar de ser um instrumento comum nos EUA – e o STF teve de julgar inúmeras vezes questões idênticas.<sup>61</sup>

As transformações ocorridas na primeira metade do Século XX, especialmente com a problemática de ampliar e manter o sistema capitalista, a despeito de suas crises, influenciaram todos os ramos do Direito. Nesse aspecto, o corporativismo – em que o papel do Estado é realçado como dirigente dos rumos sociais – influenciou o modelo constitucional adotado na Constituição de 1934, bem como as Constituições do México, de 1917, da União Soviética, de 1918, e da Alemanha (Weimar), de 1919. Houve, ainda, um movimento para constitucionalizar matérias não-constitucionais, tais como a ordem social e econômica, matérias atinentes aos funcionários públicos e questões de direito civil.

Além de manter o controle de constitucionalidade difuso advindo da Constituição de 1891, a Constituição de 1934 acrescentou, em seu artigo 179, um requisito para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais, qual seja, “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

Outra importante mudança foi a atribuição de competência ao Senado Federal, após a sua comunicação pelo Procurador-Geral da República, para conferir efeitos *erga omnes* à decisão emanada do STF em sede de RE, com a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarados inconstitucionais, de acordo com os artigos 91, IV, e 96. Isso contribuiu para solucionar um dos problemas mais graves do controle de constitucionalidade, em razão da

---

<sup>60</sup> Artigo 13, § 10. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

<sup>61</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 2002. p. 377.

ausência da regra do *stare decisis* – existente no ordenamento jurídico norte-americano, em que os Tribunais ficam vinculados às decisões proferidas pela Corte Suprema.<sup>62</sup>

A Constituição de 1934 também dispôs acerca da Representação Interventiva, que deveria ser apresentada pelo Procurador-Geral da República ao STF, nos casos de ofensa, por lei estadual, aos princípios constitucionais elencados no artigo 7º, I, *a* até *h*.<sup>63</sup> Nesse caso, era condição de procedibilidade da Intervenção a declaração da lei de intervenção federal como constitucional pelo Supremo. Em outras palavras, ao declarar a constitucionalidade da lei de intervenção, o STF poderia declarar a inconstitucionalidade de ato ou lei estadual, como um sucedâneo do direito de veto e como forma de controle jurídico.

Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição introduziu a unidade de processo, mantendo a dualidade da Justiça.<sup>64</sup> Algumas reformas foram feitas, especialmente com a criação da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, além de um Tribunal Especial – composto por juízes, senadores e deputados – para o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros da Suprema Corte, dos Ministros de Estado, quando em conexão com os do Presidente. Ademais, a composição do STF foi alterada, passando a ser composto por onze Ministros – podendo chegar a dezesseis –, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35 nem mais de 65 anos de idade (artigo 74).

Por sua vez, a Constituição de 1934, em seu artigo 68, proibiu o Poder Judiciário de conhecer de questões exclusivamente políticas. Ainda assim, Nagib Slaibi Filho sustenta que a decisão proferida em sede de Representação Interventiva possuía um caráter político, ainda que o processo fosse judicialiforme e a decisão fosse resultado do contraditório.<sup>65</sup> A Constituição de 1934 perdurou por muito pouco tempo, considerando que em 1937 o Golpe do Estado Novo outorgou uma nova Carta, tendo como principal autor Francisco Campos, que a redigiu em um contexto histórico de crise de ordem e de autoridade no mundo.

Alguns institutos foram conservados com a Constituição Polaca. O Poder Judiciário continuava proibido de conhecer de questões exclusivamente políticas e manteve-se a unidade de processo,

---

<sup>62</sup> POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. v. 3. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 51.

<sup>63</sup> Observou-se, assim, o embrião do controle concentrado de constitucionalidade das leis, que somente restou consolidado com a EC n.º 16/65.

<sup>64</sup> PAULINO, Jacques. *Curso de Direito Constitucional*. 1977. p. 367.

<sup>65</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2004. p. 209.

com a competência da União para legislar privativamente sobre direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual. Mas, em direção à unificação da justiça, a Justiça Federal foi suprimida, somente voltando a reaparecer em 1970.<sup>66</sup>

Quanto à composição do STF, apesar de o número de Ministros ter permanecido o mesmo da Constituição de 1934, passaram a ser nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com idade entre 35 e 58 anos de idade, como dispunha o artigo 98.

Apesar de não ter trazido alterações no sistema difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade, a Carta de 1937 propiciou um retrocesso no instituto do controle de constitucionalidade. Dispôs em seu artigo 96, parágrafo único, que o Presidente da República poderia submeter uma lei novamente ao exame do Parlamento, mesmo se já houvesse sido declarada inconstitucional pelo Tribunal, quando entendesse que tal lei é necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Nesse caso, ficaria sem efeito a decisão deste último quando o Parlamento confirmasse a validade da lei por dois terços de seus membros em cada casa. Também se mostrou avessa ao controle de constitucionalidade, ao considerar que os integrantes do Parlamento não foram eleitos em sua vigência, permitindo que o Chefe do Executivo dispusesse sobre todas as matérias por meio de decretos-lei, inclusive emendas constitucionais.<sup>67</sup>

A Constituição de 1946, inspirada na Constituição de 1934, incorporou algumas das conquistas adquiridas com o decorrer das lutas políticas e sociais: o voto secreto, o regime de partidos, a representação proporcional e a Justiça Eleitoral para o julgamento de todas as fases do pleito, dentre outros.<sup>68</sup> Apesar de manter os moldes da Carta de 37, ao estipular a unidade do processo e suprimir a Justiça Federal – de primeira instância –, criou o Tribunal Federal de Recursos, como órgão de segunda instância. Manteve, ainda, no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade, alguns institutos das Constituições anteriores, como a Reserva de Cláusula de Plenário e a competência do Senado para promover a suspensão da aplicação de lei declarada inconstitucional pelo STF. No que diz respeito ao controle difuso, Alfredo Buzaid aponta que a

---

<sup>66</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 2002. p. 377.

<sup>67</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2004. p. 212.

<sup>68</sup> BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. v. 5. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 49.

sentença deixará de aplicar a lei tida por inconstitucional, não consistindo em sua anulação nem em sua revogação.<sup>69</sup>

A Ação Direta nos casos de intervenção federal, prevista na Constituição de 1934, sofreu uma reformulação na Constituição de 1946 em relação aos princípios constitucionais, cujo rol foi consideravelmente ampliado. Dessa forma, o artigo 7º, VII, autorizava a Intervenção para assegurar a observância dos seguintes princípios: “a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário”.

A partir daí, tem-se que o sistema concentrado ou abstrato de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis veio a se consolidar com o advento da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, ao prever, ao lado da Representação Interventiva, o controle de constitucionalidade das normas estaduais e federais, restando consolidada a defesa da Constituição de forma direta perante o STF. Como bem lembrado por Clèmerson Merlin Clève, enquanto a Representação Interventiva era autorizada diante da violação dos princípios sensíveis, a Representação Genérica, instituída pela EC 16/65, era um meio de garantir a observância das normas constitucionais.<sup>70</sup>

Criou-se, desse modo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade das leis ou atos de natureza normativa federais e estaduais, de competência privativa do Procurador-Geral da República, com previsão no artigo 101, I, *k*, justamente em uma época em que o governo militar editou o Ato Institucional (AI) n.º 2, que além de aumentar o número de ministros no STF, também suspendeu as garantias dos juízes, como a estabilidade, inamovibilidade e vitaliciedade, considerando que a Constituição de 1946 não era compatível com o regime que estava sendo adotado.<sup>71</sup> Ademais, a EC 16/65 também dispôs acerca do controle concentrado de lei ou ato municipal, mas em face da Constituição Estadual, cuja competência era atribuída ao Tribunal de Justiça, originariamente, de acordo com o artigo 124, XIII, da Constituição de 1946.

---

<sup>69</sup> BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Edição Saraiva, 1958. p. 81.

<sup>70</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2000. p. 88-89.

<sup>71</sup> O STF era composto de onze ministros, sendo que esse número poderia ser elevado por lei, mediante proposta do próprio Tribunal.

Com a nova ordem constitucional (1967/1969), ainda havia a previsão do controle difuso e do controle concentrado de constitucionalidade das leis. No entanto, apesar de serem mantidos os poderes constitucionais do Supremo, isso não impediu que fosse alvo de arbitrariedades da cúpula militar. Veja-se que com o AI n.º 5 as garantias dos magistrados foram novamente suprimidas, o que possibilitou a aposentadoria compulsória de três ministros, além de serem excluídas da competência do Supremo as ações praticadas com base nos Atos Institucionais.<sup>72</sup>

O STF passou a ser composto por onze Ministros, podendo esse número ser elevado por lei, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Cabe acrescentar que a Justiça Federal foi restabelecida na Constituição de 1967 e mantida na de 1969.

No que diz respeito à Representação Interventiva, tem-se que seu rol foi ampliado para assegurar tanto os princípios sensíveis quanto a execução de lei federal. Em tais casos, bastava o decreto do Presidente da República para suspender a execução do ato impugnado se essa medida fosse eficaz, de acordo com o artigo 11, § 2º, ao invés de decretar a Intervenção.

Há de se ressaltar que a Constituição de 1967 suprimiu a possibilidade de controle de leis municipais em face da Constituição do Estado, no entanto, a Emenda n.º 1, de 1969, restaurou o controle para fins de intervenção em Município.<sup>73</sup>

Com relação aos efeitos das decisões definitivas proferidas pelo STF, competia ao Senado Federal promover a suspensão, no todo ou em parte, da aplicação de lei ou de decreto declarados inconstitucionais pelo STF, tanto em controle difuso como em controle concentrado. Isso fazia com que inúmeras demandas idênticas, que já haviam sido decididas, chegassem novamente ao Supremo, aumentando seu volume de trabalho, já que o Senado não estaria vinculado a atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do STF.

Veja-se que na década de 60, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, o STF passou a conferir medidas liminares nas representações interventivas suspendendo a eficácia dos atos

---

<sup>72</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 124.

<sup>73</sup> Artigo 15, § 3º: “A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: (...) d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade”.

impugnados e antecipando ato que posteriormente seria requisitado ao Poder Executivo – e não solicitado ao Senado Federal, como ocorria nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.<sup>74</sup>

Dentro desse quadro paradoxal, destaca-se a Representação de Inconstitucionalidade n.º 933. Devido à importância de sua decisão pelo STF, mostra-se de crucial importância discorrer, ainda que brevemente, sobre o contexto de sua formação. Diante da fusão dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, criando o atual Estado do Rio de Janeiro, foi preciso reunir os Tribunais de Justiça dos antigos Estados, o que significou unir duas carreiras de magistratura que eram diferentes quanto às respectivas entrâncias. No exercício de suas competências estipuladas no artigo 144, § 5º, da Constituição, o Tribunal de Justiça editou a Resolução n.º 1, de 1975, para dispor sobre a alteração da organização e da divisão judiciárias, impedindo a paralisação das atividades e regulando o suprimento de lotação dos cargos vagos. Com fulcro no artigo 119, I, *l*, a Associação de Magistrados do antigo Estado do Rio de Janeiro dirigiu-se ao Procurador-Geral da República pleiteando que o mesmo promovesse o ajuizamento de uma Representação por Inconstitucionalidade da lei, arguindo a urgência do deferimento de medida liminar. Apesar de votos divergentes, o Supremo acabou por deferir a medida liminar, promovendo a antecipação dos efeitos da resolução senatorial, justificando sua célebre decisão na assertiva de que o poder acautelar é inerente ao poder de decisão. Com isso, passou-se a entender que não era mais necessário que o Senado atribuísse efeitos *erga omnes* em controle de constitucionalidade concentrado.<sup>75</sup>

Com o advento da EC n.º 7, de 1977, encerrou-se a discussão acerca do pedido de cautelar formulado pelo Procurador-Geral da República no STF, em sede de representação de inconstitucionalidade, autorizando a sua concessão de maneira expressa no artigo 119, I, *p*. Ademais, tal emenda também proporcionou outros avanços, quando alterou a redação do artigo 119, I, *l*, conferindo ao Procurador-Geral da República a competência para apresentar Representação não só por inconstitucionalidade, mas também para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Incluiu, ainda, a Avocatória no ordenamento jurídico brasileiro, competindo ao STF processar e julgar originariamente “as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os

---

<sup>74</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2004. p. 216-217.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 217-221.

efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (artigo 119, I, *o*).

Vista a evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil, com as mudanças de paradigmas e com a criação de novos meios de fiscalização da constitucionalidade, passa-se ao regramento vigente acerca do controle de constitucionalidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

### 2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O constituinte de 1988 aperfeiçoou e democratizou o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, caracterizado pelo controle político e pelo controle judicial, sendo que neste é adotado um sistema misto de fiscalização de constitucionalidade, englobando tanto o sistema difuso, com influência do direito norte-americano, como o concentrado, influenciado pelo sistema austríaco.

Faz-se aqui um breve comentário acerca das normas pré-constitucionais. Considerando que com uma nova ordem jurídica ficaria inviável a elaboração de novas normas regulando as mesmas relações sociais, admitiu-se o fenômeno da recepção, qual seja, um processo de reconhecimento das regras anteriores à nova Constituição que não violassem seus preceitos. Caso contrário, as normas infraconstitucionais já existentes seriam revogadas, por falta de recepção, por se tratar de conflito intertemporal de leis. Com isso, não seria o caso de declaração de inconstitucionalidade, que pressupõe a anterioridade da Constituição à norma objeto de fiscalização.<sup>76</sup>

#### 2.3.1 Controle não-jurisdicional

No ordenamento jurídico brasileiro prevalece o controle judicial de constitucionalidade das leis, entretanto, em alguns casos, o Poder Executivo e o Poder Legislativo também são dotados de competência para executar essa fiscalização. Cabe asseverar que Rodrigo Lopes Lourenço critica a terminologia “controle político”, sugerindo a adoção do termo “controle não-jurisdicional”, pois “[...] a rigor, político é todo órgão estatal dotado de autonomia de decisão outorgada diretamente pela Constituição”.<sup>77</sup>

No que tange ao Poder Executivo, o controle de constitucionalidade será exercido por meio do poder de veto do Presidente da República, que, no ato da posse, deve prestar o compromisso de

<sup>76</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2000. p. 219; POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*. 2000. p. 174.

<sup>77</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 1999. p. 4.

manter, defender e cumprir a Constituição, conforme o artigo 78, da CF. Assim sendo, essa atuação preventiva do Chefe do Poder Executivo está fundamentada no artigo 66, § 1º, da CF, ao dispor que “se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”. A legitimidade para tal controle deve ser estendida também aos Chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal.<sup>78</sup>

Ocorre que os membros do Poder Executivo podem se deparar com o conflito entre aplicar a lei tida por eles como inconstitucional ou não a aplicar. Com a ampliação da legitimidade para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade, cujo rol está previsto no artigo 103, da CF, tanto o Presidente da República quanto o Governador poderiam adotar uma atuação positiva para questionar a constitucionalidade de uma norma em vez de simplesmente não aplicá-la. Entretanto, o mesmo não teria aplicação para os Chefes do Poder Executivo Municipal, e, com isso, seria um paradoxo admitir que enquanto Prefeitos poderiam deixar de aplicar normas federais e estaduais consideradas por eles como inconstitucionais, o Presidente da República e os Governadores não poderiam atuar da mesma maneira. Assim, com base nessas alegações e no princípio da supremacia constitucional, Clèmerson Clève preceitua que o Chefe do Poder deve poder negar execução à lei que lhe parecer inconstitucional.<sup>79</sup>

Por outro lado, o controle também pode ser efetuado de várias maneiras pelo Poder Legislativo. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), pertencente ao Congresso Nacional, detém a atribuição de averiguar a constitucionalidade dos projetos de lei e de emenda constitucional, exercendo um controle preventivo de constitucionalidade. Além disso, o veto presidencial a um projeto de lei como uma das fases do processo legislativo comum pode ser rejeitado pela maioria absoluta de deputados e senadores em sessão unicameral. Há, também, a previsão do artigo 62, § 5º, da CF, em que a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. Além disso, o artigo 49, V, da CF, traz a previsão de um controle político repressivo, ao atribuir ao Congresso a competência exclusiva de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

---

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2009. p. 67-68.

<sup>79</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2000. p. 247-248.



Por fim, cabe acrescentar que a jurisprudência do STF tem admitido o controle em razão de Mandado de Segurança (MS) impetrado por parlamentares, com o intuito de promover a intervenção do Judiciário no processo legislativo, como naquele de propostas de emenda à Constituição. Devem ser observados, para tanto, alguns requisitos: a ação deve ser ajuizada por parlamentares, vez que possuem direito líquido e certo de participar perante processo legislativo formalmente válido – mas apenas pelos parlamentares em cuja Casa esteja tramitando o processo legislativo; deve ter havido medida parlamentar de tentativa de controle preventivo de constitucionalidade no âmbito do Congresso Nacional; e deve existir vício formal de constitucionalidade (regras de processo legislativo), pois o vício material poderá ser objeto de controle posteriormente.<sup>80</sup>

### 2.3.2 Controle judicial

O Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, abarcando tanto o controle difuso, que ocorre em qualquer grau de jurisdição, quanto o concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso do controle difuso, a dúvida acerca da constitucionalidade de determinada norma é aferida em um caso determinado, sendo que para o julgamento deste torna-se imprescindível que haja uma manifestação do Poder Judiciário acerca da constitucionalidade da norma que acoberta o direito pretendido, antes de chegar ao mérito propriamente dito. Em outras palavras, o autor da ação não está preocupado se dita lei é inconstitucional ou não, somente almeja que esse incidente seja resolvido para que os pedidos que formulou possam ser submetidos à tutela jurisdicional, posto que o juiz deve decidir a questão acerca da constitucionalidade antes do julgamento do mérito.

O fundamento do controle de constitucionalidade difuso é o interesse público, baseado na supremacia da Constituição e na manutenção da ordem constitucional, até porque sobre as normas recai a presunção de constitucionalidade. A legitimidade ativa para provocar o Judiciário a se manifestar acerca da constitucionalidade ou não de uma norma que envolve o direito protegido em um caso concreto será tanto das partes do processo, do representante do Ministério Público atuante no processo, de terceiros, como do juiz ou tribunal, agindo estes últimos *ex officio*.

---

<sup>80</sup> RTJ, 99:1031, Mandado de Segurança n. 20.257-DF, rel. Min. Moreira Alves, J. 8-10-1980.

Portanto, a competência para feitura do controle de constitucionalidade difuso recai sobre todo e qualquer órgão jurisdicional. Assim, juízes de 1º grau e os diversos tribunais (STF, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça etc.) poderão dizer acerca da constitucionalidade da lei, mas desde que, obviamente, estejam dentro do âmbito de suas respectivas competências. Já os tribunais, via de regra, devem obedecer ao artigo 97, da CF, para declaração de inconstitucionalidade (Cláusula de Reserva de Plenário). Via de regra porque a jurisprudência do STF vem admitindo certa flexibilização desse comando, mas apenas quando o Plenário do Tribunal ou o Órgão Especial já tenham apreciado a inconstitucionalidade ou não da norma aplicável ao caso concreto, implantando medidas de economia e celeridade processuais. Aplicar-se-ão, assim, os precedentes aos casos futuros, vez que já foi preenchido o requisito exigido pelo artigo 97, da Constituição. A Lei de n.º 9.756/98 veio a inserir um parágrafo único ao artigo 481, do Código de Processo Civil (CPC), restando pacificada a questão ao dispor que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Considerando que as decisões emanadas de órgãos inferiores possam não ser definitivas – tendo em vista os recursos legais cabíveis –, o STF possui a competência para guardar a Constituição, julgando, por meio de RE, as decisões que contrariarem dispositivo da CF, declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgarem válidos lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgarem válida lei local contestada em face de lei federal. No que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como já explanado, é preciso ter em mente dois momentos distintos: um, quando resultam da pronúncia do Poder Judiciário; e outro, quanto à edição de ato pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF. Naquele, os efeitos serão retroativos (*ex tunc*) e aplicáveis apenas às partes de um determinado processo (*inter partes*) – mesmo se a decisão for prolatada pelo STF. E, neste, haverá a possibilidade de ampliação dos efeitos, já que poderão ser estendidos a todos (*erga omnes*) com a suspensão da execução da lei, e terão efeitos *ex nunc*.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal vem promovendo, em alguns casos, a abstrativização do controle difuso, atribuindo uma nova compreensão ao artigo 52, X, da CF (fenômeno da mutação constitucional). Isso porque a competência atribuída ao Senado Federal desde a Constituição de 1934 para suspender a execução de ato declarado inconstitucional não mais se justifica na Constituição de 1988, especialmente com a ampliação da legitimidade ativa para as ações de controle abstrato, o que alterou substancialmente a relação entre os modelos de

controle de constitucionalidade. Portanto, a comunicação da decisão proferida pelo STF em controle incidental deverá ser feita ao Senado Federal para fins de publicação no Diário do Congresso, ou seja, com o simples efeito de publicidade.<sup>81</sup>

Atualmente, o objetivo do RE é garantir a aplicação uniforme da Constituição em todo o território nacional, com a tutela do interesse público, apenas se prestando a reformar ou a anular decisões finais proferidas em sede de última ou única instância em confronto com a Constituição, de acordo seu artigo 102, III, num segundo momento.

A classificação dos recursos em ordinários ou extraordinários passou a ter cabimento com o surgimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, conseqüentemente, do Recurso Especial (REsp). Os recursos extraordinários – RE, REsp e Embargos de Divergência – diferem-se dos ordinários em razão de seu caráter objetivo, ou seja, não buscam a justiça da decisão com a revisão de matéria fática ou probatória, e sim, a averiguação se houve ou não correta aplicação de lei ao caso concreto. Portanto, a sucumbência da parte não é suficiente para a interposição de recursos excepcionais, sendo necessária a presença da questão federal e da constitucional. Diferem dos recursos ordinários, como a Apelação e o Agravo de Instrumento, que visam à tutela do direito subjetivo das partes, sendo, para tanto, admitida uma revisão de fatos e provas.

Tendo em vista tais características dos recursos extraordinários, seus requisitos se mostram mais complexos do que aqueles dos recursos ordinários. Dessa forma, somente haverá a tutela ao bem jurídico do recorrente se tiver ocorrido lesão ao direito objetivo, alcançando a justiça da decisão por esse meio. Portanto, além de ser o RE uma das espécies dos recursos extraordinários, também se caracteriza por ser um recurso de fundamentação vinculada, ou seja, sua fundamentação deve se ater a determinados requisitos previstos em lei.

Por fim, cabe acrescentar que a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, acrescentou um § 3º ao artigo 102, da CF, prevendo a necessidade de que o recorrente em RE demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto, nos termos da Lei n.º 11.418/06, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Quanto ao controle concentrado, este será feito por uma Suprema Corte Constitucional, no caso, o STF, que analisará a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em sua modalidade genérica,

---

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 280.

por omissão e interventiva, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADI genérica tem previsão no artigo 102, I, *a*, da CF, estando regulada pela Lei n.º 9.868/99 (Anexo B), e tem como objetivo averiguar a constitucionalidade ou não de um ato normativo estadual ou federal posterior à Constituição de 1988. Figuram como partes legitimadas para sua propositura o Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com representação no Congresso Nacional, e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.<sup>82</sup>

Já a ADI por omissão está prevista no artigo 103, § 2º, da CF, tendo como propósito resguardar a ordem constitucional diante de alguma lacuna normativa, ocasião em que será declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida, num plano abstrato. Entretanto, para sanar omissão legislativa no caso concreto deve ser utilizada a via do Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, da CF, e criado pelo constituinte de 1988 para conferir maior efetividade às normas constitucionais.

Em observância ao sistema federativo, a ADI também pode ser proposta no âmbito estadual, mas deverá ser ajuizada perante os Tribunais de Justiça para argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, nos termos do artigo 125, § 2º, da CF. Ademais, é cabível a intervenção estadual em âmbito municipal e da União nos Municípios localizados em Território Federal quando o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial, dentre outras hipóteses elencadas no artigo 35, da CF.

A ADI interventiva, por sua vez, apenas deve ser usada em casos extremos pela União Federal, eis que limita a autonomia dos Estados-membros. Prevista no artigo 36, III, da CF, busca solucionar questões relacionadas à Federação, aos princípios constitucionais e à soberania, sendo que apenas pode ser proposta pelo Procurador-Geral da República, diferentemente da ADI

---

<sup>82</sup> Ressalta-se que com a Emenda Constitucional de n.º 45/04 “estendeu-se” a competência à Câmara Legislativa do Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal, vez que tal ente federativo não havia sido mencionado na redação originária do artigo 103, da CF.

genérica e da ADI por omissão. Nesse caso, haverá um pronunciamento do STF sobre a violação de princípios constitucionais sensíveis pelo Estado.

Com a Emenda Constitucional n.º 03/1993, criou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cuja legitimidade passou a ser a mesma da ADI com a EC n.º 45/2004. A ADI teve origem na Emenda 16/65, em que o Procurador-Geral da República poderia opinar, tanto pela constitucionalidade, como pela inconstitucionalidade da norma, como antes afirmado. Assim como a ADI, a ADC é regulada pela Lei de n.º 9.868/99, mas, por outro lado, busca reconhecer a conformidade da norma infraconstitucional com a Constituição.

Cumprir dizer que, a despeito da complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o mesmo não abarcava todas as violações existentes à Constituição Federal. Dessa forma, foi introduzida a ADPF no ordenamento jurídico pátrio, com previsão em seu artigo 102, § 1º, da CF, ao estipular que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Interessante notar que na Revisão Constitucional, ocorrida em 1994, tentou-se inserir o incidente de inconstitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, com o fim de completar o mecanismo de controle de constitucionalidade, mas tal proposta não foi recepcionada. Esse incidente permitiria que “[...] fosse apreciada *diretamente* pelo STF *controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça ou do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas”.<sup>83</sup> Caso acolhido o incidente, seria possível suspender o processo em curso nas instâncias ordinárias de modo que o Supremo proferisse decisão atinente à questão constitucional apontada no caso concreto.

Tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, de acordo com a classificação formulada por José Afonso da Silva, a lei regulamentadora somente veio a ser editada em 03 de dezembro de 1999, sob o n.º 9.882, decorrente de anteprojeto organizado pelo Ministério da Justiça, cuja comissão era presidida pelo Professor Celso Ribeiro Bastos e composta pelos

---

<sup>83</sup> Relatoria da Revisão Constitucional, 1994. Pareceres produzidos (Histórico), t. 1, p. 317 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1144.

Professores Arnoldo Wald, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra e Oscar Dias Corrêa.<sup>84</sup> De acordo com a referida lei, em seu artigo 1º, a ADPF terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, além de ter cabimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Tendo como objetivo imediato evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, suscita-se a polêmica se a Argüição faria parte do sistema de controle de constitucionalidade, tendo em vista sua própria terminologia ao tratar de descumprimento de preceito fundamental e não de inconstitucionalidade.

O descumprimento de preceito fundamental não deve ser visto apenas como sinônimo de inconstitucionalidade, especialmente pelo fato de o legislador constituinte ter diferenciado o descumprimento e a inconstitucionalidade para fins de cabimento de ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. A ADI e a ADC dizem respeito à consonância de determinada lei ou ato normativo em relação à Constituição, enquanto que a ADPF visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. Remete, portanto, à noção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade para cabimento de ADI e de ADC, e, de outro lado, à noção de descumprimento para cabimento de ADPF.<sup>85</sup>

Na diferenciação de ambos os termos, em caso de controle concentrado, além do descumprimento ter como referência apenas os preceitos constitucionais fundamentais e da inconstitucionalidade poder se reportar a toda a Constituição, André Ramos Tavares pontua que o objeto de controle da Argüição não está limitado, podendo ser perpetrado por lei, ato normativo, ato administrativo e ato material, enquanto que a inconstitucionalidade diz respeito apenas a leis e aos atos normativos. Assim sendo, o descumprimento deve ser visto sob uma ótica mais ampla.<sup>86</sup>

Cabe acrescentar que há quem entenda que o descumprimento seria uma espécie de inconstitucionalidade, ao lado da contrariedade (artigo 102, III, *a*, da CF) e da própria inconstitucionalidade (artigos 97; 102, I, *a*; e 125, §2º, da CF). Assim sendo, para o ajuizamento

---

<sup>84</sup> Informa-se que encontra aguardando julgamento a ADI n.º 2.231-8, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, argüindo a inconstitucionalidade de toda a Lei n.º 9.882/99.

<sup>85</sup> Na verdade, o objeto central da ADC não é buscar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas sim evitar posterior discussão sobre a inconstitucionalidade.

<sup>86</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 197.

da ADPF não bastaria a violação do texto constitucional, no todo ou em parte, mas sim a não satisfação de preceitos fundamentais por ato do Poder Público.<sup>87</sup>

Observa-se que o intuito da Arguição é semelhante ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, eis que a ADPF permite zelar pela unidade da Constituição, considerada nela mesma, bem como pela supremacia da Constituição sobre o ordenamento infraconstitucional. Faz-se apenas uma ressalva, ao se comparar tais ações, no que tange à parametricidade, sendo o referencial da ADPF apenas a garantia ou defesa de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal, e não toda a Constituição.

Guilherme Peña de Moraes defende o caráter dúplice da ADPF, por englobar tanto a modalidade direta, com natureza de ação constitucional, como a indireta, com natureza de incidente de constitucionalidade.<sup>88</sup> Da mesma forma o faz Lenio Luiz Streck, ao notar que a arguição “[...] **abrange a ambivalência própria do sistema misto de controle** de constitucionalidade vigente no Brasil, isto é, ao mesmo tempo em que é uma **ação autônoma** (art. 1º caput da Lei 9882), é também mecanismo apto a provocar **incidentalmente** a constitucionalidade de leis ou atos normativos difusamente (art. 1º, parágrafo único, inciso I)”.<sup>89</sup>

Assim sendo, em última análise, a ADPF busca resguardar a supremacia constitucional, já que os preceitos fundamentais a serem protegidos por ela são aqueles constantes no seio da Constituição. E, nessa busca, “[...] a arguição de descumprimento situa-se no meio do caminho entre a técnica concentrada e a difusa da defesa da supremacia constitucional”.<sup>90</sup>

Cabe destacar que Gilmar Ferreira Mendes, acrescenta, ainda, uma terceira modalidade de ADPF que poderá se configurar como sucedâneo objetivo de Recurso Extraordinário, ao atacar diretamente uma decisão judicial incompatível com a Constituição, equiparando-se a um autêntico recurso constitucional – ponto que será objeto de tópico específico.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> 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: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 236.

<sup>88</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 288-289.

<sup>89</sup> STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição. *Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 81, p. 97-117, março de 2001. Versão em 1 CD-ROM. p. 109.

<sup>90</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101-102.

Por fim, questão polêmica refere-se à previsão de Argüição em caso de descumprimento de preceito fundamental no âmbito da Constituição estadual. Ao tratar do tema, Dirley da Cunha Júnior, com base no princípio da simetria, sustenta essa possibilidade quando prevista a ADPF nas respectivas Constituições estaduais – como ocorre na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, em seu artigo 71, I, *a* –, cuja competência para julgamento será exclusiva do Tribunal de Justiça.<sup>92</sup> Apesar de também admitir a previsão em Constituição Estadual, Uadi Lammêgo Bulos sustenta que a Argüição estadual teria pequena importância prática, pois os preceitos fundamentais a serem resguardados por ela devem ser os mesmos preceitos da Constituição Federal. Além disso, a hipótese de tutela jurisdicional em caso de violação de preceito fundamental por normas estaduais e municipais já encontra previsão no texto da Constituição Federal.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 454.

<sup>93</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2009. p. 244-245.



### 3 ANTECEDENTES DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO DIREITO COMPARADO

O estudo do Direito Comparado permite estabelecer as semelhanças e as diferenças entre ordenamentos estatais, bem como outras características importantes. A partir daí, Paolo Biscaretti di Ruffia aponta quatro finalidades do método comparado: cultural, tomando por base dados indispensáveis à compreensão de uma teoria geral do direito; a viabilização de uma melhor interpretação de institutos em uma ordem jurídica nacional; política-legislativa, direcionando a atuação do legislador nacional; e de unificação legislativa, ao permitir o surgimento de organismos supranacionais.<sup>94</sup> No caso do Direito Constitucional Comparado, atribui-se ainda especial relevo ao conhecimento de fatores sociais, históricos, políticos e econômicos, já que auxiliam na interpretação e na valoração de normas constitucionais.

Ao tratar da origem da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, não se observa na doutrina nacional divergência substancial ao apontar como antecedentes os seguintes institutos presentes em outros ordenamentos jurídicos: o Recurso Constitucional do direito alemão (*Verfassungsbeschwerde*), a *Beschwerde* do direito austríaco e o Recurso de Amparo do direito espanhol, dentre alguns outros, como o *Writ of Certiorari* do direito norte-americano e a *Popularklage* do direito bávaro.<sup>95</sup>

Considerando que o Recurso Constitucional alemão e o Recurso de Amparo espanhol apresentam um maior destaque na presente temática, restringe-se à análise desses institutos afins no direito estrangeiro, bem como de instrumento previsto na Constituição cubana de 1940. Entretanto, antes de tratar do Amparo espanhol, é importante fazer um estudo histórico do instituto do Amparo, de modo geral, que teve sua maior expressão com o *Juicio de Amparo* mexicano – apesar de não ter influenciado diretamente a criação da ADPF no Brasil – de modo a compreender melhor o instituto espanhol.

---

<sup>94</sup> RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. 1988. p. 4-8.

<sup>95</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 35-68; MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Argüição 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*: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. 2003. p. 73-86; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 432-433.

### 3.1 MÉXICO

O estudo do *Juicio de Amparo* será utilizado como ponto de partida para a análise do amparo espanhol, momento em que será feito um estudo de seus antecedentes, bem como de seu surgimento no México, para, desse modo, poder tratar da grande influência exercida pelo amparo mexicano na Espanha, em especial, e também nos demais países da América Latina.

Apesar de o amparo ser considerado uma instituição tipicamente mexicana, sua criação resultou da influência exercida por antecedentes tanto externos quanto internos. Assim, primeiramente serão estudados os antecedentes externos do *juicio de amparo*, para depois passar ao seu surgimento dentro do país de origem, qual seja, o México. Além de ser um instrumento processual de grande importância, os objetos a serem tutelados pelo amparo também devem ser caracterizados dessa maneira, quais sejam, os direitos fundamentais.

#### 3.1.1 Antecedentes do *Juicio de Amparo*

De modo a buscar os antecedentes históricos gerais do *juicio de amparo*, Ignacio Burgoa tem como ponto de partida a verificação da existência ou não do reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em especial da liberdade jurídica, nos regimes jurídicos em que se procuram institutos jurídicos semelhantes ou com algum parentesco ao amparo mexicano, pois entende que o instrumento de proteção desses direitos deve ser precedido da sua existência.<sup>96</sup> O *juicio de amparo*, como se verá, busca a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos frente aos atos do poder estatal. Assim sendo, para que um instituto possa ser considerado como seu antecedente, deve ser possível observar essa característica no objeto de comparação.

Nos tempos primitivos, em que prevaleciam os regimes matriarcais e patriarcais, qualquer violação ao que houvesse sido determinado pelo chefe da tribo ou pelo patriarca seria sancionada com o desterro do indivíduo que praticou tal ato da comunidade, sem qualquer direito de atacar essas decisões.<sup>97</sup>

Nos regimes sociais orientais, prevalecia o despotismo no que tange aos direitos do homem ou garantias individuais, sendo que na Antigüidade era comum que os governantes fossem vistos como representantes terrenos de Deus, de onde se extrai que o direito e a religião se mesclavam,

---

<sup>96</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 5. ed. México: Porrúa, 1962. p. 29.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 30.

como ocorria no povo egípcio e no povo hebreu. Na Índia, por sua vez, não havia um governo teocrático e era possível vislumbrar um pensamento liberal, considerando que o monarca deveria atuar de acordo com o sentido de justiça e de equidade.<sup>98</sup>

Na Grécia, da mesma maneira, o indivíduo também não gozava de proteção aos seus direitos fundamentais perante o Estado, apesar de ter resguardado direitos políticos e civis frente aos seus semelhantes. Em Esparta, por exemplo, a desigualdade social era tamanha que as pessoas eram divididas entre três classes sociais. Por outro lado, os atenienses tinham uma liberdade de fato perante o Poder Público, que estavam sujeitos a uma espécie de controle, mas não constituía efetivamente num direito público individual.<sup>99</sup>

A situação de Roma, por assim dizer, era semelhante à de Atenas, até porque a liberdade dos indivíduos também se referia à liberdade das relações civis e políticas, destacando-se, ainda, o grande desenvolvimento do direito privado. Ignacio Burgoa passa a analisar dois institutos do direito romano – *intercessio* e *homine libero exhibendo* – com vistas a verificar se os mesmos podem ser considerados como antecedentes gerais do amparo mexicano. No que diz respeito ao primeiro instituto, entende que não pode ser considerado como antecedente do amparo por não constituir uma garantia do indivíduo frente ao Poder Público, e sim, uma garantia de uma classe contra atos de autoridades. À mesma conclusão chega o autor ao tratar do interdito de *homine libero exhibendo*, pois a ação derivada desse interdito era intentada para evitar que um particular pudesse privar a liberdade de um homem livre sem qualquer tipo de sanção.<sup>100</sup>

Por outro lado, Eduardo Ferrer Mac-Gregor destaca que se costuma apontar como antecedentes do *juicio de amparo* o interdito pretoriano do *homine libero exhibendo* ou a *intercessio tribunicia* do direito romano, bem como os *procesos forales aragoneses* da Idade Média. No entanto, segundo o autor, tal assertiva apenas estaria correta no que diz respeito ao *juicio de amparo* mexicano ao buscar a tutela da liberdade e integridade pessoal, pois em outros países ibero-americanos é comum a utilização do *habeas corpus* para a tutela mencionada.<sup>101</sup>

Na Idade Média, de modo geral, também não se encontram antecedentes do amparo mexicano, tendo em vista que: a) na época das invasões, as várias tribos permaneciam dispersas e seus conflitos eram resolvidos arbitrariamente; b) na época feudal, o senhor feudal exercia um poder

<sup>98</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 31-32.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 32-33.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 35-39.

<sup>101</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). *Revista de Processo*, v. 143, ano 32, p. 79-114, janeiro de 2007. p. 87.

soberano sobre seus servos, que haviam jurado obediência a ele; c) na época das cidades livres, a autoridade do senhor feudal foi limitada frente aos direitos dos habitantes das cidades, mas não havia imposição de sanção em face das violações.<sup>102</sup> Entretanto, na Baixa Idade Média e em sua transição para a Idade Moderna, destacou-se a figura do Justiça e do processo foral aragonês, o que será visto mais detalhadamente ao se tratar dos antecedentes espanhóis do *juicio de amparo*.

Passados esses períodos, tem-se que a evolução do *juicio de amparo* mexicano sofreu influência de elementos externos e internos. Fix-Zamudio divide a influência externa em três correntes: direito público norte-americano, direito espanhol e direito francês.

Antes disso, não se pode olvidar da notável influência exercida pelo direito inglês, especialmente sobre o direito norte-americano. Assim, tem-se que tanto o direito consuetudinário inglês como alguns de seus instrumentos contribuíram para o reconhecimento de direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à propriedade e à liberdade, podendo citar a Magna Carta e o *habeas corpus*. No ano de 1215, dentre as cartas de franquias medievais, foi elaborada a *Magna Charta Libertatum*, que apesar de tratar das relações entre o monarca e a nobreza, garantindo privilégios a esta classe, mostrou-se como um instrumento que consagrou alguns direitos e liberdades civis, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a propriedade. Posteriormente, algumas declarações de direitos, no Século XVII, também inglesas, contribuíram para a evolução dos direitos fundamentais, entre as quais se encontra o *Habeas Corpus Act*, de 1679, buscando extinguir as prisões arbitrárias e assegurar a liberdade, consolidando finalmente o instituto. Por sua vez, o *writ of habeas corpus* é um antecedente inglês das principais garantias individuais, sendo assim, um antecedente direto do amparo mexicano, por ter como objeto proteger a liberdade individual de cada um contra atos arbitrários do poder público. Ignacio Burgoa entende que os demais estatutos ingleses não podem ser considerados antecedentes do amparo, por apenas englobarem direitos declarados, sem um instrumento jurídico de garantia.<sup>103</sup>

Já nos Estados Unidos, ressalta-se que a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, foi marcada por fortes influências inglesas, ao manter direitos e liberdades que já haviam sido reconhecidos na Inglaterra, com a diferença de que aos direitos naturais foi atribuído um caráter de universalidade e superioridade. Posteriormente à Declaração de Virgínia, a primeira das declarações de Direitos, é redigida a Declaração de Independência das Treze Colônias, por Thomas Jefferson, tendo como um dos fundamentos a violação de direitos básicos,

---

<sup>102</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 40.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 55.

especialmente da liberdade, pelo rei da Grã-Bretanha. A partir daí, tornou-se imperativa a elaboração de uma constituição, o que veio a ocorrer em 17 de setembro 1787.

A Constituição dos Estados Unidos, de 1787, mais notadamente no que diz respeito ao sistema judicial de controle de constitucionalidade, caracterizado por ser difuso e incidental, influenciou a elaboração do *juicio de amparo* nos projetos de Manuel Crescencio Rejón, de Mariano Otero e dos constituintes de 1856-1857. Destacam-se, para tanto, os estudos de Aléxis de Tocqueville, sobre a democracia na América do Norte, e, em menor parte, a clássica obra de “Os Federalistas”. Ainda é possível observar a influência exercida do *writ of habeas corpus* sobre o amparo, quando este tratar da liberdade pessoal e demais direitos fundamentais, bem como da organização dos tribunais federais dos Estados Unidos.<sup>104</sup>

Cabe acrescentar que os principais recursos do sistema de controle norte-americano são basicamente: *writ of error*, interposto contra decisão judicial que não respeitou a supremacia legal; *writ of injunction*, para impedir ou suspender a execução de um ato ilícito civil por um particular ou uma autoridade; *writ of mandamus*, em que a Suprema Corte ordena que as autoridades cumpram o que está obrigada legalmente a fazer; e *writ of certiorary*, para examinar a validade dos procedimentos admitidos pelos tribunais inferiores. Assim, o sistema constitucional dos Estados Unidos, em especial o *writ of error*, é considerado mais um dos antecedentes históricos do *juicio de amparo*.<sup>105</sup>

Em resumo, do direito público dos Estados Unidos da América observam-se as idéias acerca do controle de constitucionalidade das leis, que inspirou a maioria dos países latino-americanos após a descolonização, bem como o *habeas corpus* do direito anglo-saxão. Além disso, por adotar o Federalismo, contribuiu para que o amparo fosse de competência da seara federal.<sup>106</sup>

Já no direito francês emergiu a grande necessidade da criação de um instrumento processual que tutelasse efetivamente os direitos fundamentais dos indivíduos frente ao Poder Público, bem como meios de impugnação de normas inconstitucionais.<sup>107</sup> Ignacio Burgoa afirma que o controle da legalidade feito na França não pode ser considerado como um antecedente do amparo, em razão da distinção entre os objetivos tutelados, visto que enquanto aquele protege a

---

<sup>104</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, [citado 05-09-2007], Serie G Estudios Doctrinales (Núm. 142) Formato html, Disponível em Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=911>, ISBN 968-36-2889-5. p. 356-358.

<sup>105</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 69-70.

<sup>106</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 22-23.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 24.

legislação de modo geral, o amparo protege “[...] el régimen constitucional dentro de su pureza teleológica”.<sup>108</sup>

Nesse contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1798, trouxe os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, decorrentes da Revolução Francesa e inspirados no Iluminismo, fazendo com que os direitos fundamentais adquirissem uma posição de destaque nos países do Ocidente, até chegando a fazer parte do preâmbulo de várias constituições, como a da Alemanha, da Áustria e da Espanha.<sup>109</sup> Assim, pode-se dizer que a maior importância dos antecedentes franceses se deve às declarações de direitos do homem, que trataram das garantias individuais, um dos objetos do *juicio de amparo*.<sup>110</sup>

Apesar da influência do direito francês, Fix-Zamudio faz uma distinção entre o regime francês e o mexicano, posto que naquele não se mostrava possível a impugnação perante juízes ordinários. No mesmo sentido sustenta que:

“No obstante esta influencia del sistema francés de lo contencioso administrativo que hemos señalado, en el amparo contra actos de las autoridades o sentencias de los tribunales administrativos, se conserva la tradición norteamericana de la revisión judicial, tomando en cuenta que según el propio régimen francés, los fallos del Consejo de Estado son firmes y no pueden impugnarse ante los jueces ordinarios, pero en el amparo mexicano las sentencias de los tribunales administrativos pueden combatirse en el último grado ante los tribunales federales por conducto del juicio de amparo”.<sup>111</sup>

Cabe, por fim, tratar da influência espanhola na criação do *juicio de amparo* mexicano, que também pode ser considerado um antecedente externo do recurso de amparo espanhol, pois como se verá, a influência entre ambos os ordenamentos é caracterizada como mútua. Quanto aos antecedentes espanhóis, Fix-Zamudio concluiu que “[...] no resulta tan ostensible como las de origen angloamericano y francés, pero al mismo tiempo es más penetrante, si se toma en cuenta la huella imborrable de tres siglos de dominación política y cultural hispánicas, en el territorio que por su afinidad con la metrópoli llevó el nombre significativo de Nueva España [...]”.<sup>112</sup> Diante disso, o autor separa a influência espanhola em três vertentes: no nome da instituição, vinculado aos processos aragoneses e ao direito castelhano; a influência centralista

<sup>108</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 64.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 12.

<sup>110</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 23.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 368.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 238.

do direito colonial; e a cassação espanhola, no que tange aos motivos para promover o amparo.<sup>113</sup>

A nação espanhola, antes de sua formação atual, sofreu a invasão de diversos povos de origem germânica. Dentre eles, os visigodos ou godos do ocidente trouxeram uma enorme contribuição para a histórica jurídica quando fizeram surgir o direito escrito ou codificado, substituindo os costumes jurídicos. Nesse período visigótico, o *Fuero Juzgo* ou Código Visigótico foi o ordenamento mais significativo, ao compreender tanto matérias de direito público como de direito privado.<sup>114 115</sup> Outra legislação que constituiu um grande marco no direito espanhol foi *El Fuero Real de España*, atribuído ao Rei Alfonso IX, foro antecessor das conhecidas *Las Siete Partidas*, elaboradas por Alfonso X, *el Sabio*, que unificou o direito estatutário dos Reinos de *Castilla e León*, cujo reinado perdurou no Século XIII.<sup>116</sup>

Apesar de Burgoa afirmar que as *Partidas* constituem uma das obras mais geniais da Idade Média acerca do direito positivo, além de terem codificado várias disposições de tempos distintos num sistema normativo unitário, entende que elas não podem ser consideradas como antecedentes do amparo, por não terem consagrado direitos individuais frente aos governantes.<sup>117</sup> Ressalta, no entanto, que isso não significa que o rei era necessariamente despótico ou tirânico, em razão do papel exercido pelo direito natural, concebido como uma ideologia do Cristianismo, o que é confirmado pela Lei 31, do Título XVIII, da *Partida III*, que dizia: “Contra derecho natural non debe valer privilejo, nin carta de Emperador, rey nin otro señor. E si la diere non debe valer”.<sup>118</sup>

Eduardo Couture destaca a importância, em especial, da citada *Partida III*, por tratar de matéria processual, que representou um retorno ao tipo clássico romano (Digesto), somado à experiência espanhola. Entretanto, observa que no Século XIII, *El Fuero Real de España* teve maior aplicação na prática, o que justifica a afirmação de que a *Partida III* se mostrava como um direito teórico, apenas sendo aplicada nos séculos posteriores.<sup>119</sup> Veja-se que quando na Espanha tem início a época da conquista e da colonização nas Américas, o direito processual no “Novo

<sup>113</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 240-241.

<sup>114</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 42.

<sup>115</sup> Faz-se aqui uma ressalva quanto ao exposto, vez que Eduardo Couture atribui ao rei Alfonso X a autoria de ambos os códigos. COUTURE, Eduardo J. *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispano-Americano*. Argentina: Imprenta de la Universidad de Cordoba, 1940. p. 16.

<sup>116</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 43.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 43 e 45.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>119</sup> COUTURE, Eduardo J. *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispano-Americano*. 1940. p. 16.

Mundo” passa a ter como princípios fundamentais aqueles previstos nas *Partidas*, sendo que os princípios da *Partida III* tiveram aplicação até o Século XIX.<sup>120</sup>

O amparo como proteção da liberdade humana tem sua origem nos processos forais aragoneses, como será visto a seguir. Já se adianta que o amparo aragonês da Idade Média não foi transmitido desde logo às colônias espanholas, mesmo diante da união do Reino de *Castilla e León* com o Reino de *Aragón*, em virtude do casamento do Rei Fernando e da Princesa Isabel, no Século XV.<sup>121</sup>

Além desses códigos já mencionados, era comum que os reis dos distintos reinos da Península Ibérica expedissem inúmeros *fueros* ou estatutos particulares, sendo que a tutela dos foros era feita por um funcionário judicial de alto escalão, conhecido como *Justicia Mayor*, nos reinos de *Aragón* e *Castilla*, cuja função exercida poderia ser equiparada a um verdadeiro controle jurídico.<sup>122</sup>

Quanto ao *Justicia*, que apareceu mais claramente no Século XIII, Victor Fairrén conclui que “[...] fue un personaje intermedio, colocado en el centro de gravedad de la maquinaria política del Reino; que, autorizado por las Cortes o por el Rey – o por todos ellos, como Poder Legislativo, reunidos – desempeñó funciones políticas de importancia [...]”.<sup>123</sup> Já os foros ou recopilações de normas de caráter constitucional eram um meio de limitação da autoridade real, pois antes da coroação os reis deveriam jurar que conservariam e respeitariam os Foros, juramento este feito perante o Justica, que poderia ser substituído em caso de sua ausência, sendo que tal cerimônia ocorria em Zaragoza. Destaca-se que esse juramento estava bastante claro no Foro de 1348, que, por sua vez, recorda certos trechos da Magna Carta inglesa.<sup>124</sup>

Impende asseverar que o *Privilegio General*, foro expedido por D. Pedro III, em 1348, consagrava que os direitos individuais relativos à liberdade pessoal poderiam ser opostos ao Poder Público por meio dos processos forais, estes sim, verdadeiros antecedentes hispânicos do *juicio de amparo*.<sup>125</sup> <sup>126</sup> Héctor Fix-Zamudio, por sua vez, destaca que os processos forais

<sup>120</sup> COUTURE, Eduardo J. *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispano-Americano*. 1940. p. 17-18.

<sup>121</sup> CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues. O “amparo” hispano-americano: uma análise histórico-comparada. *Revista de Processo*, v. 133, ano 31, p. 49-65, março de 2006. p. 52.

<sup>122</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 48.

<sup>123</sup> GUILLÉN, Victor Fairén. *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971. p. 38.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 31-33.

<sup>125</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 48.



aragoneses exerceram uma influência indireta no amparo mexicano, considerando que não tiveram aplicação na América.<sup>127</sup>

Em resumo, Ignacio Burgoa menciona que os processos forais eram divididos em quatro espécies: *aprehención* e *inventario*, para assegurar direitos de cunho civil; *jurisfirma*, que se constitui num verdadeiro controle de legalidade dos atos dos tribunais inferiores; e *manifestación de las personas*, que tutela a liberdade pessoal contra atos de autoridade.<sup>128</sup>

Acerca da Manifestação de pessoas, codificada pelo Foro de 1428, Victor Fairén faz um estudo mais detalhado desse processo foral (constitucional), conceituando-a como “[...] la potestad del Justicia y de sus Lugartenientes de emitir una orden o mandato – Letras – dirigido a cualquier juez o persona que tuviere a otra detenida o presa, pendiente o no de proceso, de que se la entregase, a fin de que no se hiciere violencia alguna contra ella antes de que se dictase sentencia”.<sup>129</sup>

Veja-se que Ignacio Burgoa defende que apenas os processos de *jurisfirma* e de *manifestación de las personas* correspondem aos antecedentes espanhóis do amparo mexicano, considerando que as primeiras espécies citadas não passam de medidas de proteção num juízo civil.<sup>130</sup> Interessante mencionar que a terminologia “*manifestación*” acabou sendo substituída por amparo, provavelmente em razão de uma maior relação dos castelhanos do que com os aragoneses com os povos do além-mar.<sup>131</sup>

Com a Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, que teve vigência no México entre 1812 e 1820, os poderes reais se encontraram, enfim, limitados, mas sem a previsão de um instrumento jurídico que pudesse ser utilizado pelas pessoas com o intuito de preservar as garantias previstas constitucionalmente contra os atos de autoridades que as violassem.<sup>132</sup> No que diz respeito ao direito espanhol era de se esperar que exercesse alguma influência, apesar de não ser tanta, visto que foram anos de dominação na “Nova Espanha”, contribuindo para o centralismo jurídico contrariamente aos princípios federalistas norte-americanos.

<sup>126</sup> No mesmo sentido, apontando os *procesos forales aragoneses* como antecedentes do amparo hodierno, cf. CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues. O “amparo” hispano-americano: uma análise histórico-comparada. *Revista de Processo*, v. 133. p. 51.

<sup>127</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 239.

<sup>128</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 47.

<sup>129</sup> GULLÉN, Victor Fairén. *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. 1971. p. 77.

<sup>130</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 47.

<sup>131</sup> GULLÉN, Victor Fairén. *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. 1971. p. 104.

<sup>132</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 48-49.

Com isso, pode-se dizer que houve a criação de um instituto híbrido, considerando a incidência do sistema de revisão judicial dos Estados Unidos sobre a tradição hispânica herdada da época colonial e a denominação do amparo decorrente dos instrumentos protetores de direitos de *Castilla* e *Aragón*. Diante disso, o fundo romanista do direito hispânico influenciou na elaboração de normas sobre o amparo, ainda no Século XIX e no início do Século XX, que passou a seguir as regras do processo civil tradicional, além de seu uso contra as decisões de todos os juízes, mesmo em casos que não diziam respeito a questões diretas de inconstitucionalidade.<sup>133</sup>

Em virtude de tais influências, apontam-se dois setores de aplicação do amparo, quais sejam: um direcionado aos atos de autoridade que violem direitos fundamentais, como um instrumento para a tutela desses direitos, e outro como mecanismo de solução dos demais conflitos de caráter constitucional quando atingirem os direitos fundamentais dos governados, como instrumento de impugnação de leis inconstitucionais, que apesar de ter influência estadunidense, como afirmado, também sofreu algumas influências do direito espanhol.<sup>134</sup>

Com isso, o *juicio de amparo*, passou a compreender cinco âmbitos de proteção: amparo da liberdade, semelhante ao *habeas corpus*; amparo contra resoluções jurisdicionais, similar ao *recurso de casación*; amparo contra leis, como meio de impugnar a inconstitucionalidade; amparo como processo contencioso administrativo; e amparo social, de modo a proteger o direito agrário dos camponeses.<sup>135</sup>

### 3.1.2 Surgimento do Amparo no México

Segundo Ignacio Burgoa, é arriscado apontar algum instituto que poderia ser considerado como antecedente do amparo na época pré-hispânica, em razão da autoridade absoluta do rei e dos senhores nas províncias da região onde atualmente se situa o México. Mesmo no regime asteca, culturalmente avançado, prevalecia uma administração arbitrária da justiça.<sup>136</sup>

Na Nova Espanha, após a colonização espanhola, houve uma integração entre o direito colonial, o direito espanhol e os costumes indígenas, que culminou com a elaboração da *Recopilación de Leyes de Indias*, em 1681, com aplicação subsidiária das leis de *Castilla*. Foi, ainda, criado o

<sup>133</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 358-361.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 364.

<sup>135</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). *Revista de Processo*, v. 143. p. 91.

<sup>136</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 72.

Conselho das Índias para tratar dos assuntos das colônias espanholas, mas também para consultoria nos assuntos de interesses do rei – autoridade suprema e divina também nas Colônias. Apesar da inexistência de prerrogativas dos indivíduos frente ao monarca, os princípios do Cristianismo sempre se mostraram como um direcionamento à atuação real, o que levou à inserção de dispositivos nas Leis das Índias que protegiam a população indígena.<sup>137</sup>

O regime espanhol era marcado pela prevalência do direito natural, no qual as leis e os costumes deviam obediência a ele. Assim, se uma lei violasse o direito natural seria preciso adotar uma postura passiva em relação à ordem que emanava dela (obedecer) e não cumpri-la, o que era conhecido como o recurso do “*obedézcase pero no se cumpla*”, de origem costumeira. Esse recurso é considerado por Burgoa como um antecedente geral (teleológico) do *juicio de amparo*, mesmo diante de inúmeras diferenças de estrutura jurídica.<sup>138</sup>

Com a independência do México, houve um rompimento com o direito espanhol diante das grandes influências exercidas pelo sistema jurídico dos Estados Unidos e da França, como demonstrado, culminando na elaboração da Constituição de 1824 com um cunho federalista, mas que logo cedeu lugar a uma constituição de caráter centralista, em 1836 – regime aquele que somente foi restabelecido com a Constituição de 1857. Não querendo deixar aos direitos fundamentais a mesma garantia costumeira que o direito natural tinha antes da independência, com inspiração no modelo francês, resguardou-os num corpo legal considerado como a lei suprema do país e instituiu-se o amparo para promover a proteção dos direitos fundamentais.<sup>139</sup>

Antes da Constituição de 1824, Ignacio Burgoa aponta a existência do primeiro documento político constitucional denominado de *Principios o Elementos Constitucionales*, de 1814, na época das lutas pela independência, também conhecido como a Constituição de Apatzingán, mas que nunca entrou em vigor. Tal documento trazia um capítulo sobre as garantias individuais, de onde é possível extrair que os direitos e garantias individuais tinham prevalência sobre os atos do poder público, entretanto, é considerado falho ao não prever um instrumento de proteção desses direitos face aos governantes, não podendo, portanto, ser considerado como um antecedente do amparo.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 73-75.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 82.

A Constituição Federal dos Estados Unidos do México, em 1824, tinha o intuito de organizar politicamente o país, bem como determinar as bases de funcionamento dos órgãos públicos, fazendo com que os direitos fundamentais fossem relegados a um segundo plano. Apesar da existência de previsões de direitos fundamentais, principalmente na seara penal, não foi estabelecido um instrumento jurídico para a tutela dessas garantias, mas permitiu-se ao Congresso a faculdade de reprimir violações à Constituição e à Suprema Corte Federal para julgar violações às leis federais e à Constituição, de onde se extrai o controle de constitucionalidade das leis e das normas constitucionais, apesar de não ter tido utilidade prática.<sup>141</sup>

Sobrevieram, ainda, as *Siete Leyes Constitucionales*, de 1836, nas quais se passou a adotar o regime centralista, criando a figura do Supremo Poder Conservador, cujo controle de constitucionalidade era dotado de um caráter político e de efeitos *erga omnes*. Sobrevieram, também, os projetos de reforma dessas leis, propondo a extinção desse Poder e a criação do *Reclamo*, para a proteção de normas constitucionais e garantias individuais.<sup>142</sup>

O *juicio de amparo* surgiu, inicialmente, na Constituição do Estado de Yucatán, de 31 de março de 1841, decorrente do projeto de autoria do mexicano Manuel Crescencio Rejón, com o objetivo de resguardar os direitos e garantias fundamentais. Acerca de possíveis questionamentos do porquê de seu surgimento em âmbito estadual e não federal, Fix-Zamudio já destaca que nesse período grande era a luta pelo restabelecimento do sistema federal no México pelo partido liberal, sendo que no Estado de Yucatán se encontrava um governo local a favor da implementação da união federal.<sup>143</sup>

Já em âmbito nacional, o amparo foi previsto no *Acta de Reformas*, de 18 de maio de 1847, que introduziu alterações na Constituição de 1824, no momento, restabelecida, cuja elaboração teve grande influência de Mariano Otero, ilustre jurista mexicano.<sup>144</sup>

Por sua vez, a Constituição Federal de 1857 foi influenciada sobremaneira pela doutrina francesa, na qual era atribuído um grande valor ao indivíduo e aos seus direitos. Além de prever

---

<sup>141</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 84-85.

<sup>142</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 25.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>144</sup> Há uma divergência acerca de quem seria o verdadeiro criador do *Juicio de Amparo*. Enquanto uns tratam de Manuel Rejón como o pai do amparo, outros apontam Mariano Otero como seu criador. Burgoa destaca que a inclinação histórica e jurídica faz prevalecer sobre este a autoria do instituto, apesar de ver essa disputa como absurda e entender que ambos contribuíram para a elaboração do amparo. BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 105-106.

os direitos do homem como base das instituições sociais, inseriu o amparo em suas disposições como forma de garantir tais direitos mediante o órgão jurisdicional. A partir daí, o desenvolvimento do instituto ocorreu de forma mais ampla diante do contexto político e social, marcado pelo individualismo e liberalismo, passando a ter cabimento contra sentenças judiciais que aplicaram erroneamente as leis secundárias.<sup>145</sup>

A Constituição de 1917, em vigor, trata do direito de amparo nos artigos 103 e 107, regulamentados pela atual *Ley de Amparo*, de 1936 (última reforma publicada em 24/04/2006), tendo como objeto resolver toda controvérsia que se suscite, de acordo com o artigo 1º: “I. *Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; II. Por leyes o actos de la autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal*”.<sup>146</sup>

Assim, atualmente, o *juicio de amparo* apresenta cinco funções: tutela da liberdade pessoal, meio de impugnação de leis inconstitucionais, meio de impugnação das sentenças judiciais, reclamação dos atos e resoluções da administração e proteção dos direitos sociais dos camponeses submetidos ao regime da reforma agrária.<sup>147</sup>

Como meio de tutela da liberdade pessoal, o amparo se aproxima do *habeas corpus*, tendo cabimento nos casos dos artigos 17, 18 e 123, I, da Lei de Amparo, e do artigo 22, da Constituição federal, como nas hipóteses de atos que importem em perigo de privação da vida, ataques a liberdade pessoal fora de procedimento judicial, deportação ou desterro. Já o amparo contra leis tem uma dupla configuração, isto é, como ação de inconstitucionalidade, de modo a atacar direta e frontalmente as normas legislativas, processo que deve correr na primeira instância, para apenas com a *revisión* chegar à Suprema Corte de Justiça; ou como recurso de inconstitucionalidade, com fulcro no artigo 133, da Constituição federal. Quanto ao *juicio de amparo* como meio de impugnação das sentenças judiciais, Fix-Zamudio destaca que tal modalidade compreende o maior número de amparo ante os tribunais federais. Possui previsão no artigo 14, da Constituição, tendo como objetivo o exame da legalidade das resoluções de última instância proferidas pelos tribunais mexicanos.<sup>148</sup> Por sua vez, a utilização do amparo como contencioso administrativo vem se restringindo, diante da previsão da fração V, do artigo 116, da Constituição, que autoriza a criação de Tribunais de Contencioso Administrativo. Por

---

<sup>145</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 26-28.

<sup>146</sup> Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>>. Acesso em 05 de setembro de 2007.

<sup>147</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 29-31.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 39.

fim, a última função do amparo visa a proteção dos direitos sociais dos camponeses submetidos ao regime da reforma agrária, em desvantagem com relação aos trabalhadores industriais, o que foi resultado de uma revolução social iniciada ainda em 1910.<sup>149</sup>

O amparo pode ser promovido na primeira instância, como visto, diante de um juiz federal do distrito e com uma tramitação bastante simples, fundada nos princípios da oralidade, concentração e economia processuais, chegando à Suprema Corte de Justiça por meio do recurso de apelação respectivo. No entanto, pode possuir ainda uma única instância, sendo promovido diretamente no tribunal que prolatou a decisão impugnada, Suprema Corte ou tribunal colegiado respectivo, no qual se faz um exame de regularidade da demanda.<sup>150</sup> Em suma, têm competência para conhecer do *juicio de amparo* a Suprema Corte de Justiça, os tribunais colegiados e os juízes de distrito. Como partes, com base no artigo 5º, da Lei de Amparo, destacam-se o agraviado ou os agraviados, entendidos como toda pessoa, individual ou coletiva, a autoridade ou autoridades responsáveis e o terceiro ou terceiros prejudicados, podendo intervir com esse caráter.

Por todo o exposto, o *juicio de amparo* é conceituado com muita propriedade por Fix-Zamudio, ao dizer que: “[...] es una institución compleja de carácter procesal que constituye el resultado de una lenta y dolorosa evolución en la atormentada historia del pueblo de México, por lo que se ha convertido en el símbolo y el paradigma de la lucha por su libertad política y social, con un arraigo profundo e indeleble en la conciencia nacional”.<sup>151</sup>

### 3.1.3 Expansão do *Juicio de Amparo*

Como instituto processual constitucional, observa-se uma difusão mundial do processo de amparo, que busca a proteção jurisdicional dos direitos e liberdades fundamentais, expandindo-se para fora dos limites dos países latino-americanos, alcançando a Europa, a Ásia e a África.<sup>152</sup> Diante disso, é possível se deparar com várias terminologias sobre o amparo no Direito Comparado, seja como recurso de amparo, *juicio de amparo* e amparo constitucional, por exemplo. No entanto, deve-se ter o cuidado de não utilizar determinada expressão que não

<sup>149</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 44.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 47-49.

<sup>151</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. Síntesis del Derecho de Amparo. In: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Derecho Comparado. *Panorama del Derecho Mexicano*. tomo I. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965. p. 105.

<sup>152</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). *Revista de Proceso*, v. 143. p. 88.

corresponda à natureza jurídica do instituto, como falar em recurso de amparo quando se tratar de verdadeira ação. Quanto a esse uso confuso do vocábulo, destaca-se o caso do Chile, onde o recurso de amparo se refere ao *habeas corpus* e o amparo em si é tratado por *recurso de protección*.<sup>153</sup>

Assim, apesar de se compreender o *juicio de amparo* como um instituto genuinamente mexicano, ainda se mostra necessário um estudo do Direito Comparado, com vistas a analisar o amparo em um aspecto mais amplo e profundo, principalmente pelo fato de ter influenciado vários ordenamentos jurídicos de países latino-americanos, bem como instrumentos de caráter internacional.<sup>154</sup>

Como afirmado, o *juicio de amparo* mexicano influenciou inúmeros países ibero-americanos, evolução que é dividida em três etapas por Mac-Gregor. A primeira etapa vai do Século XIX à primeira metade do Século XX, e engloba os países da América Central, Brasil e Espanha. Neste país, o amparo mexicano influenciou a inserção do amparo na Constituição da 2ª República, de 1931, com auxílio do jurista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa, o que será visto no tópico a seguir.

Cabe fazer aqui alguns apontamentos sobre o *habeas corpus* e o mandado de segurança no direito brasileiro. O remédio do *habeas corpus* apenas veio a ser constitucionalizado com a primeira Carta Republicana, datada de 1891, ao prever que: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Nesse período, a doutrina brasileira divergia sobre a possibilidade de tal remédio ultrapassar a garantia da liberdade de locomoção. Apesar de Rui Barbosa atribuir uma interpretação extensiva a esse dispositivo, acabou prevalecendo na jurisprudência o entendimento de que o *habeas corpus* seria utilizado para a tutela de direitos em que a liberdade física fosse condição para seu uso. No entanto, a reforma constitucional em 1926 tratou de limitar a aplicabilidade desse remédio apenas para os casos de alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.<sup>155</sup>

Entretanto, com a Constituição de 1934, criou-se o instituto do mandado de segurança para os casos não amparados pelo *habeas corpus*, com previsão no artigo 113, 33: “Dar-se-á mandado de

<sup>153</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). *Revista de Processo*, v. 143. p. 88.

<sup>154</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 131-133.

<sup>155</sup> FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Habeas Corpus*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 11-12.

segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”. Destaca-se que a Constituição de 1934 foi influenciada pelas transformações ocorridas na primeira metade do Século XX, especialmente com a problemática de ampliar e manter o sistema capitalista, a despeito de suas crises. Nesse aspecto, o corporativismo – em que o papel do Estado é realçado como dirigente dos rumos sociais – também influenciou o modelo constitucional adotado na Constituição de 1934, bem como as Constituições do México, de 1917, da União Soviética, de 1918, e da Alemanha (Weimar), de 1919.

Assim sendo, a partir da cisão entre as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* e do mandado de segurança, este remédio passou a ser dotado de maior similitude com o *juicio de amparo* mexicano, apesar do campo de abrangência ser mais reduzido – eis que amparo mexicano é dotado de cinco funções, como exposto.<sup>156</sup> Atualmente, o mandado de segurança individual e coletivo encontra-se previsto no artigo 5º, na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, *in verbis*:

“LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

A segunda etapa ocorre entre as décadas de 50 e 60, em que houve a criação jurisprudencial do amparo na Argentina, que influenciou a Venezuela, Bolívia, Equador e Paraguai. Na Argentina, por exemplo, o amparo foi legislado em 1966, mas já em 1957 a Corte Suprema criou o instituto jurisprudencialmente no julgamento do caso “*Siri*”, contra atos de autoridades públicas, sendo que em 1958, no caso “*Kor*” ampliou suas hipóteses de cabimento, quando passou a admitir o

---

<sup>156</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 371.



uso do amparo contra atos de particulares.<sup>157</sup> Por fim, nas décadas de 70, 80 e 90 o instituto do amparo se expandiu para o Peru, Chile, Uruguai, Colômbia, Andorra e República Dominicana.<sup>158</sup> No que diz respeito à abrangência da tutela do amparo nos países latino-americanos é possível observar uma maior influência do recurso de amparo espanhol do que a extensa instituição do *juicio de amparo* mexicano. Ademais, como dito, é possível observar certa inovação no ordenamento desses países acerca do amparo.<sup>159</sup>

Pode-se afirmar que a expansão e o desenvolvimento do amparo no âmbito externo e interno ocorrem em razão da importância do objeto tutelado pelo instituto, ou seja, os direitos e liberdades fundamentais. Essa assertiva se mostra mais nítida ao se analisar os aspectos do amparo, quais sejam, como instrumento para a tutela dos direitos fundamentais e como mecanismo de solução de outros conflitos de caráter constitucional quando atingirem os direitos fundamentais dos governados.

Abre-se aqui um parêntese para destacar a grande importância dos direitos fundamentais em cada ordenamento jurídico. Desde já, informa-se que no presente estudo foi adotada uma concepção distinta entre direitos humanos e direitos fundamentais, no que diz respeito à terminologia. Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que o traço distintivo entre um e outro seria a previsão no ordenamento jurídico desses direitos. Assim, os direitos fundamentais são considerados como “direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra”<sup>160</sup>, enquanto que os direitos humanos, terminologia usada comumente nos pactos internacionais, são “direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular”.<sup>161</sup>

Os Estados democráticos contemporâneos, em sua maioria, se destacam como Estados Constitucionais, cujo foco é a proteção da ordem constitucional e dos direitos fundamentais. Assim, em que pese a nova função atribuída aos juristas com o Estado constitucional, não se pode olvidar do papel a ser dado aos direitos fundamentais, considerando que são necessários ao

---

<sup>157</sup> SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. tomo 1. 3. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001. p. 301.

<sup>158</sup> Cf. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). *Revista de Proceso*, v. 143. p. 91-96.

<sup>159</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p 248.

<sup>160</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 125.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 125.

controle da atividade estatal, dos direitos a prestações sociais, dos direitos à proteção e dos direitos à participação.

Portanto, conclui-se que o princípio democrático é pressuposto para que os direitos fundamentais venham a ser efetivados, de onde se extrai uma ínsita relação entre democracia e direitos fundamentais, considerando que aquela pressupõe um cidadão político que faça uso de seus direitos, o que somente pode ser feito num Estado em que o indivíduo possua liberdade para tanto.

Com isso, deve-se resguardar a supremacia da Constituição, de modo que os direitos fundamentais sejam também garantidos, o que é viabilizado pelo processo constitucional, que promove “[...] a eficácia das normas e princípios constitucionais, mediante a Jurisdição Constitucional e/ou processo constitucional inseridos no Estado Democrático de Direito”.<sup>162</sup> Nas palavras de Luiz Marinoni, isso leva a crer que “a força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais”.<sup>163</sup>

Já no âmbito do Direito Internacional, é possível observar a previsão do amparo, direta ou indiretamente, em algumas declarações, pactos e convenções. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, assinada em Bogotá, na Colômbia, no ano de 1948, estipula em seu artigo 18 que: “Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.<sup>164</sup>

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, firmada em Paris, prevê no artigo 8º que “toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos

---

<sup>162</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Coord.). *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 405.

<sup>163</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 2006. p. 94.

<sup>164</sup> Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema\\_inter/texto/texto\\_2.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_2.html)>. Acesso em 06 de setembro de 2007.

pela constituição ou pela lei”.<sup>165</sup> Já o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966), no § 3º, do artigo 2º, dispõe que:

“Os Estados-partes comprometem-se a: 1. garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; 2. garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; 3. garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso”.<sup>166</sup>

Destaca-se, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, de 1969, que traz em seu artigo 25 as seguintes disposições:

“Proteção judicial

§1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

§2. Os Estados Membros comprometem-se.

§3. A assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso.

§4. A desenvolver as possibilidades de recurso judicial.

§5. A assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.<sup>167</sup>

Como visto, os artigos transcritos trazem diretamente a previsão do amparo na ordem internacional. Já de modo indireto, pode-se afirmar que a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ocorrida em Roma, no ano de 1950, trouxe em seu artigo 13, instituto similar ao amparo, ao tratar do direito a um recurso efetivo: “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais”.<sup>168</sup>

Diante do exposto, conclui-se que o estudo do direito de amparo deve levar em conta uma análise mais ampla. E é com base nisso que Fix-Zamudio critica em parte os juristas mexicanos,

<sup>165</sup> Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/declaracao/declaracao\\_univ.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/declaracao/declaracao_univ.html)>. Acesso em 06 de setembro de 2007.

<sup>166</sup> Disponível em: <[www.article19.org/work/regions/latin-america/FOI/pdf/onu-pacto\\_inter.dir.civ.pol.pdf](http://www.article19.org/work/regions/latin-america/FOI/pdf/onu-pacto_inter.dir.civ.pol.pdf)>. Acesso em 06 de setembro de 2007.

<sup>167</sup> Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema\\_inter/texto/texto\\_5.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Sistema_inter/texto/texto_5.html)>. Acesso em 06 de setembro de 2007.

<sup>168</sup> Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/Basic+Texts/The+European+Convention+on+Human+Rights+and+its+Protocols/>>. Acesso em 06 de setembro de 2007.

atribuindo-lhes a cegueira no que diz respeito à evolução de institutos estrangeiros e, com isso, a limitação dos estudos em um âmbito nacional, em razão do grande orgulho quanto ao instituto em comento e do esquecimento das influências recíprocas que outros ordenamentos jurídicos podem exercer sobre o mexicano.<sup>169</sup>

Com isso, conclui que a doutrina mexicana deveria ter realizado trabalhos de cunho comparatista entre o *juicio de amparo* e outros institutos similares em outros países, principalmente os países latino-americanos.<sup>170</sup> O mesmo não ocorre em outros países, como no Brasil, pois devido à relação do amparo com o mandado de segurança surgiu um grande interesse em seu estudo, podendo citar a análise comparativa de Alfredo Buzaid, denominada de “Juicio de amparo e mandado de segurança”.

Como vantagens desse estudo comparatista, Fix-Zamudio aponta as seguintes: harmonização ou unificação de institutos similares na América Latina, formando bases gerais para a tutela dos direitos fundamentais por meio do amparo; aproximação científica para o que se pode denominar de “jurisdição constitucional da liberdade”; e a existência de uma disciplina científica que estude o amparo em toda a América Latina.<sup>171</sup>

Em resumo, o *juicio de amparo* mexicano foi fundamental para a expansão desse instituto que visa a proteger os direitos e garantias fundamentais. Diante disso, com o intuito de realizar um estudo comparatista entre institutos, abarcando o ordenamento jurídico que influenciou sobremaneira a criação da ADPF no Brasil, elegeu-se o recurso de amparo espanhol para tanto.

### 3.2 ESPANHA

Feito esse retrospecto histórico acerca do *juicio de amparo* mexicano, é possível passar a um estudo mais apurado do recurso de amparo espanhol, considerando que o *juicio de amparo* mexicano exerceu grande influência no desenvolvimento do amparo não só na América Latina, mas também na Espanha. Depois da exposição sobre os antecedentes e sobre a evolução do amparo espanhol, trata-se de seus aspectos no ordenamento jurídico espanhol.

---

<sup>169</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 134-135.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 150-151.

### 3.2.1 Antecedentes do Recurso de Amparo

Apesar de a previsão do recurso de amparo não ser obrigatória para o modelo de justiça constitucional concentrada, tal instituto foi adotado pelo ordenamento jurídico espanhol, com auxílio da tradição constitucional espanhola e da cultura do amparo.

O *juicio de amparo*, como visto, sofreu influência externa dos Estados Unidos, da França e da Espanha. Quanto à influência espanhola, pode-se dizer, assim como fez Fix-Zamudio, que é a mais penetrante, especialmente ao se levar em consideração que o México sofreu, por três séculos, dominação política e cultural hispânicas, chegando a ser denominado de Nova Espanha. Além disso, a Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, teve vigência no México entre os anos de 1812 e 1820.

Ocorre que, posteriormente à consolidação do *juicio de amparo*, o mesmo teve grande expansão e acabou, por sua vez, influenciando o direito espanhol. Com isso, extrai-se a seguinte conclusão: num primeiro momento, o direito espanhol influenciou no surgimento do amparo mexicano, que, num segundo momento, influenciou a criação do amparo espanhol. Diz-se, portanto, que um sistema jurídico exerceu influência sobre o outro, e vice-versa.

Com isso, cresceu o interesse no estudo do amparo mexicano pelos espanhóis, considerando que as idéias relacionadas ao instituto estiveram presentes na Constituição espanhola de 1931 e na Lei do Tribunal de Garantias Constitucionais – apesar de não terem tido grande uso nesse período, devido à guerra civil e ao regime franquista –, e mais recentemente, na Constituição de 1978, que prevê o recurso de amparo em seu artigo 53 para a tutela das liberdades e direitos fundamentais e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de 1979.

Ao se falar em tradição constitucional, pode-se citar a competência do Tribunal de Garantias Constitucionais da Segunda República, com competência para julgar o recurso de amparo, bem como os precedentes remotos do amparo, dentre eles, o *Justicia Mayor de Aragon*, ainda que de modo indireto.<sup>172</sup> Por sua vez, a cultura do amparo consiste, segundo Pablo Pérez Tremps, em “[...] concebir el recurso de amparo como un mecanismo de protección de derechos muy arraigado en el mundo jurídico de lengua hispana, por más que los modelos de “amparo” existentes en los distintos países latinoamericanos sean muy distintos entre sí”.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> TREMPS, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 22-23.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 22.

### 3.2.2 Surgimento do Amparo na Espanha

Como exposto, o direito mexicano e o direito espanhol exerceram influências recíprocas entre si, pois enquanto a legislação espanhola influenciou o surgimento do amparo mexicano, este também exerceu influência no amparo espanhol.<sup>174</sup> Sobre a existência de eventuais dúvidas acerca do ascendente do amparo espanhol, Fix-Zamudio bem recorda que no anteprojeto que serviu de base para as discussões do Constituinte de 1931, não se falava em recurso de amparo, mas sim em *juicio de amparo*, quando restar ineficaz a gestão ante outras autoridades.<sup>175</sup>

A Constituição de Cádiz, de 1812, limitou, enfim, os poderes reais, mas sem a previsão de um instrumento jurídico que pudesse ser utilizado pelos indivíduos com o intuito de preservar as garantias previstas constitucionalmente contra os atos de autoridades que as violassem. Em termos gerais, isso foi mantido nas Constituições de 1837 e 1845, esta suspensa em 1854 pelos militares, sendo que tanto a Constituição de 1869 como a de 1876 trouxeram uma lista de direitos fundamentais para os espanhóis. Por sua vez, a primeira Constituição republicana, de 1931, estabeleceu, ao lado dos direitos fundamentais, meios para a sua proteção, especialmente com a criação de um Tribunal de Garantias Constitucionais.<sup>176</sup>

Ocorre que em 1936 a Espanha sofreu um golpe de Estado, implementando-se, a partir daí, o regime franquista, quando foi expedido um documento denominado de *Fuero de los Españoles*, que trazia os principais direitos a serem oponíveis perante o poder público, ao lado de inúmeras restrições, que prejudicaram a sua efetividade.<sup>177</sup>

Na vigência da Constituição de 1931 o amparo tinha previsão nos artigos 105 e 121, *b*, que previam a organização de Tribunais de Urgência para efetivar o direito de amparo das garantias individuais, bem como estabeleciam o Tribunal de Garantias Constitucionais com competência para conhecer do recurso de amparo, quando a reclamação houvesse sido ineficaz diante de outras autoridades, respectivamente.<sup>178</sup> O recurso de amparo podia ser interposto pela pessoa que se considerasse “agraviada” – terminologia usada no Direito mexicano – bem como por qualquer

---

<sup>174</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 236.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>176</sup> BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 1962. p. 48-49.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>178</sup> Artículo 105. La ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales. Artículo 121. Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: [...] b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. Disponível em: <[www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_193\\_1.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_193_1.pdf)>. Acesso em 12 de setembro de 2007.

ciudadano ou pessoa jurídica, sendo que o procedimento deveria ser breve, além de permitir a suspensão do objeto do recurso.<sup>179</sup>

Durante o regime franquista não houve o desaparecimento do amparo, apesar de ter sido “[...] reducido a una mínima expresión, por supuesto que perdiendo su carácter de instrumento específico para la tutela de los derechos humanos, lo que resulta explicable en un régimen político autoritario, ya que solo tuvo aplicación dentro del sistema sindical, de carácter corporativo y vertical, para la impugnación de actos muy concretos de organismos gremiales”.<sup>180</sup> Assim, o amparo era direcionado aos Tribunais de Amparo da Organização Sindical, mas que não possuíam natureza jurisdicional, o que fazia com que o amparo fosse visto como um recurso administrativo de caráter interno da organização sindical.<sup>181</sup>

Com a restauração do regime democrático passou a haver uma ampliação do instituto do recurso de amparo na Espanha. Atribui-se como causa à característica garantista da Constituição espanhola, no que tange aos direitos fundamentais, a cultura europeia do pós-guerra e, em especial, ao fim do regime franquista, em razão do grande desrespeito a tais direitos nesse período. Com isso, além de cumprir uma função de garantia, o recurso de amparo deve servir como um instrumento de modo a inserir os valores constitucionais das liberdades e de direitos na ordem jurídica.

Assim, a Constituição espanhola de 1978 passou a prever esse instituto nos seguintes artigos:

“Artículo 53, inciso 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.<sup>182</sup>

“Artículo 161, inciso 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer. [...] b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2, de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca.

Artículo 162, inciso 1. Están legitimados: [...] b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 253-254.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 255-256.

<sup>182</sup> Disponível em: <[http://noticias.jurisdicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t1.html#c4](http://noticias.jurisdicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#c4)>. Acesso em 12 de setembro de 2007.

<sup>183</sup> Disponível em: <[http://noticias.juridics.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t9.html](http://noticias.juridics.com/base_datos/Admin/constitucion.t9.html)>. Acesso em 12 de setembro de 2007.

Ao se comparar a Constituição de 1931 à Constituição de 1978, observa-se que naquela o amparo era processado em duas instâncias, quais sejam, o Tribunal de Urgência e o Tribunal de Garantias Constitucionais, enquanto nesta o recurso de amparo passa a ser direcionado diretamente ao Tribunal Constitucional, em única e última instância. Ademais, a amplitude de proteção do recurso de amparo não é a mesma nessas duas ordens constitucionais, visto que a Constituição vigente de 1978 divide os casos de cabimento do *habeas corpus*, utilizado para tutelar a liberdade pessoal, daqueles previstos para o recurso de amparo.

O recurso de amparo tem previsão no ordenamento jurídico espanhol não apenas na Constituição, em seus artigos 53.2, 161.1.b, 162.1.b, como já afirmado, mas também na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional 2/1979, com as alterações posteriores; em outras leis, como a Lei Orgânica 5/1985, do Regime Eleitoral Geral; e em acordos do Tribunal Constitucional.

Cabe acrescentar que em razão do dispositivo do artigo 161.1.b, da Constituição, que viabilizou uma abertura ao legislador, quando fala em “*en los casos y formas que la Ley establezca*”, surgiram duas interpretações: o legislador poderia até suprimir o recurso de amparo, diante da ampliação de seus poderes; e o legislador deve se limitar à margem exposta pelo artigo, sendo que o recurso de amparo depende apenas da vontade do poder constituinte. Pablo Pérez Tremps, por se filiar a essa segunda corrente, se posiciona no sentido de que ao legislador compete apenas concretizar a configuração pessoal do recurso de amparo, não podendo suprimir tal instituto.<sup>184</sup>

Tem-se, ainda, que o recurso de amparo não serve como via a proteger qualquer direito fundamental subjetivo nem a proteger genericamente a Constituição espanhola. Assim sendo, a margem de proteção do recurso de amparo engloba os direitos previstos do artigo 14 ao artigo 30, da Constituição, deixando aos demais direitos a proteção por via do recurso ou por via questão de inconstitucionalidade.

Sobre eventual questionamento se o recurso de amparo asseguraria todo o conteúdo dos artigos citados, tem-se que o Tribunal Constitucional espanhol vem excluindo algumas questões pontuais, sob o fundamento de que o recurso de amparo protege tanto direitos como liberdades, mas não realidades jurídicas. Assim, o tribunal já decidiu de modo a excluir do âmbito de proteção do recurso de amparo o dever de colaboração do Estado com a Igreja Católica (artigo

---

<sup>184</sup> TREMPs, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. 2004. p. 33.



16.3), princípios relativos ao sistema penitenciário e punitivo (artigo 25.2) e algumas matérias relacionadas ao direito à educação, dentre outros (artigo 27).<sup>185</sup>

O rol do artigo 53.2, da Constituição Espanhola, que traz os direitos protegidos pelo recurso de amparo, deve ser entendido como exaustivo, limitando o legislador a se limitar a dizer quais atos são recorríveis por meio do amparo e quais são os requisitos processuais para tanto, não podendo reduzir essa garantia dos cidadãos. Teoricamente, discute-se se tais direitos poderiam ser ampliados, mas Pablo Tremps entende que é preciso se ater aos direitos elencados no dispositivo citado, e, caso se pretenda proteger outros direitos constitucionalmente garantidos, não haverá qualquer impedimento para que isso seja feito por meio da criação de um novo recurso pelo legislador.<sup>186</sup>

### 3.2.3 Aspectos do Recurso de Amparo

Apesar de o recurso de amparo se destacar como uma parte marcante do sistema constitucional espanhol, esse instrumento é apontado como um dos maiores problemas pelos quais passa a Justiça Constitucional espanhola, em razão da grande carga de trabalho imputada ao Tribunal Constitucional.<sup>187</sup>

Pablo Tremps aponta alguns dados de modo a confirmar essa assertiva no período de tempo contado da criação do Tribunal Constitucional até 31 de dezembro de 2002: a) dos assuntos que ingressaram no Tribunal, 96,58% tratam do recurso de amparo; b) dentre os recursos de amparo resolvidos nesse período, apenas 6,36% foram resolvidos por sentença; c) e das sentenças proferidas, apenas 50,57% tiveram uma sentença total ou parcialmente avaliada. Diante desse quadro, cabe mencionar que a Espanha já foi condenada por retardar a distribuição da justiça, inclusive a jurisdição do amparo, pelo Tribunal Constitucional Europeu de Direitos Humanos. Ainda assim, apesar da implementação de reformas de modo a simplificar o procedimento com o objetivo de aliviar a carga de trabalho do Tribunal Constitucional espanhol, essas alterações não se mostraram suficientes para tanto.<sup>188</sup>

Dentre as características básicas do recurso de amparo espanhol, apontam-se as de ação processual extraordinária, subsidiária, flexível e definitiva, havendo ressalvas quanto a esta

---

<sup>185</sup> TREMP, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. 2004. p. 50-51.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 23.

última característica.<sup>189</sup> Apesar do uso da terminologia “recurso”, Pablo Tremps defende que se trata de verdadeira ação autônoma, pois não “[...] representa en términos estrictos la reproducción de una acción dentro de un proceso ante un órgano superior de un determinado orden jurisdiccional – característica básica de los recursos ordinarios –, sino que se sustancia ante un órgano ajeno al Poder Judicial como es el Tribunal Constitucional y con un objeto concreto y determinado: garantizar un derecho fundamental”.<sup>190</sup>

Fix-Zamudio levanta dois questionamentos sobre o recurso de amparo espanhol. A um, trata da natureza jurídica desse procedimento, pois se é realmente um processo constitucional, não haveria motivos para que não se considerasse o primeiro juízo como um verdadeiro processo de amparo, como ocorreu na Constituição de 1931 com os Tribunais de Urgência, tendo em vista que é preciso esgotar previamente as instâncias dos tribunais ordinários para posteriormente interpor o recurso de amparo. A dois, não resta muito claro ao autor se o procedimento prévio deveria ocorrer em todos os graus da jurisdição ordinária, com a possibilidade de chegar ao Tribunal Supremo o recurso de cassação, afirmando que ao entender dessa forma seria o mesmo que retardar indefinidamente o uso desse remédio.<sup>191</sup>

O sistema constitucional espanhol pauta pela eficácia direta das normas constitucionais, fazendo com que todos os juízes e tribunais primem pela tutela desses direitos. Com isso, apenas quando a busca por essa tutela se mostrar insatisfatória é que se deverá buscar o Tribunal Constitucional por meio do amparo. Assim, o objeto do recurso de amparo poderá coincidir total ou parcialmente com o que foi objeto na ação perante os juízes e tribunais ordinários, o que se dá em razão da subsidiariedade. Cabe acrescentar que o esgotamento apenas seria exigível quando realmente existirem remédios ante os juízes e tribunais ordinários e, ainda, que esses remédios se mostrem viáveis. O caráter extraordinário do recurso de amparo decorre tanto do fundamento quanto da finalidade da ação, que é a de garantir certos direitos fundamentais. Já no que diz respeito à flexibilidade, esta se refere à interpretação que recairá sobre os requisitos formais do recurso de amparo, ou seja, deve viabilizar ao máximo a tutela dos direitos fundamentais, mas sem violar outros direitos, como os de terceiros, bem como a segurança jurídica.<sup>192</sup>

Por fim, o recurso de amparo é o último instrumento processual cabível para a defesa dos direitos fundamentais no âmbito interno, até porque a decisão a ser proferida pelo Tribunal

---

<sup>189</sup> TREMPs, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. 2004. p. 24.

<sup>190</sup> Cf. Nota 189, p. 72.

<sup>191</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. 1993. p. 259.

<sup>192</sup> TREMPs, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. 2004. p. 25-26.

Constitucional é irrecorrível e faz coisa julgada no dia seguinte ao de sua publicação, além de produzir efeitos contra todos, de acordo com o artigo 164.1, da Constituição de 1978.<sup>193</sup>

Entretanto, o mesmo não ocorre no âmbito externo pelo fato de a Espanha ser signatária de Convenções e Tratados Internacionais, cujo objeto é a proteção dos direitos humanos, dentre eles, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Públicas, firmada em Roma no ano de 1950. Além disso, o objeto dessa convenção também é assegurado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Para uma melhor compreensão, pode-se diferenciar o âmbito de proteção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional espanhol, pois enquanto aquele tem como parâmetro a Convenção Européia e é, em certo sentido, revisor da prévia atuação do Tribunal Constitucional, este tem como parâmetro a Constituição espanhola.

A natureza do recurso de amparo é dúplice, pois visa a tutelar os direitos constitucionalmente garantidos, como instrumento processual de proteção de situações subjetivas, e serve de instrumento de garantia e interpretação da Constituição Espanhola, dotado de dimensão objetiva. Destaca-se que as dimensões subjetiva e objetiva não se contrapõem, o que advém da própria estrutura dúplice dos direitos fundamentais, que são vistos sob dois ângulos ou perspectivas, quais sejam: como uma norma objetiva, formando a base de todo o ordenamento jurídico e influenciando a atuação do Poder Público na concretização dos direitos fundamentais; e como direito subjetivo, sendo resguardado ao seu titular a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional em face de determinada pessoa.

Diante disso, Pablo Tremps lembra que “[...] el Tribunal ha vuelto sobre esta idea de la doble naturaleza del recurso de amparo, desarrollándola y extrayendo de la misma consecuencias procesales, como es que el interés ‘objetivo’ de un asunto puede llevar al Tribunal a pronunciarse sobre el mismo aunque haya quedado sin objeto como consecuencia de una satisfacción extraprocesal”.<sup>194</sup> Mas, como afirmado, uma dimensão não pode excluir a outra, podendo haver a preponderância de uma sobre a outra, e, por isso, a defesa da Constituição deve ter por base um direito subjetivo concreto.

---

<sup>193</sup> Veja-se: “Artículo 164.1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t9.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t9.html)>. Acesso em 17 de setembro de 2007.

<sup>194</sup> TREMP, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. 2004. p. 30.

Além do que já foi exposto anteriormente, restou tratar um pouco mais detalhadamente do Tribunal Constitucional, considerando a sua função de guardião da Constituição Espanhola e de máximo intérprete da Constituição. É formado por doze membros nomeados pelo Rei, designados para um período de nove anos, com renovação a cada três anos, sendo que desse total, em observância ao artigo 159.1, da Constituição: quatro membros são propostos pelo Congresso, por votação de maioria de três quintos; quatro membros são votados pelo Senado, por igual maioria; dois membros são propostos pelo Governo; e dois membros são propostos pelo Conselho Geral do Poder Judiciário.

Ademais, destaca-se o seu papel de delimitar o alcance dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, do recurso de amparo. Com isso, “por un lado posee la última palabra sobre los asuntos que se plantean ante la jurisdicción ordinaria en materia de derechos fundamentales, Por otro, tiene la función de reinstaurar el Ordenamiento constitucional en aquellos casos en los que una norma viole alguna disposición constitucional que los afecte”.<sup>195</sup> O artigo 10.2, da Constituição, é uma importante fonte no momento de concretização do alcance dos direitos fundamentais, ainda que para incorporar outros direitos acessórios conexos àqueles tratados pelo recurso de amparo, ao dispor que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.<sup>196</sup>

Assim sendo, o Tribunal Constitucional tem estendido a proteção do recurso de amparo a direitos conexos àqueles do artigo 14 ao artigo 30, da Constituição, geralmente de modo a englobar manifestações particulares do direito a que se faz alusão em outros preceitos e extensões do objeto, bem como para integrar conteúdos dos direitos reconhecidos constitucionalmente.<sup>197</sup> A finalidade do recurso de amparo é defender um desses direitos fundamentais previstos nesses artigos, e não todos os direitos fundamentais. Com isso, o recurso de amparo deve servir para proteger uma lesão concreta e real, excluindo meras hipóteses ou alegações.

Em suma, “[...] fuera de los supuestos de conflicto entre derechos fundamentales, el recurso de amparo no puede dar lugar a suscitar simples discrepancias o problemas interpretativos sobre un derecho fundamental si no constituyen en sí mismos lesiones individualizadas de un derecho

<sup>195</sup> PERCES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 536.

<sup>196</sup> Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t1.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html)>. Acesso em 17 de setembro de 2007.

<sup>197</sup> TREMPES, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. 2004. p. 67.

fundamental”.<sup>198</sup> Portanto, o recurso de amparo tem como requisitos a atualidade e a imediatidade da lesão, servindo como ferramenta de defesa dos direitos fundamentais e de controle concreto de constitucionalidade.

### 3.3 ALEMANHA

Semelhante ao amparo hispano-americano, destaca-se o recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), previsto no artigo 93, co. 1, n. 4a, da Lei Fundamental, ao dispor: “Compete ao Tribunal Constitucional Federal decidir [...] sobre reclamações constitucionais que podem ser interpostas por qualquer pessoa sob a alegação de ter sido lesada, por autoridade pública, em seus direitos fundamentais ou nos direitos consagrados no § 4 do artigo 20 ou nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104”.<sup>199</sup>

O objetivo e o efeito político do acesso direto dos cidadãos ao Tribunal Constitucional Federal para a defesa desses direitos era decorrente da necessidade de fugir das tradições do Estado Gendarme após o ano de 1949.<sup>200</sup> Em razão de severas críticas feitas ao recurso constitucional, esse instituto não foi inserido na redação original da Lei Fundamental de 1949, sendo apenas regulado nos artigos 90 e seguintes, da Lei do Tribunal Constitucional Federal, até o momento de sua inserção no texto constitucional em 1969.

Na Alemanha, grandes são os estudos teóricos sobre os direitos fundamentais e farta é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o assunto, sendo que tais fatos podem ser relacionados com a vigência do regime totalitário com o Estado nazista no século passado. Peter Häberle aponta a importância do recurso constitucional para a criação dessa cultura constitucional, por ter contribuído para a interiorização dos direitos fundamentais, tanto de forma processual quanto de forma material, pois o agir conforme a Constituição e os direitos fundamentais estimula a fidelidade à Constituição.<sup>201</sup>

Ao cuidar dos direitos fundamentais e não apenas de litígios federativos ou de órgãos constitucionais, o Tribunal Constitucional Federal atingiu um maior grau de popularidade

---

<sup>198</sup> TREMPS, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. 2004. p. 77.

<sup>199</sup> Disponível em: < [http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art\\_\\_93.html](http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art__93.html)>. Acesso em 03 de março de 2008.

<sup>200</sup> SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Colección “Estudios Constitucionales”. Traducidos por Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 168.

<sup>201</sup> HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Traduzione e presentazione di Antonio D’Antena. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 45.

perante a sociedade. Nesse sentido, o recurso constitucional “[...] desenvolvendo uma importante função de integração civil (mesmo submetido ao perfil da tutela da minoria), fez crescer a aceitação popular da Lei fundamental; ele, além disso, sendo construído como um direito reconhecido a qualquer um (*Jedermannrecht*), produziu, nos conflitos dos órgãos do Estado, um << efeito pedagógico geral >> (K. Zweigert), devido à eficácia vinculante do qual se refere o § 31 *BVergGG*”.<sup>202</sup>

Assim sendo, o recurso constitucional é entendido como um instrumento jurídico extraordinário, que pode ser interposto por qualquer cidadão em razão de lesão aos seus direitos fundamentais diante de atos diretos ou indiretos do Poder Público. Concomitantemente à sua função subjetiva de proteger e de permitir a realização dos direitos fundamentais, tal recurso é dotado de uma função objetiva, qual seja, a “[...] de conservar o Direito Constitucional objetivo e de servir à sua importância e desenvolvimento”.<sup>203</sup>

A legitimação ativa para a interposição do recurso constitucional por expressa previsão do artigo 93, co. 1, n. 4a, da Lei Fundamental, recai em qualquer pessoa que alegue ter sofrido lesão dos direitos expressos no dispositivo em comento por autoridade pública. Nesse caso, o recurso pode ser interposto pelo próprio cidadão ou com intermédio de advogado, sem o pagamento de custas judiciais. Entende-se que o estrangeiro também possui legitimidade para a interposição do recurso, apesar de algumas diferenças em relação aos alemães, sendo que ao tratar de cidadãos da União Européia observa-se uma equiparação aos alemães em medida crescente, desde que nos limites da Constituição alemã.<sup>204</sup>

O objeto do recurso constitucional engloba tanto as ações quanto as omissões do Poder Público, no qual se incluem o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, compreendendo as leis em sentido formal, federais e estaduais, pré-constitucionais e pós-constitucionais; todas as normas jurídicas materiais; atos administrativos, federais, estaduais e municipais; decisões dos tribunais da Federação (salvo do Tribunal Federal, Senados e Câmaras) e dos Estados; e, ainda, a

---

<sup>202</sup> Tradução livre de: “Esso, svolgendo un’importante funzione di integrazione civile (anche sotto il profilo della tutela minoranze), ha fatto crescere l’accettazione popolare della Legge fondamentale; esso, inoltre, essendo costruito come un diritto riconosciuto a chiunque (*Jedermannrecht*), ha prodotto, nei confronti degli organi dello Stato, un <<generale effetto pedagogico>> (K. Zweigert), a causa dell’efficacia vincolante di cui al § 31 *BVergGG*”. HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. 2000. p. 45.

<sup>203</sup> HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 141.

<sup>204</sup> HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. 2000. p. 50-53.

falta desses.<sup>205</sup> No caso da omissão legislativa, Klaus Schlaich aponta que o recurso constitucional apenas será admissível quando houver determinação constitucional para tanto, caso contrário, o cidadão não poderia solicitar por meio de um recurso constitucional que o legislador atuasse.<sup>206</sup>

Segundo Peter Häberle, a jurisprudência alemã criou três pressupostos de admissibilidade para o recurso constitucional, quais sejam, a pessoalidade, a atualidade e a imediatidade da lesão. Cabe acrescentar que o recurso deve ser interposto de forma residual e subsidiária, em que a matéria de fato deve ter sido exaurida pelas vias legais. Entretanto, excepcionalmente, o recurso constitucional é aceito de forma direta, quando a espera pelo exaurimento do processo acarrete um grave e inevitável dano ao recorrente, bem como quando for do interesse de tutela jurídica confiada ao Tribunal Constitucional Federal.<sup>207</sup> Em termos de estatística, Klaus Schlaich coloca que dos três mil recursos constitucionais que foram interpostos apenas 1,13 em cada 100 obteve êxito, e, além disso, a maioria deles têm como objeto decisões judiciais.<sup>208</sup>

Portanto, devido ao sucesso histórico do recurso constitucional, que busca proteger os direitos fundamentais, e a uma ampla cultura de proteção a tais direitos, o Estado constitucional e a sociedade civil ficaram conhecidos, respectivamente, como um Estado de direito fundamental e uma sociedade de direito fundamental, cujos cidadãos têm fixado em sua consciência esse instituto processual.<sup>209</sup>

### 3.4 CUBA

Apesar da ausência de remissão na doutrina pátria quando o tema a ser debatido se refere aos antecedentes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Comparado, interessante notar semelhante instituto jurídico com previsão na Constituição da República de Cuba, datada de julho de 1940 e caracterizada por uma estrutura democrática, republicana e liberal.

---

<sup>205</sup> HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Federal Alemã*. 1995. p. 143-145.

<sup>206</sup> SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. 1984. p. 178.

<sup>207</sup> HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. 2000. p. 55-58.

<sup>208</sup> SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. 1984. p. 169.

<sup>209</sup> HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. 2000. p. 43.

Durante a vigência da Constituição de 1940 fazia parte do Poder Judiciário cubano o Tribunal Supremo de Justiça, órgão dotado de competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis, decretos-leis, decretos, regulamentos, acordos, ordens, disposições e outros atos de qualquer organismo, autoridade ou funcionário. Ademais, o tribunal deveria ser composto por Salas que a lei determinar, e, uma delas, constituiria o Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociales, órgão também competente para julgar os recursos de inconstitucionalidade contra leis, decretos-leis, decretos, resoluções ou atos que neguem, diminuam, restrinjam ou adulterem os direitos e garantias consignados na Constituição de 1940 ou que impeçam o livre funcionamento dos órgãos estatais. Diante da competência do Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociales, o artigo 183, *f*, do texto constitucional, assegurava o direito a toda pessoa individual ou coletiva a recorrer a esse tribunal quando tivesse sido afetada por um ato ou disposição que considere inconstitucional. Nesse sentido, conferir dispositivos da Constituição cubana que tratavam do tema:

“Art. 174. El Tribunal Supremo de Justicia tendrá, además de las otras atribuciones que esta Constitución y la Ley le señalen, las siguientes:

[...]

d) Decidir sobre la constitucionalidad de las Leyes, Decretos-leyes, Decretos, Reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario.

Art. 182. El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales es competente para conocer de los siguientes asuntos:

a) Los recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes, Decretos-leyes, Decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en esta Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado.

Art. 183. Pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales sin necesidad de prestar fianza:

[...]

f) Toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional. Las personas no comprendidas en alguno de los incisos anteriores pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, siempre que presten la fianza que la Ley señale. La Ley establecerá el modo de funcionar el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales y el procedimiento para sustanciar los recursos que ante el mismo se interpongan”.<sup>210</sup>

Entretanto, a Constituição de Cuba de 1940 apenas vigorou por doze anos, quando houve a tomada do poder por Fulgêncio Batista, cujo governo foi marcado pelo uso de métodos ditatoriais e pela tensão política proporcionada pela resistência armada. Com o abandono do governo por Batista, Fidel Castro assumiria o poder de forma pacífica em 1º de janeiro de 1959 e a Constituição de 1940 voltaria a vigor, mas não da forma como era conhecida, já que logo se

<sup>210</sup> Disponível em: <<http://www.parlamentocubano.cu/espanol/leyes/Constituci%F3n%20de%201940.htm>>. Acesso em 26 de janeiro de 2009.



deu início a sucessivas reformas a essa constituição, alterando significativamente a sua essência. Dentre algumas mudanças, destaca-se a suspensão provisória dos artigos 174, *d*, e 182, *a*, a determinadas pessoas, completando o quadro da destruição dos direitos e garantias constitucionais.<sup>211</sup>

Ainda assim, já em 1940 era possível vislumbrar instituto presente no ordenamento jurídico cubano que assegurava recurso diretamente ao Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociais em caso de ato ou disposição que fosse considerado inconstitucional quando afetasse pessoas individuais ou coletivas.

### 3.5 ORIGINALIDADE OU ATIPICIDADE DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Ao longo dos tempos, observou-se a recepção constitucional de diversos institutos estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na união de culturas constitucionais, como ocorreu com o CPC de 1973 influenciado pelo direito napoleônico.<sup>212</sup> Nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior ressalta que “nesse mesmo contexto, é importante frisar que as recepções se dão e se desenvolvem no tempo. Trata-se de perceber o complexo conjunto de situações que resulta na “cultura constitucional” decorrente das opções filosóficas, da experiência histórica e das próprias premissas sociais específicas da nação receptora, em seu contexto social próprio”.<sup>213</sup>

Apesar de ter recebido influências de outros ordenamentos jurídicos, reforça-se a atipicidade ou originalidade da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, podendo ser utilizada tanto para evitar quanto para reparar lesão em caso de descumprimento de preceito fundamental. É, portanto, uma criação do Direito brasileiro, o que não exclui o estudo dos institutos de Direito Comparado, que serviram para influenciar a sua criação, tanto que a Argüição apresenta alguns pontos em comum com os institutos estrangeiros citados anteriormente. É o que expõe André Ramos Tavares, ao afirmar que:

“Essa proximidade ora verifica-se com a indicação de requisitos similares, ora com objetivos similares, mas nunca em plena sintonia com a posição do instituto da argüição. Tratando-se de legítima criação brasileira, nada, pois, encontrar-se-á que seja amplamente aproveitável e que, em sua essência, tenha servido de modelo para o constituinte nacional. Nem por isso, todavia, há de abandonar-se a pesquisa

---

<sup>211</sup> Cf. COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *O Império da Lei em Cuba*. Genebra, 1962. p. 83-96.

<sup>212</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 19-22.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 24.

comparativa, que poderá fornecer importante contribuição, máxime em instituto que, além de novo, ainda não foi utilizado com propriedade”.<sup>214</sup>

Como visto, a Constituição de 1988, em seu artigo 102, § 1º, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a figura da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sem paralelo no Direito Comparado, cujo objetivo é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Apesar disso, a sua origem remonta a uma adaptação do direito alemão e do direito espanhol, considerando a propositura do Recurso Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) e do Recurso de Amparo, respectivamente.

Ao estudar as figuras congêneres à Argüição em outros ordenamentos jurídicos, observa-se que a influência do recurso de amparo espanhol é claramente perceptível ao observar a aplicação do princípio da subsidiariedade em seu procedimento, bem como em sua dúplice função. Quanto a este último aspecto, a despeito de posições em sentido contrário, como se pretende demonstrar, pode-se dizer que a ADPF configura-se num instrumento de defesa da Constituição, tanto em controle concentrado como em incidental concentrado. Destoa, no entanto, do instituto brasileiro, por ter a legitimidade mais ampla, eis que qualquer cidadão que tenha sido lesado em seus direitos fundamentais poderá se valer do recurso de amparo.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o recurso de amparo espanhol ao tratar da aplicação do princípio da subsidiariedade na ADPF, que tem sido atenuado a depender do caso concreto. Pede-se, assim, vênha para transcrever trechos do julgado do STF sobre o tema:

“A esse respeito, destaque-se que a Lei no 9.882/1999 impõe que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4o, § 1o). À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático. De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade - inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão -, contido no § 1o do art. 4o da Lei no 9.882/1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. [...] No direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que "se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía recursal" (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias, "não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis,

<sup>214</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*. 2001. p. 35-36.

senão de todos os recursos razoavelmente úteis" (Almagro, José. *Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2a ed., Valência, 1989, p. 324.). Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional Espanhol: "Al haberse manifestado en este caso la voluntad del órgano jurisdiccional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada, há de entenderse que la finalidad del requisito exigido en el art. 44, 1, 'a', de la LOTC se há cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional conocido" (auto de 11.2.1981, n. 19 Almagro, José. *Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2a ed., Valência, 1989, p.325 ). Vê-se, assim, que também no direito espanhol tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais. Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo. [...]".<sup>215</sup>

Como visto, para a interposição do recurso de amparo espanhol, é preciso que as partes que tiveram seus direitos fundamentais violados recorram primeiramente aos Tribunais ordinários, onde se observa uma grande semelhança com o recurso constitucional alemão, com algumas peculiaridades. O amparo é utilizado de forma subsidiária, ou seja, apenas após o prévio esgotamento das medidas judiciais cabíveis para a tutela dos direitos fundamentais é que o indivíduo poderá se utilizar do recurso de amparo se entender que seu direito ainda se encontra violado.

Portanto, ao dispor que deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva na regulamentação da ADPF, o Supremo Tribunal Federal vem interpretando de forma não literal o requisito da subsidiariedade previsto na Lei de n.º 9.882/99, em seu artigo 4º, §1º. O mesmo já vinha ocorrendo na Espanha, onde mesmo havendo previsão da subsidiariedade na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, o Tribunal Constitucional atenuava esse pressuposto para o cabimento do recurso de amparo.

O tratamento conferido ao recurso constitucional alemão também se aproxima da ADPF ao se observar seu duplo aspecto, buscando tanto a tutela de direitos objetivos quanto de direitos subjetivos, bem como pela presença do requisito da subsidiariedade. Cabe acrescentar que apesar de também exigir o prévio esgotamento das vias judiciais, pode ser resolvido imediatamente se for de importância geral, ou, ainda, se acarretar um prejuízo grave e inevitável.<sup>216</sup> Afasta-se, da mesma forma, do instituto brasileiro no que diz respeito à legitimidade popular ativa. Por sua vez, Uadi Lammêgo Bulos recorda que em alguns casos o recurso constitucional alemão é

<sup>215</sup> ADPF 76/TO; Rel. Min. GILMAR MENDES; J. 13/02/2006; DJ 20/02/2006.

<sup>216</sup> SEGADO, Francisco Fernández. El Recurso de Amparo como vía de articulación funcional y, a la par, de generación de conflictos entre el Tribunal Constitucional y el complejo orgánico del Poder Judicial en España. *Revista de Direito Constitucional e Internacional e Ciência Política*, n. 49, ano 12, p. 243-292, outubro-dezembro de 2004. p. 259-260.

utilizado para impugnar decisões judiciais como um instrumento de defesa das liberdades, de forma semelhante ao Mandado de Segurança brasileiro, mas sem a restrição quanto aos direitos líquidos e certos.<sup>217</sup>

Ademais, é possível observar uma aproximação do recurso de amparo espanhol com o recurso constitucional alemão ao serem regulados por um procedimento simples e breve, destinado a proteger os direitos fundamentais. Já no Brasil, apesar da previsão legal de um procedimento breve e com alguns prazos determinados, o processamento pelo STF das ações de controle concentrado de constitucionalidade, inclusive da Argüição, pode perdurar por anos.

Desse modo, observa-se que o amparo espanhol e o recurso constitucional alemão foram de grande importância ao influenciarem a criação e a regulamentação da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado de outros institutos do Direito Comparado que não coube aqui mencionar. Tanto isso é correto que no projeto da Lei n.º 9.882/99, que regulamenta a ADPF, havia a previsão para o ajuizamento da ADPF por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, como é feito de modo similar na Espanha e na Alemanha, o que veio a ser vetado posteriormente – isso sem mencionar a aplicação do princípio da subsidiariedade.

---

<sup>217</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2009. p. 235.

## 4 CONSIDERAÇÕES SOBRE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A análise levada a cabo busca traçar um panorama geral sobre os aspectos processuais da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Para tanto, antes é preciso delimitar o que se entende por preceito fundamental e subsidiariedade da ação. Com isso, passa-se ao estudo das modalidades de Argüição apontadas pela doutrina brasileira, atribuindo um maior enfoque à Argüição como sucedâneo recursal; dos objetos sobre os quais recai a tutela da ADPF, principalmente no que diz respeito ao ente municipal; e, por fim, ao procedimento da Argüição disposto na Lei de n.º 9.882/99.

### 4.1 CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A palavra preceito, derivada do latim *praeceptum*, traz a idéia de regra de comando ou ordem dada como regra de conduta. Na seara normativa, o termo “preceito” é utilizado pelo legislador constituinte nos artigos 17, *caput*, 29, *caput*, 102, § 1º e 227, § 1º, *in verbis*:

“Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes *preceitos*:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes *preceitos*:

I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País;

II - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;

III - posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição;

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

- a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

VII - o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do Município;

VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

X - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembléia Legislativa;

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

XI - organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal;

XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

XIII - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;

XIV - perda do mandato do Prefeito, nos termos do art. 28, parágrafo único.

102, § 1.º A arguição de descumprimento de *preceito* fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

227, § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes *preceitos*:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos". (destacou-se)

Observa-se que nos artigos 17, 29 e 227, § 1º, todos da CF, o legislador constituinte elencou o que deveria ser conceituado como preceito, de modo a facilitar seu cumprimento. Portanto, enquanto no artigo 17, da CF, pode-se considerar preceito como a prestação de contas à Justiça Eleitoral, no artigo 227, § 1º, da CF, é possível compreender preceito como a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil.

Ocorre que os significados atribuídos aos preceitos constantes dos artigos 17, 29 e 227, § 1º, todos da CF, não se assemelham com aquele presente no artigo 102, § 1º, da CF, que prevê a

ADPF no ordenamento jurídico pátrio, a começar pelo fato de que neste dispositivo o preceito é tido como fundamental e decorrente da Constituição. Diante disso, não é possível pretender atribuir a mesma definição de preceito constante dos artigos 17, 29 e 227, § 1º, todos da CF, àquela necessária para o ajuizamento da Arguição.

Em relação à ADPF, Dirley da Cunha Júnior conceitua o preceito fundamental como a norma constitucional voltada a preservar a ordem política e jurídica do Estado, seja ela norma-princípio ou norma-regra, mas que tragam em si os valores supremos e indispensáveis de uma sociedade.<sup>218</sup> Observa-se que o autor se filiou à maioria da doutrina ao classificar a norma jurídica em norma-princípio e em norma-regra – teoria esta que teve como um de seus expoentes Robert Alexy. No entanto, existem doutrinadores que postulam pela existência dos enunciados. É sobre essa temática que se ocupa, ainda que brevemente, com o intuito de melhor delimitar os preceitos fundamentais.

A partir de sua teoria acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais, Robert Alexy conclui que no plano deontológico, referente ao dever-ser traduzido nos modais de dever, permissão e proibição, as normas são divididas entre princípios e regras. O critério básico de diferenciação dessas espécies de normas se encontra no grau de generalidade e na área qualitativa, sendo que os pontos conflitantes são mais perceptíveis quando houver colisão entre princípios e conflito entre regras.<sup>219</sup>

Tendo em vista o maior grau de generalidade dos princípios, é possível que entre eles surja uma colisão, que deve ser solucionada por meio do sopesamento de interesses em um caso concreto, quando um princípio precederá ao outro em algumas condições. A partir daí, o autor conceitua princípios como “[...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.<sup>220</sup>

Por outro lado, o conflito de regras pode ser resolvido com a inserção de uma cláusula de exceção ou com a declaração de uma regra como inválida. Dado esse caráter mais restrito, Robert Alexy define as regras como “[...] normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.

<sup>218</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 441-442.

<sup>219</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 91-94.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 90.

Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.<sup>221</sup>

Nesse ínterim, vale destacar o importante papel que os princípios gerais de direito vêm ocupando para a manutenção da unidade de um sistema jurídico. Alchourrón e Bulygin apontam que para os filósofos do direito uma das tarefas mais importantes da ciência jurídica é a descrição do direito positivo e sua apresentação de forma sistemática. Ao fazer isso, observa-se que um sistema pode apresentar alguns defeitos, como a lacuna, a contradição e a redundância, acarretando na necessidade da reformulação de um sistema de modo a reduzir ou a extirpar tais defeitos. Antes dessa sistematização, é preciso que o jurista identifique os enunciados válidos que compõem a base axiológica do sistema e selecione aqueles que tenham relação com a matéria escolhida (conseqüências normativas). É a partir daí que os defeitos serão percebidos, caso existam, podendo passar à reformulação do sistema. Para tanto, é preciso que se elabore uma base nova para o sistema, caracterizada por ser mais reduzida e por ser composta de normas mais gerais – abarcando a solução para um maior número de casos –, mas sempre mantendo as mesmas conseqüências da base anterior, sob pena de não configuração da reformulação e da conseqüente criação de uma nova base. A mesma sistemática de elaboração de normas mais gerais, utilizada para a reformulação, vale para a elaboração da parte geral de determinada matéria, bem como para a extração dos princípios gerais de direito, que se diferenciam daquela por serem dotados de uma maior generalidade e aplicáveis a mais de uma matéria.<sup>222</sup>

Seguindo a linha de pensamento de Robert Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho também pontua que o sistema normativo é formado por regras e por princípios, no qual estes ocupam o papel de fundamento das regras jurídicas e de “ligar” o sistema constitucional.<sup>223</sup>

Da mesma forma, Jorge Miranda classifica as normas jurídicas em normas-regras e em normas-princípios, apontando para a precedência destas em relação às aquelas.<sup>224</sup> Acerca dos princípios, o autor os classifica em duas espécies: a) princípios constitucionais substantivos, que traduzem os valores básicos da Constituição material, subdivididos em princípios axiológicos fundamentais, correspondentes aos limites transcendentais do poder constituinte – que remetem ao princípio da

---

<sup>221</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2008. p. 91.

<sup>222</sup> Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 5. reimpressão. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006. p. 118-130.

<sup>223</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1162-1163.

<sup>224</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 263.



dignidade humana – e em princípios político-constitucionais, equiparados aos limites iminentes do poder constituinte, aos limites da revisão constitucional e os princípios conexos ou derivados que traduzem as opções de cada regime; b) princípios constitucionais instrumentais, que são complementares aos princípios constitucionais substantivos ao permitirem a estruturação do sistema constitucional, como o princípio da competência e o princípio do paralelismo das formas.<sup>225</sup>

Cabe destacar que tratando de sistema normativo como conjunto de normas, Alchourrón e Bulygin colocam que seria possível pensar que todos os enunciados desse conjunto seriam normativos. Entretanto, apontam para a existência de enunciados pertencentes ao sistema jurídico que não se configuram como normas, sem trazer em seus comandos quaisquer obrigações, proibições e permissões.<sup>226</sup> São, portanto, enunciados que buscam definir palavras, declarações políticas e regras conceituais, como o artigo 242, § 2º, da CF, ao estabelecer que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Na doutrina é comum o uso da palavra “preceito” como regra de proceder ou como norma-regra. Apesar de sua origem portuguesa, interessante notar que Jorge Miranda utiliza o termo “preceito” desvinculado do significado de “princípio”, como é possível extrair a partir da leitura de dois pequenos trechos de sua obra: “E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos”<sup>227</sup> e “[...] sobretudo, tem de ser assim na consideração da Constituição material como núcleo de princípios e não de regras, preceitos ou disposições”.<sup>228</sup>

Apesar de “preceito fundamental” ser um instituto constitucional impreciso, por não ter sido definido pela Constituição nem pela Lei n.º 9.882/99, restou à doutrina e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal realizar tal tarefa. No anteprojeto inicial da Comissão Celso Bastos, que deu origem ao projeto de lei final da futura Lei n.º 9.882/99, constava um rol aberto de preceitos fundamentais. Apesar de tal previsão ter sido objeto de veto, interessante notar que constavam como preceitos: soberania nacional, estado democrático de direito, separação e harmonia entre os poderes, dignidade dos poderes, dignidade da pessoa humana, isonomia, não-

<sup>225</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II. 2007. p. 269-271.

<sup>226</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2006. p. 97.

<sup>227</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II. 2007. p. 262.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 264.

subalternização das funções jurisdicionais, legalidade e moralidade administrativas, busca da economicidade na administração e acesso ao judiciário e ampla defesa.<sup>229</sup>

Observa-se, portanto, grande semelhança com o que restou entendido até hoje na maioria da doutrina acerca de quais preceitos constitucionais seriam considerados fundamentais, a qual considera como preceitos fundamentais os princípios fundamentais do Título I da CF (artigo 1º ao 4º); os direitos e garantias fundamentais; os princípios constitucionais sensíveis (que ensejam a propositura da ADI interventiva); e as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da CF).<sup>230</sup>

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não admitir supremacia entre normas constitucionais, em observância ao princípio da unidade, não se pode esquecer que a Constituição é dotada de normas com caráter estrutural e de maior ou menor carga axiológica e, neste caso, contém princípios com carga valorativa diferenciada a depender do bem jurídico que se tem em conta. Portanto, deve-se sempre analisar o objeto em comento para definir preceito fundamental, que possui caráter de mutabilidade, podendo trazer conseqüências mais ou menos gravosas para o sistema jurídico.

Assim sendo, em relação à ADPF, o legislador brasileiro parece ter caminhado em sentido contrário à definição de preceito como norma-regra, podendo citar como parâmetros para a Argüição, seja ela autônoma ou incidental, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a soberania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, o voto direto, secreto, universal e periódico, a forma federativa de Estado, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Com isso, observa-se que tais preceitos seriam imprescindíveis à ordem constitucional vigente, até porque formam a sua essência.

No mesmo sentido, Daniel Sarmento afirma que o legislador andou bem ao não elaborar um rol taxativo dispondo quais seriam os preceitos fundamentais, por acomodar mais facilmente as constantes e velozes mudanças no mundo dos fatos, além de conferir a este maior

---

<sup>229</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 25.

<sup>230</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2009. p. 266-273; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 443; MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 117; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2000. p. 296; MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. 2007. p. 80.

maleabilidade.<sup>231</sup> Conseqüentemente, o Supremo exercerá sua função de guardião da Constituição com ampla margem de discricionariedade para definir o parâmetro de controle na ADPF, definindo uma hierarquia axiológica entre os preceitos constitucionais.

Entretanto, apesar de não haver delimitação legal do que seria compreendido como preceito fundamental para fins de propositura da ADPF, as construções doutrinárias e jurisprudenciais na definição dessa idéia geraram um novo problema, qual seja, a definição do que se entende majoritariamente por preceito fundamental recaiu em outra parte aberta, como os direitos e as garantias constitucionais.

Na prática, toda a reconstrução dessa definição apenas trará conseqüências para o sistema jurídico quando for realizada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente para o julgamento da ADPF. E é nesse ponto que se destaca a importância da doutrina, que vem contribuindo para o direcionamento do que seria considerado como preceito fundamental e que muitas vezes é utilizada como balizamento para as decisões proferidas pelo STF.

Como se verá em capítulo próprio, até o momento foram julgadas três ADPF's com resolução de mérito, as quais tinham como preceitos fundamentais os fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, da CF), o direito ao salário mínimo e proibição de sua vinculação para qualquer fim (artigo 7º, IV, da CF), a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil (artigo 18, da CF), o federalismo, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato (artigo 14, § 9º, da CF).

Dentre as ADPF's que aguardam julgamento ou que foram extintas sem resolução de mérito foram apontados pelos argüentes como preceito fundamental, dentre outros: autonomia municipal; isonomia; direito de ação; direitos políticos; objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; gestão democrática do ensino público, na forma da lei; autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades; direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, da CF); independência do Poder Judiciário e garantias da magistratura; princípio do juiz natural; inamovibilidade para os magistrados; igualdade; impessoalidade; moralidade administrativa; unicidade sindical; direitos sociais; ato jurídico perfeito; busca pelo pleno emprego; direitos adquiridos; direito à saúde; valor social do trabalho; desenvolvimento nacional; razoabilidade; direito de propriedade; direito ao meio ambiente;

---

<sup>231</sup> SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 91.

direitos dos consumidores; direito de greve; manifestação de pensamento; dignidade humana e segurança jurídica.

#### 4.2 SUBSIDIARIEDADE

Ressalta-se, ainda, o caráter de subsidiariedade da ADPF, pelo qual somente terá cabimento após o esgotamento de outros meios de controle para afastar lesão a preceito fundamental, por expressa previsão do artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, *in verbis*: “Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Acerca do requisito de subsidiariedade para a admissibilidade da ADPF, observam-se alguns posicionamentos diferenciados na doutrina. Uma primeira posição, defendida por André Ramos Tavares, rejeita o caráter de subsidiariedade da ADPF, afirmando a preferência da Argüição em relação às demais ações. O segundo posicionamento, no qual se encontra filiado Alexandre de Moraes, sustenta uma interpretação restritiva do artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, pela qual seria incabível a ADPF quando for o caso de ADI ou de ADC, ou, até mesmo, de ações individuais e recursos, admitindo temperamentos. Por fim, Gilmar Ferreira Mendes segue uma linha intermediária, cuja questão central do debate está na análise da eficácia do tipo de solução que outro meio adotado produziria.

André Ramos Tavares postula que sempre que houver descumprimento de preceito fundamental será cabível a ADPF, ainda que haja mais de uma ação com o mesmo objetivo.<sup>232</sup> No ordenamento jurídico brasileiro é possível observar a existência de mais de uma ação com a mesma finalidade, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade genérica e da ação interventiva no que toca aos princípios sensíveis, sem a existência de regra que determina optar entre ambas. Mas, nesse caso, seria mais simples ajuizar ação direta genérica, cuja decisão final é dotada de eficácia *erga omnes* para nulificar o ato, do que ação direta interventiva, que apenas autoriza a intervenção.<sup>233</sup>

O mesmo poderia ocorrer entre a ADPF e a ADI interventiva, já que os princípios sensíveis são considerados como preceitos constitucionais fundamentais. Entretanto, de acordo com o posicionamento de André Tavares isso não seria possível em decorrência da preponderância da

---

<sup>232</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 235.

<sup>233</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2000. p. 138.

Argüição e exclusão das demais ações quando se tratar de preceito fundamental. Para sustentar esse caráter principal e não subsidiário, ou até de relevância superior à ação direta de inconstitucionalidade, o autor se vale dos seguintes argumentos: a) o sistema de controle de constitucionalidade não é tão completo quanto se afirma, considerando que a ADPF alcança pontos exclusivos; b) do texto constitucional não é possível extrair a subsidiariedade da ADPF, que possui o mesmo patamar jurídico da ADI; c) a ADPF tem como objeto específico a proteção dos preceitos fundamentais e não pode ocupar apenas a posição no sistema jurídico que restava sem proteção quando da edição da Lei n.º 9.882/99, qual seja, incidente sobre leis e atos normativos municipais ou sobre leis e atos normativos anteriores à Constituição.<sup>234</sup>

Nessa linha, o artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, ao tratar do não cabimento de ADPF quando houver outro meio eficaz para sanar a lesão ao preceito fundamental, deve ser interpretado como uma regra de abertura, não de limitação, principalmente em razão da importância e do papel ocupado por esses preceitos no ordenamento. Assim, a ADPF tem lugar “[...] *também* em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada”<sup>235</sup>, apesar da dificuldade prática de se vislumbrar novas hipóteses além das já existentes.<sup>236</sup>

Para uma segunda corrente, sustentada por Alexandre de Moraes, a Argüição apenas teria cabimento se não fossem previstas outras ações com objetivos semelhantes, sejam individuais ou coletivas, incluídos aí *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação popular, ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade. Diante disso, a subsidiariedade consistiria “[...] na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá a possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via da argüição”<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 237-240.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 242

<sup>236</sup> Como exemplo, André Ramos Tavares traz o cabimento de ADPF para realizar o controle de atos particulares cuja apreciação seja importante para os interesses da nação, desde que seja caso de descumprimento de preceito fundamental. E, ainda, na ADPF incidental, que demanda a demonstração da relevância da questão, propõe a substituição desse requisito pela falta de via adequada. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 243-244.

<sup>237</sup> MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei n.º 9.882/99 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99. 2001. p. 27.

Portanto, caso restem esgotadas as vias ordinárias eficazes e ainda assim a violação ao preceito fundamental subsistir, permite-se o ajuizamento de ADPF, admitindo-se excepcionalmente o afastamento desse requisito pelo STF em caso de prejuízo grave e irreparável para os direitos fundamentais.<sup>238</sup>

O posicionamento anterior (esgotamento dos meios judiciais eficazes para sanar a lesão), de acordo com o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, seria dotado de uma perspectiva subjetiva, que deveria dar lugar a uma leitura mais cuidadosa, mas com a predominância de um aspecto objetivo, pelo qual o “[...] meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”.<sup>239</sup>

Dessa forma, não sendo cabíveis ações de controle concentrado de constitucionalidade, dotadas de cunho objetivo e que resolvam a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, como a ADI genérica, a ADI por omissão e a ADC, seria caso de ajuizamento de ADPF, especialmente quando se tratar de direito municipal e pré-constitucional. O mesmo não se aplicaria aos processos ordinários e aos recursos extraordinários, ao não permitirem a solução célere e efetiva da controvérsia constitucional.<sup>240</sup>

Luís Roberto Barroso entende que enquanto a segunda corrente inviabiliza a admissibilidade da ADPF na maioria dos casos, a primeira deixa de lado o fato de ser comum a disciplina infraconstitucional sobre os direitos e garantias constitucionais. Para o autor, o mais adequado seria levar em conta a área de abrangência dos processos objetivos que já estão consolidados no Direito Constitucional, sendo cabível a Argüição em caso de norma municipal, por exemplo; bem como a eficácia de outro meio previsto em lei, excluindo o cabimento de ações de natureza subjetiva ou de recursos se não forem capazes de produzir uma solução nos moldes exigidos para determinado caso.<sup>241</sup>

Dirley da Cunha Júnior reforça a característica da principalidade da Argüição, no entanto, faz uma diferenciação acerca da Argüição na modalidade incidental em relação à modalidade direta, tendo em vista que naquela a subsidiariedade deve prevalecer de modo a evitar que o Supremo

---

<sup>238</sup> MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei n.º 9.882/99 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 27-28.

<sup>239</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. 2007. p. 111.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 114-115.

<sup>241</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2009. p. 273-278.

Tribunal Federal passe a funcionar como uma terceira instância ou como uma Corte de cassação das decisões judiciais proferidas em instâncias ordinárias, por permitir um trânsito direto ao Supremo de controvérsias constitucionais relevantes.<sup>242</sup>

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de admitir o princípio da subsidiariedade previsto em lei com reservas, ou seja, para a utilização da via da ADPF é preciso que os instrumentos processuais existentes não sejam eficazes a ponto de reprimir a lesão ou a ameaça de lesão aos preceitos fundamentais, veja-se:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) - AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) - EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS - INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP. *A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional.*

- A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado”. (ADPF-AgR 17/AP; Rel. Min. Celso de Mello; Órgão julgador: Tribunal Pleno; J. 05/06/2002; DJ 14-02-2003) (destacou-se)

#### 4.3 MODELOS

Em um estudo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é comum observar na doutrina pátria a classificação da ADPF em modalidades, o que influencia na discussão dos requisitos de admissibilidade de cada tipo de Argüição e na sua constitucionalidade. No entanto, deve-se entender que independentemente da modalidade de Argüição o seu objetivo principal é a tutela dos preceitos constitucionais fundamentais. Em larga maioria, a Argüição é dividida na

<sup>242</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 491.

modalidade direta e na modalidade indireta, encontrando também na doutrina sua classificação como sucedâneo recursal, o que será tópico de maiores análises.<sup>243</sup>

### 4.3.1 Argüição direta

A Argüição direta ou autônoma ou principal é assim denominada por visar à defesa objetiva dos preceitos fundamentais, estando prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99, em que “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”.

Visto que o controle do ato do Poder Público que viola preceito fundamental pode ocorrer antes ou depois da efetivação da lesão a esses preceitos, ainda é possível subdividir a Argüição na modalidade preventiva, para evitar lesão a preceito fundamental, e na modalidade repressiva, ajuizada após a efetivação da lesão a preceito fundamental por ato do Poder Público, com o intuito de repará-la.

É assim denominada por não depender, para seu ajuizamento, da existência de processo judicial anterior em curso, no qual haja descumprimento de preceito fundamental. Assemelha-se aos processos de fiscalização abstrata e concentrada de constitucionalidade, especialmente à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Ação Declaratória de Constitucionalidade, configurando-se em “[...] uma típica ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade, por meio da qual se ativa a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, com vistas à defesa objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público”.<sup>244</sup>

<sup>243</sup> É vasta a doutrina que classifica a ADPF nas modalidades direta ou autônoma ou principal e incidental ou por equiparação ou por derivação. Cf. DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e Silêncios Constitucionais no Exemplo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 85; PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 105-106; LENZA, Pedro. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental sob a Perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 200-201; SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 87; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2001. p. 190-192.

<sup>244</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 447-448.



### 4.3.2 Argüição incidental

A Argüição na modalidade incidental ou por equiparação tem previsão no artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99, ao dispor que “caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. É assim denominada por realizar um controle concentrado de constitucionalidade em concreto, atuando como um incidente suscitado em um processo judicial em curso nas instâncias ordinárias, no qual tenha surgido relevante controvérsia constitucional, que permite uma análise imediata da questão pelo Supremo Tribunal Federal.

André Ramos Tavares leciona que o parágrafo único, I, do artigo 1º, da Lei n.º 9.882/99, deve ser interpretado de modo a concluir pela existência de uma segunda hipótese de argüição – vista como um incidente surgido em processo judicial –, evitando que se torne mera repetição do *caput*, do artigo 1º, da referida lei, o que a tornaria inútil. Com isso, a controvérsia constitucional deverá ser aquela surgida no curso de um processo, desde que descumprido preceito fundamental por lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Tanto é assim que o artigo 3º, V, da lei, prevê que, se for o caso, a petição inicial deve conter a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado. Cabe acrescentar que seu campo de atuação, para o autor, mostra-se mais restrito do que o da Argüição direta, pois, além de comprovar o descumprimento de preceito fundamental, o autor da Argüição também deverá demonstrar que o fundamento da controvérsia constitucional é relevante.<sup>245</sup>

A associação da Argüição na modalidade direta com o *caput*, do artigo 1º, da Lei n.º 9.882/99, e da Argüição na modalidade incidental com o inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º, da referida lei, é criticada por Walter Claudius Rothenburg, pois faria com que o modo, o requisito e o objeto desta fossem diversos daquela. Além de exigir o descumprimento de preceito fundamental para ambas as espécies, se o requisito de ser “relevante o fundamento de controvérsia constitucional” fosse aplicado apenas à modalidade incidental, o Supremo estaria impossibilitado de usar outro mecanismo de filtragem para a ADPF direta. E, ainda, a expressão “ato do Poder Público”, prevista no *caput* do dispositivo em questão, deve ser compreendida de

---

<sup>245</sup> TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 63-64.

modo a abranger “lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, eis que ausente qualquer delimitação naquela expressão.<sup>246 247</sup>

Diante do caráter concentrado e concreto de controle de constitucionalidade da Arguição incidental, observa-se certa semelhança com o recurso de amparo espanhol e com o recurso constitucional alemão, por ser dotada de uma dimensão objetiva, ao viabilizar a proteção da ordem constitucional, e de uma dimensão subjetiva, ao surgir em um caso concreto.

Assim sendo, é possível concluir que a Arguição incidental permite a antecipação de decisões do Supremo ao lado da redução da incerteza jurídica nas instâncias ordinárias, por vincular não só o caso concreto, e, ao permitir o trânsito direto ao Supremo, haverá “[...] uma verdadeira “cisão” entre a questão constitucional e as demais questões suscitadas e discutidas pelas partes no caso concreto, subindo ao Tribunal, para sua exclusiva apreciação, tão-somente a primeira delas, uma vez que remanesce a competência dos órgãos judiciários ordinários para decidir a respeito da pretensão deduzida”.<sup>248</sup>

Por fim, cabe destacar que Alexandre de Moraes sustenta a inconstitucionalidade da espécie incidental, sob o argumento de que o legislador teria equiparado a controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, ao descumprimento de preceito fundamental, alargando a competência do STF por meio de lei ordinária.<sup>249</sup> Ademais, ao estabelecer que “também” caberia Arguição no artigo 1º, parágrafo único, I, o legislador teria deixado claro que era caso de nova hipótese de ADPF com o intuito de abarcar o controle do direito municipal e das normas pré-constitucionais.<sup>250</sup>

---

<sup>246</sup> 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 n.º 9.882/99*. 2001. p. 204-205.

<sup>247</sup> No mesmo sentido, cf. MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. 2003. p. 106.

<sup>248</sup> CUNHA Júnior, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 478.

<sup>249</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 2008. p. 784.

<sup>250</sup> ARAÚJO, Luis Alberto David. Da Ingênuo Objetividade do Conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade para o Juízo Subjetivo e Inseguro da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma Tentativa de Apresentação Crítica da Evolução do Sistema de Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 172.

### 4.3.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como Sucedâneo Recursal

Diante de um conflito de interesses, as pessoas buscam o acesso ao Poder Judiciário por meio do direito de ação, aguardando do Estado a prestação de uma tutela jurisdicional célere e efetiva, que não será definitiva de imediato, visto que “o julgamento proferido por um juiz de grau inferior não esgota geralmente a obrigação jurisdicional do Estado. Esta, nos juízos de primeiro grau, não é ainda entregue às partes, visto que a sentença então proferida não passa de *apresentação da prestação jurisdicional*, ao invés de entrega definitiva da referida prestação, a qual só se verifica quando esgotados os *recursos* cabíveis”.<sup>251</sup>

Dessa forma, observa-se que com a prestação da tutela jurisdicional podem surgir motivos para impugnar as decisões judiciais. Segundo Flávio Cheim Jorge, “os meios de impugnação são as formas existentes nos sistemas processuais que possibilitam que as partes prossigam na perseguição desse objetivo. Através deles é possível que interessados continuem na defesa de seus interesses e direitos, questionando a forma e o conteúdo da sentença, e, uma vez verificado que a lei não foi corretamente aplicada, obtenham a sua reforma ou nulidade”.<sup>252</sup>

Podem ser apontados, basicamente, dois motivos da existência dos meios de impugnação das decisões judiciais: a um, a própria natureza humana, que tem a necessidade de ver satisfeitos os seus requerimentos, não se conformando com um julgamento desfavorável; a dois, a possibilidade de erros nas decisões judiciais, pois nenhum indivíduo, muito menos o juiz, está isento de cometer erros.<sup>253</sup> Com isso, verifica-se a existência de sentenças injustas e ilegais, que também podem ser derivadas de pronunciamentos judiciais “[...] movidos pelo temor (coação) ou sentimentos menos dignos (peita). Daí a segurança da justiça aconselhar o reexame das causas por meio dos recursos”.<sup>254</sup>

Com isso, observa-se que a regra é a impugnabilidade das decisões judiciais, diante da necessidade de as decisões serem isentas de vícios ou de erros, e, assim, de estarem em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>251</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. p. 1.

<sup>252</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>254</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 3. 21. ed. atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86.

Os meios de impugnação das decisões judiciais existentes no ordenamento jurídico brasileiro podem passar pela seguinte classificação: recursos, ações autônomas de impugnação, incidentes processuais e sucedâneos recursais. Nesse meio, pretende-se questionar se a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser vista como um sucedâneo recursal.

Os recursos, na conceituação de José Carlos Barbosa Moreira, são compreendidos como “[...] o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”.<sup>255</sup>

É possível extrair a diferença entre os recursos e as ações autônomas de impugnação, apesar da semelhança entre eles ao viabilizarem a modificação das decisões judiciais, pois enquanto os recursos ocorrem na mesma relação jurídica processual, como um prolongamento da mesma, as ações autônomas de impugnação dão ensejo à propositura de uma nova demanda.

Quanto aos incidentes, podem surgir em qualquer ação em desenvolvimento perante os tribunais, cuja apreciação é importante para o julgamento da causa. Esses incidentes não seriam abrangidos nem pelo conceito de sucedâneos recursais nem pelo conceito de recurso, já que “[...] servem como etapa no processo de criação da decisão, e não da sua impugnação”.<sup>256</sup>

Surgem, no sistema jurídico, alguns institutos que viabilizam o mesmo resultado dos recursos, fazendo as vezes dele, acarretando a reforma, a anulação ou, até mesmo, a ineficácia das decisões judiciais. Assim, dentro da classificação dos meios de impugnação das decisões judiciais, encontram-se as figuras dos sucedâneos.

José Frederico Marques denominou os institutos destinados a suprir as falhas do legislador de “sucedâneos recursais”, na época do CPC de 1939, que seriam as correições parciais, os procedimentos disciplinares de reclamação e o Mandado de Segurança contra ato judicial, que surgiram como válvula de escape especialmente em razão da irrecorribilidade das interlocutórias.<sup>257</sup> Como se sabe, tal característica foi alterada com o advento do CPC de 1973.

---

<sup>255</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). v. V: arts. 476 a 565. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 233.

<sup>256</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 527.

<sup>257</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2000. p. 311.

Essa seria uma concepção restrita do conceito de sucedâneos recursais, diferentemente da proposta de Nelson Nery Júnior, que compreende os sucedâneos sob uma visão mais ampla, com o objetivo de anular ou reformar as decisões judiciais, tendo as mesmas funções dos recursos.<sup>258</sup>

Para o autor, os sucedâneos mais importantes seriam: pedido de reconsideração; correição parcial; remessa obrigatória; argüição de relevância no recurso extraordinário<sup>259</sup>; a ação rescisória; os embargos de terceiro; a medida cautelar inominada; os agravos regimentais; o *habeas corpus* contra decreto de prisão civil e o mandado de segurança contra ato judicial.<sup>260</sup>

Araken de Assis entende ser preocupante essa extensa lista trazida por Nelson Nery Júnior, mas ao mesmo tempo, afirma que devem ser acrescentadas a esse rol a reclamação e a suspensão de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, de modo que o critério para a identificação dos sucedâneos recursais deve ser a sua exclusão da categoria de recurso.<sup>261</sup>

Flávio Cheim adota uma corrente mais restritiva, defendendo que os sucedâneos recursais “[...] são utilizados de forma a substituir a utilização dos recursos, na maioria das vezes em decorrência da própria falha do legislador”.<sup>262</sup> Em *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, o autor trata de quatro institutos, quais sejam, remessa necessária, pedidos de reconsideração, correição parcial e mandado de segurança contra ato judicial, bem como de sua classificação ou não como sucedâneos.

Questiona-se, assim, se a ADPF, mesmo entendida como um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, poderia ser dotada de natureza jurídica de sucedâneo recursal. A partir de uma interpretação literal da Lei n.º 9.882/99 observa-se que não existe uma divisão entre modalidades de ADPF. No entanto, seguindo a corrente da mais balizada doutrina, a ADPF pode ser configurada como um modelo de controle de constitucionalidade concentrado dotado de caráter principal e incidental.<sup>263</sup>

<sup>258</sup> Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 75-106.

<sup>259</sup> A argüição de relevância no recurso extraordinário tinha previsão no art. 119, § 1º, da EC n.º 1, de 1969: “Art. 119 [...] § 1º As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal”.

<sup>260</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 2004. p. 75.

<sup>261</sup> ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16-17.

<sup>262</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 2007. p. 183.

<sup>263</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. 2007. p. 101-102. E, ainda, MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. 2003. p. 104. Contra a natureza jurídica de incidente da ADPF, cf. TALAMINI, Eduardo. *Argüição de*

Como visto, a doutrina costuma defender o caráter dúplice da ADPF, por englobar tanto a modalidade direta, com natureza de ação constitucional, como a indireta, com natureza de incidente de constitucionalidade.<sup>264</sup> A ADPF direta é assim denominada por visar à defesa objetiva dos preceitos fundamentais, cujo objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Já a ADPF incidental tem cabimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. É denominada de incidental por depender de controvérsia, vez que se instaura em razão de um processo judicial em curso nas instâncias ordinárias, sendo entendida como um mecanismo de controle de constitucionalidade concentrado e concreto.

Cabe destacar que Gilmar Ferreira Mendes, acrescenta, ainda, uma terceira modalidade de ADPF que poderá se configurar como sucedâneo objetivo de Recurso Extraordinário, ao atacar diretamente uma decisão judicial incompatível com a Constituição, equiparando-se a um autêntico recurso constitucional.<sup>265</sup> Para tanto, parte de decisões de última ou única instância que lesam relevantes princípios constitucionais, por falta de fundamento legal. Sustenta, ainda, que um Estado democrático de direito deve ser pautado pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pelos ditames do regime democrático e que, diante disso, uma decisão judicial sem base legal ou fundada em falsa base legal, certamente se mostraria contrária à Constituição, ao menos no que diz respeito ao princípio da legalidade. Entretanto, ressalta que o papel da Corte Constitucional está bem além de ser mera instância de revisão, fazendo surgir limitações para a utilização de um recurso constitucional.<sup>266</sup>

Observa-se que uma lesão aos preceitos fundamentais pode ter como origem uma interpretação judicial das normas constitucionais, ao questionar sua legitimidade, ensejando a propositura de RE com base no artigo 102, III, *a*, da CF, ou seja, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. No entanto, Gilmar Ferreira Mendes, diante da amplitude do art. 1º, da Lei 9.882/99, defende que poderia ser caso de ADPF por lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. O autor vislumbra, portanto, uma conjugação entre RE e

---

Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 21-24.

<sup>264</sup> Cf. MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional*: Teoria da Constituição. 2004. p. 288-289; STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição. *Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 81. p. 109.

<sup>265</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. 2007. p. 101-102.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 73-74.

ADPF, mas entende que a ADPF permite o questionamento da decisão judicial em concreto sem as “amarras formais” do processamento do Recurso Extraordinário, como o requisito do prequestionamento e a apresentação de teses fragmentadas no processo, assumindo a função de um típico recurso constitucional.<sup>267</sup>

Informa-se que se encontra em tramitação o Projeto de Lei n.º 6.543/06, que pretende alterar a Lei n.º 9.882/99 para legitimar, para a propositura de ADPF, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público – temática sujeita a estudo em capítulo específico –, dentre outras modificações. Nesse sentido, o § 3º, do art. 2º, da Lei n.º 9.882/99, passaria a prever que a propositura da argüição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do artigo 102 da Constituição.<sup>268</sup>

A partir da proposta de nova redação, Gilmar Mendes propõe um modo de conciliar a ADPF e o RE, podendo um dos legitimados da ADPF requerer a conversão do julgamento do RE em Argüição, ou, ainda, a propositura de ambos, atribuindo-se discricionariedade aos Ministros do STF para apreciarem ou um ou outro, o que conferiria maior flexibilidade para resolver os atuais conflitos do sistema jurídico diante da complexidade da estrutura da sociedade civil.<sup>269</sup>

Cabe notar que a conversão da ADPF em outra ação pertencente ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade já foi implementada pelo STF, no julgamento da ADPF de n.º 72. Nesta, entendeu-se que o ato normativo impugnado era passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos para a propositura da ADI (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação levada aos autos.

José Afonso da Silva, ao tratar do art. 102, § 1º, da CF, afirma que a ADPF pode ser frutífera no sentido de alargar a jurisdição constitucional da liberdade, passando a ter a mesma importância do recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), que em alguns casos serviria para

---

<sup>267</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. 2007. p. 75.

<sup>268</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=312308](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=312308)>. Acesso em 04 de março de 2008.

<sup>269</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. 2007. p. 89-90.

impugnar decisões judiciais, restando clara sua natureza de meio de impugnação, como recurso. Tal instituto tem previsão no artigo 93, co. 1, n. 4a, da Lei Fundamental alemã, sendo entendido como um instrumento jurídico extraordinário, que pode ser interposto por qualquer cidadão em razão de lesão a seus direitos fundamentais diante de atos diretos ou indiretos do Poder Público, o que pode ser feito pelo próprio cidadão ou por intermédio de advogado, sem o pagamento de custas judiciais.<sup>270</sup> E sobre a influência desse instituto do Direito Comparado ao texto do artigo 102, § 1º, da CF, afirma que “o texto, em exame, permite-nos avançar na mesma direção e será um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao Supremo Tribunal Federal”.<sup>271</sup>

Por sua vez, André Ramos Tavares atribui grande relevo à diferenciação entre os institutos, destacando que a Argüição não possui a natureza jurídica de um recurso extremo, como o RE, principalmente por ser direcionada imediatamente ao STF e ter como objeto apenas preceitos fundamentais.<sup>272</sup> Ademais, ao realizar o controle de constitucionalidade em caso de descumprimento de preceito fundamental por ato de natureza estatal ou por ato normativo, o efeito da decisão de inconstitucionalidade será *erga omnes*, atingindo toda a sociedade. Assim, há de se ressaltar a importância do instituto, já que com a ADPF incidental passa a ser possível antecipar o desfecho de uma questão jurídica que, sem ela, teria de perpassar por todo o procedimento do sistema difuso até chegar ao STF e, apenas após julgamento definitivo, receber ou não efeitos *erga omnes* e vinculante do Senado Federal, em observância ao artigo 52, X, da CF, para que, assim, a lei ou o ato normativo antes declarados inconstitucionais possam ter seus efeitos cessados para todos.<sup>273</sup>

Há, ainda, a limitação da parametricidade que protege tão somente os preceitos fundamentais e não qualquer violação às normas constitucionais. Nesse sentido, André Tavares afirma que:

“[...] se com relação à inconstitucionalidade a Constituição refere-se de forma expressa a leis e atos normativos como únicos atos capazes de nela incidir (quando se trata de controle concentrado), o mesmo não ocorreu com o descumprimento, já que quanto a este a Constituição unicamente restringe o parâmetro (há de ser preceito constitucional fundamental), mas não objeto de controle (com o que a medida restou ampla, a admitir

<sup>270</sup> HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. 2000. p. 50-53.

<sup>271</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 563.

<sup>272</sup> TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 66.

<sup>273</sup> Ressalta-se que, em alguns casos, dispensa-se a aplicação do artigo 52, X, da CF, ocasião em que a decisão do Supremo, em controle difuso de constitucionalidade, será dotada de efeitos *erga omnes*.



toda forma de descumprimento, dê-se por lei, ato normativo, administrativo ou mesmo material, incluindo-se o de caráter privado)".<sup>274</sup>

Por sua vez, a Arguição transcende os limites do processo subjetivo, ao proporcionar também a defesa objetiva da Constituição. Assim, "o controle difuso, por meio de um processo subjetivo, pode tornar-se tão insatisfatório na defesa dos direitos fundamentais que por vezes reclama uma proteção geral e imediata, cuja demora pode gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade desses direitos e garantias fundamentais".<sup>275</sup>

Ainda assim, partindo da divisão da ADPF em duas espécies, André Ramos Tavares, ao tratar da Arguição incidental, afirma que algumas matérias que antes de sua edição eram limitadas ao RE passaram a ganhar campo com ela, visto que:

"[...] as questões constitucionais que envolvam preceito fundamental, desde que sejam relevantes e atendam aos demais condicionamentos previstos na referida lei, poderão alcançar, doravante, o Supremo Tribunal Federal, desde logo. Esta nova realidade jurídica poderá muito bem ser combinada com o novo regime do recurso extraordinário retido, produzindo resultados muito mais satisfatórios. Assim, questões fundamentais não ficarão retidas, justamente porque caberá ADPF (e, ao final, o recurso extraordinário não poderá, obviamente, retornar às mesmas questões)".<sup>276</sup>

A partir daí, extrai-se que o confronto entre ADPF e sistema difuso, em especial o RE, diminui ao se tratar dos direitos fundamentais, pois são compreendidos como espécies de preceitos fundamentais.

Feita essa breve explanação, questiona-se se a ADPF poderia ser utilizada como um meio de impugnação das decisões judiciais (sucedâneo objetivo de recurso), apesar de se tratar de ação de controle concentrado de constitucionalidade. Seguindo a linha de pensamento de Gilmar Ferreira Mendes, seria possível afirmar a existência de casos de equivalência entre o RE e a ADPF e, conseqüentemente, a função desta como sucedâneo objetivo de recurso.

Entende-se, no entanto, que seria mais fácil vislumbrar a ocorrência prática desse posicionamento no caso da ADPF incidental, que surge incidentalmente em um caso concreto. Veja-se que, nessa hipótese, o STF decidirá apenas a questão constitucional, que normalmente

<sup>274</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. 2001. p. 197.

<sup>275</sup> MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. 2003. p. 140-141.

<sup>276</sup> TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos Tavares; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade do Brasil*: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2003. p. 55.

seria levada à sua apreciação por RE, sem se manifestar sobre o objeto da ação em curso, que ficará a cargo do juízo em que tramita a demanda. No entanto, em razão do efeito vinculante da decisão do STF, é certo que “o juiz ou o tribunal da causa deverão acatar a deliberação pretoriana a ser proferida na argüição, haja vista que o deslinde da matéria constitucional constitui antecedente lógico do julgamento do caso concreto que ensejou a argüição, vinculando as partes e o órgão julgador”.<sup>277</sup>

#### 4.4 OBJETO

Como visto, de acordo com o artigo 1º, da Lei n.º 9.882/99, caberá ADPF para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. De um modo geral, extrai-se que a ADPF terá como objeto ato do Poder Público que ameace ou lesione preceito fundamental, seja proveniente da esfera federal, estadual, distrital ou municipal da Federação brasileira, visto que o artigo 1º, *caput*, da referida lei, não limitou a esfera do Poder Público. Terá como objeto, ainda, lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, sobre os quais recaia relevante controvérsia constitucional.

No que tange ao ato do Poder Público, entende-se que a ADPF viabiliza o controle não só de atos, mas também de omissões do Poder Público, ou seja, de atos ou omissões emanados do Estado. Relacionam-se, ainda, ao ato ou omissão do Poder Público os atos políticos, as interpretações ou aplicações de Regimento Interno do Poder Legislativo, os atos de particulares e atos não normativos, como os atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, bem como as decisões judiciais.<sup>278</sup>

Acerca dos atos dos particulares, observa-se que estão compreendidos como objeto da ADPF apenas os atos de particulares que descumpram preceito fundamental no exercício de função pública delegada.<sup>279</sup> Quanto aos atos políticos, o STF já decidiu que não podem ser objeto de

---

<sup>277</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 480.

<sup>278</sup> Cf. CUNHA Júnior, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 460-473.

<sup>279</sup> SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 92.

Argüição, ao julgar a ADPF-QO de n.º 01, cujo objeto era o veto apostado a dispositivo de projeto de lei da Câmara do Município do Rio de Janeiro, veja-se:

“[...] 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer que seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. 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”.<sup>280</sup>

Não é comumente aceito na jurisprudência pátria o controle de constitucionalidade de interpretação ou aplicação de Regimento Interno do Poder Legislativo, como se extrai do julgamento do Mandado de Segurança 22.503, no qual, diante de alegação de violação de normas do Regimento Interno perpetrado por ato do Presidente da Câmara dos Deputados, o Supremo decidiu se tratar de ato *interna corporis*, que apenas encontra solução no âmbito do Poder Legislativo.<sup>281</sup> Ocorre que tal previsão constava do artigo 1º, parágrafo único, II, da Lei n.º 9.882/99, o que foi objeto de veto. Mas, ainda assim, Walter Claudius Rothenburg entende que seria possível ter por inútil esse veto ao considerar como atos do Poder Público a interpretação ou a aplicação de Regimento Interno do Poder Legislativo, tendo previsão no *caput* do artigo 1º, da referida lei.<sup>282</sup>

Por sua vez, dentre os atos normativos estão abrangidos os legais, como emenda constitucional e lei ordinária, bem como os infralegais, como decretos e portarias.<sup>283</sup> Como visto, permitiu-se o controle do direito municipal e do direito pré-constitucional diretamente perante a Constituição Federal. Restaram, portanto, preenchidas lacunas existentes no ordenamento jurídico dentro do âmbito do controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição Federal, pois até então o direito municipal e pré-constitucional ficavam à margem desse mecanismo de controle. Acerca do controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional, o Supremo tinha pacífico entendimento pelo seu não cabimento, por se tratar de caso de revogação, não de inconstitucionalidade – posição que deve ser revista a partir da Lei n.º 9.882/99 para fins de

<sup>280</sup> ADPF-QO 1/RJ; Rel. Min. Néri da Silveira; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; J. 03/02/2000; DJ 07/11/2003.

<sup>281</sup> Cf. MS 22.503/DF; Rel. Min. Marco Aurélio; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; J. 08/05/1996; DJ 06/06/1997.

<sup>282</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 215-216.

<sup>283</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 460.

cabimento de ADPF, a depender de se considerar descumprimento como espécie de inconstitucionalidade ou não.<sup>284</sup>

Quanto às normas infralegais, o Supremo também entendia pela não sujeição à fiscalização abstrata de constitucionalidade, o que já era criticado por Clèmerson Merlin Clève, ao sustentar que “[...] o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de 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”.<sup>285</sup> Assim sendo, o controle de atos secundários restaria abrangido pelo conceito de ato do Poder Público, permitindo seu controle por meio de Arguição.

Por fim, cabe tratar do controle preventivo de constitucionalidade por meio do ajuizamento de ADPF diante de projetos de leis ou de emendas constitucionais que violem preceitos fundamentais. Em regra, o controle de constitucionalidade no Brasil é repressivo, admitindo, de forma excepcional, o cabimento de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar diante de inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, como já exposto.<sup>286</sup> Havia previsão na Lei n.º 9.882/99 para tanto, como se observa:

“Artigo 5º, § 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente.

[...]

Art. 9º Julgando procedente a arguição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subseqüentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição”.

Entretanto, tais dispositivos foram objeto de veto presidencial. Ainda assim, a previsão do *caput*, do artigo 1º, da Lei n.º 9.882/99, é clara no intuito de evitar lesão a preceito fundamental, fazendo surgir posicionamentos doutrinários no sentido de admitir o cabimento de ADPF diante de projetos de leis ou de emendas à Constituição que violem preceitos fundamentais, reforçando

<sup>284</sup> Nesse sentido, cf. ADI 2-DF; Rel. Min. Paulo Brossard; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; J. 06/02/1992; DJ 21/11/1997.

<sup>285</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2000. p. 211-212.

<sup>286</sup> Cf. MS 20.257-DF; Rel. Min. Décio Miranda; Julgamento: 08/10/1980; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 27-02-1981.

ainda mais o mecanismo de controle de constitucionalidade ao evitar a efetiva violação à ordem constitucional.<sup>287</sup> Por sua vez, este não parece ser o entendimento do STF, que não conheceu das ADPF's de n.º 42 e 43 por sustentar que o projeto de emenda à Constituição não é configurado como ato do poder público.

Cabe acrescentar que o STF já decidiu não ser objeto de ADPF o veto presidencial (ADPF's de n.º 1 e 73), o projeto de emenda constitucional (ADPF's de n.º 42 e 43) e as súmulas, inclusive as do Tribunal Superior do Trabalho (ADPF's de n.º 80 e 152).

Interessante notar que a ADPF de n.º 128 tem por objeto a Súmula Vinculante de n.º 2, com a seguinte redação: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. Sustentando a violação ao princípio federativo e ao da isonomia entre os entes que compõem a Federação, bem como à competência político-administrativa e residual dos Estados, o argüente pretendia que fossem fixadas as condições e o modo de interpretação da referida súmula. Entretanto, a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante estão disciplinados pela Lei de n.º 11.417/06, estabelecendo procedimentos específicos para esses casos. Com isso, o Ministro Relator Cezar Peluso entendeu que não foi ultrapassado o óbice do princípio da subsidiariedade, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito.

Diante desse julgamento, observa-se tendência do Supremo Tribunal Federal a não admitir o cabimento de ADPF que tenha como objeto Súmula Vinculante, considerando que a Lei de n.º 11.417/06 estabelece procedimentos específicos para sua edição, revisão e cancelamento, ou seja, existem outros remédios processuais ordinários aptos e eficazes para satisfazer de todo a pretensão substantiva, ao menos no caso em comento.

#### **4.4.1 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Município**

Antes da vigência da Lei n.º 9.882/99, o controle de constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Federal era feito apenas de forma difusa, sendo que apenas o controle em face da Constituição Estadual poderia ocorrer de forma concentrada, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual, com base no artigo 125, § 2º, da CF.<sup>288</sup> Diante dessa

<sup>287</sup> Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 470-471; TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 304.

<sup>288</sup> Cf. ADI 209-1 DF, publicada em 11.09.1998: “Em se tratando de lei municipal, o controle de constitucionalidade se faz, pelo sistema difuso – e não concentrado – ou seja, apenas no julgamento de casos concretos, com eficácia

lacuna e do elevado número de Municípios existentes na Federação brasileira (por volta de 5.561 no ano de 2000)<sup>289</sup>, o direito municipal era responsável por grande parte da violação à Constituição Federal sem que houvesse, em contrapartida, um mecanismo de controle com maior amplitude. Na mesma linha de posicionamento, André Ramos Tavares afirma que:

“Se é verdade que os sistemas de controle de constitucionalidade não são sistemas completos, deixando sempre certa dimensão dos atos estatais e a totalidade dos atos privados à margem de qualquer controle concentrado, também não é menos certo que a tendência é a de englobar a maioria das espécies de atos estatais dentro das fórmulas de controle, especialmente quando se averiguar a contradição com normas constitucionais essenciais. Daí a inserção das leis e atos normativos de índole municipal, controle que, no particular, acaba assumindo maior relevância ainda quando se lembra ser o controle da constitucionalidade também uma fórmula de preservação do federalismo. Se as leis federais e estaduais podem ser controladas do ponto de vista da violação do sistema federativo de partilha de competências, é inaceitável que as leis municipais estejam fora deste controle concentrado”.<sup>290</sup>

Com a edição da Lei n.º 9.882/99 não há mais espaço no ordenamento jurídico para posicionamentos no sentido de não se admitir a fiscalização abstrata de leis e atos normativos municipais, incluídas as violações perpetradas pelo Poder Público Municipal aos preceitos fundamentais. Parte-se, portanto, do pressuposto de que a ADPF é instituto que viabiliza o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais, como antes explicado.

No entanto, há quem sustente, como Alexandre de Moraes, a inconstitucionalidade do cabimento de ADPF em caso de violação a preceito fundamental perpetrada por lei ou ato normativo municipal. Seria caso, para o autor, de uma manobra legislativa para ampliar a competência do Supremo em matéria de controle de constitucionalidade, o que deveria ter sido feito mediante emenda constitucional e não por lei infraconstitucional. A partir daí, considera que o artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99, seria uma modalidade de Argüição por equiparação legal.<sup>291</sup>

A ADI-MC n.º 2.231, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em que se impugna a constitucionalidade de toda a Lei n.º 9.882/99, baseia-se nos seguintes argumentos para sustentar a inconstitucionalidade do artigo 1º, parágrafo único, I:

---

*inter partes* e não *erga omnes*, quando confrontado o ato normativo local com a CF. O controle de constitucionalidade concentrado, via direta, nesse caso, somente será possível, em face da Constituição dos Estados, se ocorrer a hipótese prevista no § 2º, do art. 125, da CF.”

<sup>289</sup> Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabela1a.shtml](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtml)>. Acesso em 18 de novembro de 2008.

<sup>290</sup> TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de preceito Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 76.

<sup>291</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 2008. p. 784-786.

- Tal dispositivo viola o artigo 102, § 1º, da CF, ao ampliar o conceito de descumprimento de preceito fundamental. Veja-se que o artigo 1º, *caput*, permite a argüição quando se estiver diante de lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental, enquanto que o parágrafo único vai além e permite o cabimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional. Assim, este último não possui previsão no artigo 102, § 1º, da CF.
- Permite, ainda, o cabimento de ADPF quando se tratar de “lei ou ato normativo federal, estadual e municipal”. O artigo 102, § 1º, da CF, não trata de “lei ou ato normativo”, e sim, de preceito da Constituição. E, como não prevê, também não pode permitir que haja a criação de um novo sistema de controle concentrado de constitucionalidade.
- Tendo o controle concentrado função legislativa negativa, seu cabimento ocorrerá apenas em casos decorrentes de norma expressa na CF, em obediência aos princípios da Harmonia e da Independência dos Poderes do Estado. Dessa forma, os dispositivos constitucionais que tratam do tema em momento algum fazem referência a esse controle que se pretende inserir no ordenamento.
- Dito isso, afronta a Constituição a previsão, por lei infraconstitucional, da possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade em face de lei municipal e de norma anterior à Constituição, até porque não têm cabimento por Ação Direta de Inconstitucionalidade.
- Ademais, o dispositivo em voga faz com que a ADPF retire do juiz natural a possibilidade de analisar a constitucionalidade ou não do dispositivo, quando do exame da “controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal”. Portanto, infringe o artigo 5º, XXXVII e LIV, da CF, violando, assim, os princípios do Juiz Natural e do Devido Processo Legal.
- Por fim, o procedimento em análise não possui qualquer semelhança com aquele do incidente de inconstitucionalidade no controle difuso em tribunal (artigos 480 e seguintes, do CPC). Neste caso, a causa é deslocada dentro do mesmo tribunal constitucionalmente competente para julgar a demanda.<sup>292</sup>

O Ministro Néri da Silveira, Relator da ADI-MC n.º 2.231, em seu voto, deferiu o pedido de liminar pleiteado pelo Conselho Federal da OAB, por entender inconstitucional tal modalidade de Argüição ao ser criada por legislador ordinário e não por emenda constitucional, como se pode observar do Informativo n.º 253, do STF:

**“ADPF: Constitucionalidade:** Iniciado o julgamento de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a íntegra da Lei 9.882/99 - que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental -, e em especial, contra o parágrafo único, inciso I, do art. 1º, o § 3º do art. 5º, o art. 10, *caput* e § 3º e o art. 11, todos da mesma Lei.

**ADPF: Controle Concentrado:** O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (“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;”). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto (“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de

<sup>292</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em 05 de novembro de 2008.

qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”<sup>293</sup>

Em maior delineamento sobre o tema, José Néri da Silveira não admite a criação da ADPF incidental por via legislativa, até porque tal modalidade não limitaria o objeto da Argüição por descumprimento de preceito fundamental, ensejando sua criação por emenda constitucional. E, complementa, que deve ser atribuído ao artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99, interpretação conforme a Constituição, de modo a excluir seu uso como incidente de inconstitucionalidade quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional.<sup>294</sup> Similar é a doutrina de Sérgio Resende de Barros, por entender que o sistema de controle instituído em 1988 não se desenvolveu no sentido de permitir o controle de leis e atos normativos municipais perante a Constituição Federal, de forma concentrada e abstrata.<sup>295</sup>

A relação da modalidade de Argüição direta ou principal com o artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99, e da Argüição incidental com o artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99, recebe críticas ao fazer com que esta modalidade trouxesse modo, requisito e objeto diferentes daquele tipo de ADPF. A partir daí, Walter Claudius Rothenburg sustenta que devem estar presentes o descumprimento de preceito fundamental e a relevância da controvérsia constitucional, em ambas as modalidades, bem como devem ter por objeto lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.<sup>296 297</sup>

Entende-se que, quanto ao objeto, a expressão “atos do Poder Público” prevista no *caput* do artigo 1º, da referida lei, compreende todas as esferas do Poder Público, inclusive a municipal, permitindo o controle abstrato do direito municipal em ambas as modalidades, seja ele um ato normativo ou não.<sup>298</sup>

<sup>293</sup> Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 05 de novembro de 2008.

<sup>294</sup> SILVEIRA, José Néri da. Aspectos da definição e objeto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 181-192, jan/jun 2003. p. 189-192.

<sup>295</sup> BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 194.

<sup>296</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 204-205.

<sup>297</sup> André Ramos Tavares também equipara o cabimento da ADPF direta e incidental acerca das leis e dos atos normativos municipais e anteriores à Constituição. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. 2001. p. 298.

<sup>298</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 188-189.



Assim sendo, existe forte corrente doutrinária no sentido de admitir o cabimento de Argüição para o caso de descumprimento de preceito fundamental perpetrado por atos do Poder Público Municipal ou por leis ou atos normativos municipais.<sup>299</sup> Apesar de a extensão por meio de lei ordinária da competência do Supremo violar a Constituição, a Lei n.º 9.882/99 apenas teria vindo para regulamentar a ADPF, como determinou o próprio texto constitucional em seu artigo 102, § 1º, dispondo que a Argüição teria cabimento na forma da lei. Ademais, o controle abstrato de lei municipal viabilizaria ao STF decidir com eficácia *erga omnes* tais questões, evitando a propositura de ações idênticas e julgamentos diferenciados.<sup>300</sup> Essa interpretação afastaria a suposta inconstitucionalidade da Argüição incidental, na oportunidade em que seus requisitos de cabimento devem estar adequados àqueles previstos para a Argüição direta.

Não seria caso de inconstitucionalidade, também, pelo fato de que o texto constitucional não proibiu o controle abstrato de normas municipais diante da Constituição Federal em sede de ADPF, apenas limitando seu cabimento para ADI (leis e atos normativos federais e estaduais) e ADC (leis e atos normativos federais). E, ainda, ao traçar a competência do STF para julgamento da Argüição, o artigo 102, § 1º, da CF, deixou ao legislador a tarefa de delimitar seus parâmetros.<sup>301</sup> Para não haver ofensa à Constituição, Maurício Gössling sugere como técnica de interpretação conforme que o parágrafo único, I, do artigo 1º, da Lei n.º 9.882/99, esteja de acordo com o *caput*, do mesmo dispositivo, ou seja, além de ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional, deve ameaçar ou violar preceito fundamental.<sup>302</sup>

Por sua vez, Rodrigo Lopes Lourenço, ao tratar da Ação Direta de Inconstitucionalidade, critica a falta de controle abstrato de atos normativos municipais diante da Constituição Federal, ressaltando as falhas e a demora do controle difuso para tanto, principalmente ao levar em conta o número de Municípios brasileiros. Sob o argumento de que a previsão de ADI de lei ou ato

<sup>299</sup> MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. 2003. p. 128-129; CUNHA Júnior, Dirley da. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 463-464; PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Argüição de Descumprimento de preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil*: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. 2003. p. 111-114; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2000. p. 300; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 2003. p. 187.

<sup>300</sup> SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99. 2001. p. 93.

<sup>301</sup> CUNHA Júnior, Dirley da. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 464.

<sup>302</sup> GÖSSLING, Maurício Manica. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 371.

normativo municipal aumentaria sobremaneira a carga de trabalho do Supremo, faz algumas ressalvas: o volume de serviço do STF é grande por ter de julgar as mesmas questões jurídicas; muitas de suas competências atribuídas pela Constituição poderiam ser julgadas por outros entes, como o STJ; e o direito municipal atinge de forma intensa os cidadãos, em razão das competências atribuídas ao Município.<sup>303</sup>

Os argumentos utilizados pelo autor em sede de ADI podem ser estendidos para o âmbito da ADPF de modo a refutar a crítica de não cabimento de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em razão do excessivo aumento de serviço que tal possibilidade acarretaria ao Supremo por causa do número elevado de Municípios na Federação brasileira. Apesar disso se consubstanciar num fator negativo para o controle abstrato de lei ou ato normativo municipal, tal controle é recomendável diante do grande número de leis e atos normativos municipais inconstitucionais dotados do mesmo teor. Assim, o efeito seria justamente o oposto, pois seria possível evitar o julgamento de inúmeros Recursos Extraordinários argüindo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal com uma decisão em ADPF cujo objeto fosse similar aos dos recursos extraordinários.<sup>304</sup> E, ainda, o Supremo pode se valer de mecanismos de filtragem de modo a não elevar sobremaneira sua carga de trabalho, bastando a apreciação de uma questão-padrão com força vinculante, isso sem mencionar que o descumprimento a ensejar o ajuizamento da ADPF é apenas aquele referente a preceito fundamental. Acerca desse filtro, Gilmar Ferreira Mendes postula que:

“Ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante. Se entendêssemos que o efeito vinculante abrangeria também os *fundamentos determinantes* da decisão em relação ao Poder Legislativo, poderíamos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município “A”, mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderá ser aplicada”.<sup>305</sup>

Em conclusão, o cabimento de ADPF diante de descumprimento de preceito fundamental por ato do Poder Público municipal, bem como por leis ou atos normativos municipais, significou um avanço no respeito à cidadania e ao Estado democrático de direito.<sup>306</sup> Autorizado o controle

<sup>303</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 1999. p. 57-58.

<sup>304</sup> SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 94.

<sup>305</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. 2007. p. 71.

<sup>306</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30, ano 8, p. 69-77, janeiro-março de 2000. p. 70.

abstrato de constitucionalidade de normas municipais, emergem críticas na doutrina acerca da legitimidade ativa para a propositura de Arguição pelo Prefeito Municipal, pela Câmara de Vereadores e pelas Entidades Públicas ou Privadas de âmbito municipal, restando saber qual será a entidade interessada para tanto.<sup>307</sup>

Por fim, a ADPF também abrangerá as normas do Distrito Federal que forem elaboradas a partir de sua competência legislativa municipal. Sendo pessoa jurídica de direito público interno, o Distrito Federal, embora juridicamente equiparável aos Estados-membros, ostenta posição peculiar no plano da organização federativa brasileira, considerando que o artigo 32, da CF, vedou a possibilidade de o DF dividir-se em Municípios. Assim, a competência de tal ente federativo será cumulativa, eis que abrange tanto aquelas reservadas pela Constituição Federal aos Estados, como aos Municípios, autorizando-o a veicular, por deliberação própria, matérias que se incluem na esfera de regência normativa peculiar aos Municípios e aos Estados-membros (artigo 32, § 1º, da CF).

#### 4.5 PROCEDIMENTO

Analisados os caracteres gerais da ADPF, passa-se ao seu procedimento.

O artigo 2º, I, da Lei n.º 9.882/99, estipula que a legitimidade para a propositura da ADPF recai sobre os mesmos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo rol está previsto no artigo 103, da CF, alcançando o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ampliação da legitimação para o ajuizamento das ações de controle de constitucionalidade concentrado viabilizou uma modificação substancial nesse mecanismo, o que para Gilmar

---

<sup>307</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 112; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2001. p. 194.

Ferreira Mendes teria reduzido a importância do sistema de controle difuso, ao permitir que quase todas as controvérsias fossem julgadas por um controle concentrado e abstrato.<sup>308</sup>

Ao atribuir legitimidade às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, observa-se que a intenção do constituinte não foi a de assegurar proteção às minorias parlamentares, diferentemente do que ocorreu quando conferiu legitimidade aos partidos políticos com representação no Congresso, por permitir o ajuizamento da ação ainda que se consubstancie em minoria parlamentar, mesmo tendo apenas um representante no Congresso Nacional.<sup>309</sup> <sup>310</sup> Ademais, nas hipóteses em que o legitimado ativo for o Governador de Estado ou do Distrito Federal, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional será preciso que se demonstre a relação de pertinência temática com a ação a ser ajuizada.<sup>311</sup> <sup>312</sup>

Sendo proposta em face de lei, ato ou omissão do Poder Público, e não contra alguém, os legitimados passivos da ADPF são “[...] as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão censurada”<sup>313</sup>, sem que isso signifique que tais entes sejam considerados partes passivas.

A Petição Inicial será formulada de acordo com o artigo 3º, da Lei n.º 9.882/99, devendo conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado e do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas especificações; e se for o caso de argüição incidental, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado. Ademais, será acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, e será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

---

<sup>308</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 158-159.

<sup>310</sup> Temática referente à legitimidade ativa para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo sistema deve ser aplicável à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

<sup>311</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. 2001. p. 319.

<sup>312</sup> Entende-se que certamente o STF deverá manter a diferenciação, no procedimento da ADPF, entre legitimados universais e aqueles que devam demonstrar a pertinência temática.

<sup>313</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 452.

Para sua admissibilidade, deve-se observar o caráter residual da ADPF, de acordo com o § 1º, artigo 4º, da Lei n.º 9.882/99. Assim, só se fará aplicável depois de esgotados os outros meios eficazes possíveis.

Acerca da intervenção de terceiros, entende-se pelo seu não cabimento em sede de ADPF, com a conseqüente aplicação das normas que a proíbem nos artigos 7º e 18, da Lei n.º 9.868/99, tanto no procedimento da ADI quanto da ADC, até por se tratar de processo de cunho objetivo.<sup>314</sup> André Ramos Tavares faz uma ressalva quanto ao cabimento da assistência entre os constitucionalmente legitimados ativos, com exceção do legitimado que já figure no caso concreto como requerido.<sup>315</sup> Dirley da Cunha Júnior coaduna com o não cabimento de intervenção de terceiros em sede de ADPF, menos no que tange à sua modalidade incidental, em que caberia tanto a intervenção de terceiros quanto a assistência entre os legitimados ativos, em razão da natureza subjetiva dessa espécie de ADPF.<sup>316</sup>

Indeferida liminarmente a Inicial, por não ser caso de ADPF, por faltar algum dos requisitos previstos em lei ou por ser inepta, caberá Recurso de Agravo em cinco dias ao Plenário. Caso isso não ocorra, estando o órgão colegiado com oito Ministros presentes – o que corresponde a 2/3 (dois terços) da composição do STF –, o pedido de liminar pode ser deferido por voto da maioria absoluta de seus membros (seis votos), de acordo com o artigo 5º, da Lei da Argüição. Entretanto, poderá o Relator, em caso de recesso do STF ou de grande possibilidade de lesão, conceder a liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno (artigo 5º, § 1º).

Há, ainda, a faculdade prevista no § 2º, do artigo 5º, qual seja, de “[...] ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias”.

Apreciado o pedido de liminar, cabe ao Relator solicitar informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado em dez dias. Ademais há possibilidade de instrução, podendo o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar

---

<sup>314</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 357-359; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 456.

<sup>315</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 359.

<sup>316</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 456.

data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (artigo 6º, §1º). Pode, ainda, deferir o requerimento de juntada de memoriais e sustentação oral pelos interessados no processo (artigo 6º, §2º).

A falta das informações, semelhante ao que ocorre no procedimento do Mandado de Segurança, não acarretará os efeitos da revelia, mesmo na ADPF decorrente de controvérsia constitucional. Decorrido o prazo para tanto, o Relator lançará o relatório com cópia para todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.

O parágrafo único, do artigo 7º, da Lei n.º 9.882/99, prevê que o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo por cinco dias após o decurso do prazo para informações. Entretanto, há posicionamento doutrinário no sentido de exigir a atuação do Procurador-Geral da República como *custus legis* mesmo que tenha sido o autor da Arguição, com base no artigo 103, § 1º, da CF, ao determinar que o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.<sup>317</sup>

Acerca da atuação do Advogado-Geral da União no processamento da ADPF, a Lei n.º 9.882/99 apenas prevê sua oitiva no momento da concessão ou não da medida liminar, se assim entender o Relator. Entretanto, ao dispor que quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, deverá citar, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado, o artigo 103, § 3º, da CF, daria azo à sustentação da atuação do Advogado-Geral da União na defesa do ato impugnado nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nesse caso, o prazo a ser aplicado seria o mesmo previsto para o Procurador-Geral da República, qual seja, de cinco dias.<sup>318 319</sup>

Impende realizar maiores esclarecimentos acerca do cabimento do *amicus curiae* em sede de ADPF, que pode ser definido como “[...] a interferência de um terceiro com interesse *na matéria debatida* em uma demanda judicial da qual este não é parte e à qual oferece, mediante parecer,

---

<sup>317</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 371-372.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 369-370.

<sup>319</sup> Para André Ramos Tavares não seria preciso a atuação do Advogado-Geral da União quando se tratasse de ato não normativo, por falta de previsão constitucional. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. 2001. p. 369-370. Em sentido contrário, defendendo a atuação como curador quando for o caso de ato normativo e de ato não normativo, cf. CUNHA Júnior, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 453.

suas razões, sejam elas estritamente jurídicas ou não, podendo ser tal a participação oriunda de iniciativa do subscritor, de requerimento discricionário do órgão julgador, ou de exigência legal”.<sup>320</sup>

O instituto foi introduzido no direito brasileiro com a Lei n.º 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, recebendo maior aplicação com a Lei n.º 9.868/99, que traz o procedimento da ADI e da ADC.<sup>321</sup> No artigo 7º, § 2º, desta lei, há a previsão de que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Assim sendo, permite-se a colaboração de entidades ou órgãos para o processo quando tiverem representatividade e a matéria a ser tratada for relevante para a causa.

Observa-se certa divergência quanto à natureza jurídica do amigo da corte, ora sendo tratado como figura especial de intervenção de terceiros, que não se confunde com as hipóteses de intervenção de terceiros elencadas no Código de Processo Civil (terceiro *sui generis*), ora não sendo visto nem como parte nem como terceiro interveniente.<sup>322</sup>

É com base na aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/99, que se sustenta o cabimento da figura do *amicus curiae* na ADPF, atribuindo maior participação democrática ao processamento dessa ação, o que é feito em conjunto com a regra contida no artigo 6º, § 2º, da Lei n.º 9.882/99, ao dispor que “poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.<sup>323</sup>

<sup>320</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus Curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 99, p. 161-179, setembro de 2005. Versão em 1 CD-ROM. p. 162.

<sup>321</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234, p. 111-141, outubro/dezembro de 2003. p. 113

<sup>322</sup> A primeira posição é sustentada por Antonio Cabral e Pedro Lenza, enquanto a segunda por Gustavo Pedrollo e Letícia Martel. Cf. CABRAL, Antônio do Passo. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234. p. 118-119; LENZA, Pedro. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sob a Perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 228; PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus Curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 99. p. 167.

<sup>323</sup> Cf. PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus Curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais, *Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 99. p. 168; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 456-457.

Além de atribuir caráter pluralista ao processo, a intervenção do *amicus curiae* contribui para que o STF profira decisão com pleno conhecimento da matéria a ser julgada. Tanto é assim que na jurisprudência não há maiores discussões sobre o tema, vez que o Supremo vem se manifestando de forma a admitir a atuação do *amicus curiae* no processamento da Arguição, a depender principalmente da relevância da matéria. Quanto ao momento de intervenção, em princípio, o pedido deve ser feito no prazo das informações, mas o STF já admitiu o ingresso do *amicus curiae* após parecer da Procuradoria-Geral da República, com manifestação escrita ou por sustentação oral (ADPF n.º 33).<sup>324</sup>

Para o julgamento definitivo, com base no artigo 8º, devem estar presentes na sessão ao menos 2/3 (dois terços) dos Ministros. A lei, no entanto, foi omissa acerca do *quorum* de votação, eis que tal assunto foi objeto de veto (artigo 8º, § 1º). O dispositivo vetado exigia *quorum* de pelo menos 2/3 dos Ministros para considerar procedente ou improcedente a Arguição, ou seja, superior àquele exigido na ADI, que é o da maioria absoluta com a presença de pelo menos oito ministros (artigos 10 e 22, da Lei n.º 9.868/99). Assim sendo, deve ser aplicado o *quorum* do artigo 97, da CF, qual seja, maioria absoluta, o que é confirmado pelo art. 5º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99, no que tange à concessão de liminar. Interessante notar que como motivos do veto ao artigo 8º, §1º, da Lei n.º 9.882/99, tem-se que:

“O § 1º do art. 8º exige, para o exame da arguição de descumprimento de preceito fundamental, *quorum* superior inclusive àquele necessário para o exame do mérito de ação direta de inconstitucionalidade. Tal disposição constituirá, portanto, restrição desproporcional à celeridade, à capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. A isso, acrescente-se a consideração de que o escopo fundamental do projeto de lei sob exame reside em ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade, o que certamente resta frustrado diante do excessivo *quorum* exigido pelo dispositivo ora vetado. A fidelidade à Constituição Federal impõe o veto da disposição por interesse público, resguardando-se, ainda uma vez, a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal e a presteza nas suas decisões”.<sup>325</sup>

Após o julgamento da Arguição, deve-se comunicar as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (artigo 10, *caput*). A decisão será cumprida imediatamente, com a posterior lavratura do acórdão e publicação da parte dispositiva em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

<sup>324</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30. ed. atual. e compl. de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 519.

<sup>325</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Mensagem\\_Veto/1999/Mv1807-99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm)>. Acesso em 29 de setembro de 2008.



A decisão final terá eficácia contra todos e produzirá efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Poderá, ainda, apresentar efeito diverso quando o STF, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (artigo 11).

Da decisão que julga a ADPF não cabem recursos nem Ação Rescisória (artigo 12). Entende-se serem cabíveis Embargos de Declaração, mesmo sem previsão na Lei n.º 9.882/99, para sanar obscuridade, contradição ou omissão.<sup>326</sup>

Por sua vez, o estudo da coisa julgada será objeto de maior detalhamento em capítulo próprio. Ademais, caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno (artigo 13).

A Reclamação Constitucional possui previsão nos artigos 102, I, *l* e 105, I, *f*, ambos da CF, com o objetivo de preservar a competência do STF e do STJ, bem como garantir a autoridade de suas decisões, em razão da função de tais órgãos, qual seja, a de guardião da Constituição e de guardião da lei federal, respectivamente. Há, ainda, com a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico pela EC n.º 45/2004, a previsão de reclamação nos casos de ato administrativo ou de decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar.

Quanto à natureza jurídica da Reclamação, o Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar de direito de petição, veja-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em conseqüência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade

<sup>326</sup> Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 477; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. 2007. p. 174.

de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente”. (ADI 2212/CE; Rel. Min. Ellen Gracie; Tribunal Pleno; julgamento 02/10/2003; DJ 14/11/2003)

Rejeitando esse posicionamento, Leonardo Morato destaca o caráter de ação da Reclamação Constitucional, sem deixar de explicar por que a mesma não se enquadraria como um recurso, incidente ou sucedâneo recursal.<sup>327 328</sup>

Para o autor, a Reclamação Constitucional, além de não ter previsão legal atribuindo-lhe a natureza de recurso, em obediência ao princípio da taxatividade, também não tem como requisito de admissibilidade a sucumbência. O fato de a decisão judicial não ter sido cumprida não significa que a parte favorecida por ela foi sucumbente, além disso, a reclamação apenas tem como objetivo a garantia do cumprimento da decisão judicial, e não a sua reforma. O mesmo ocorre no caso das súmulas vinculantes, pois a parte já tem seu direito assegurado por elas. Considerando que um sucedâneo recursal é aquele que faz as vezes de um recurso, não pode ser atribuída à reclamação a natureza jurídica de sucedâneo recursal, até porque, como afirmado, a reclamação apenas tem como objetivo a garantia do cumprimento da decisão judicial, e não a sua reforma. Morato ainda diferencia a reclamação de um incidente processual: enquanto o incidente processual se refere sempre a um processo anterior, a reclamação, que também tem como hipótese de cabimento a preservação da competência, pode ocorrer antes da instauração do processo; o incidente tem o condão de afetar o curso de um procedimento e a reclamação não é assim; e o incidente tem como objeto uma questão acessória, enquanto a reclamação versa sobre questão independente.<sup>329</sup>

Em suma, para o autor, a reclamação teria natureza jurídica de ação, com previsão constitucional, assim como o mandado de segurança e o *habeas corpus*, por exemplo. Assim, “a reclamação decorre de uma situação não enfrentada em nenhum processo anterior, constitui uma lide autônoma, surgida em decorrência de um desacato a uma decisão, a uma súmula vinculante, ou de uma usurpação de competência. É a reclamação uma ação de conhecimento, como o

<sup>327</sup> MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 92-104.

<sup>328</sup> No mesmo sentido, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 2008. p. 427-433.

<sup>329</sup> MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. 2007. p. 100.

escopo de alcançar uma decisão de mérito, que julgue a lide existente entre o reclamante [...] e a autoridade reclamada [...]”.<sup>330</sup>

A título exemplificativo, informa-se que já foi ajuizada Reclamação no Supremo Tribunal Federal diante de suposta inobservância ao que restou decidido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com base no artigo 13, da Lei n.º 9.882/99.<sup>331</sup>

---

<sup>330</sup> MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. 2007. p. 111-112.

<sup>331</sup> Cf. Reclamação 6.551/ES; Rel. Min. Carmen Lúcia; J. 11/09/2008; DJ: 17/09/2008. Veja-se: “Decisão reclamação. Inelegibilidade (art. 1º, i, g, da lei complementar n. 64/90). Jurisprudência eleitoral que exige medida suspensiva em ação de reconsideração ou revisão de contas antes da solicitação do registro de candidatura. Alegada inobservância ao que decidido na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 144. Descabimento da reclamação”.

## 5 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, SEUS EFEITOS E A COISA JULGADA

Vistos os aspectos processuais gerais da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pretende-se analisar um pouco mais detidamente os efeitos decorrentes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Argüição. Assim sendo, após um estudo acerca dos efeitos da decisão em sede de medida cautelar e posteriormente de decisão final, trata-se da relação desta com a coisa julgada formada em outras ações ordinárias, realizando o estudo do caso prático da ADPF de n.º 83.

### 5.1 EFEITOS DA CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA

A previsão constitucional acerca da competência do STF, no artigo 102, I, *p*, no que tange à concessão de liminares, faz referência apenas ao pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade, o que é estendido ao regramento das ações declaratórias de constitucionalidade pelo próprio Supremo, com base no poder geral de cautela do juiz, tendo em vista que a EC n.º 3/93, que introduziu a ADC no ordenamento pátrio não regulamentou expressamente essa possibilidade.<sup>332</sup>

O entendimento a ser dado ao artigo 102, I, *p*, da CF, deve ser o de que a Constituição autoriza a concessão de medidas cautelares em sede de ações diretas de inconstitucionalidade. Caso contrário configuraria uma norma inócua, pois o artigo 102, I, *a*, da CF, já determina a competência do STF para o julgamento de ADI e, ainda, de ADC, sendo que o órgão competente para o julgamento da causa também o é para a concessão ou não de medida liminar.<sup>333</sup> Cabe acrescentar que o próprio Regimento Interno do STF, em seu artigo 21, IV, dispõe que é atribuição do relator “submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência

---

<sup>332</sup> Veja a seguinte ementa: “[...] AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO VINCULANTE - POSSIBILIDADE. - O Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato [...]”. ADC-MC 8/DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; j.: 13/10/1999; DJ: 04/04/2003.

<sup>333</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 1999. p. 27-28 e 81-82.

respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa”.<sup>334</sup>

Ressalta-se que no caso da ADC, o pedido de medida liminar é feito no sentido de que os juízes e tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento final, nos termos do artigo 21, *caput*, da Lei de n.º 9.868/99, garantindo maior segurança jurídica.

O caso da ADPF não há de ser diferente, considerando que o artigo 102, § 1º, da CF, atribui competência ao Supremo para seu julgamento, principalmente ao se analisar seu objeto, que pode demandar uma pronta tutela. Além de estar prevista expressamente na Lei n.º 9.882/99 (artigo 5º), que trata do procedimento da ADPF, a concessão de medida cautelar em Arguição se justifica por estar implícita no direito de ação e de acesso à justiça, bem como ao decorrer do poder geral de cautela do juiz, previsto no artigo 798, do CPC.<sup>335</sup>

Tendo em vista a presunção de validade dos atos estatais, a medida cautelar deverá ter caráter excepcional. Ocorre que na prática, devido à demora na prestação da tutela jurisdicional, a medida cautelar deferida passa a produzir efeitos por um longo período de tempo. Lembre-se que o prejuízo da demora atinge tanto o Poder Judiciário, com a perda de sua credibilidade perante a sociedade e com a perda de recursos, como os particulares, com os danos marginais decorrentes da prestação da tutela jurisdicional.<sup>336</sup>

A tutela de urgência possui previsão constitucional, como decorrência da garantia do acesso à justiça, tendo em vista que não basta a prestação da tutela jurisdicional, pois também deve ser célere e efetiva (artigo 5º, LXXVIII, da CF). Para tanto, Sérgio Cruz Arenhart sustenta a aplicação da tutela urgente de forma mais ampla e eficaz, a partir dos mesmos ditames conferidos ao realizar uma interpretação constitucional, atribuindo maior efetividade à garantia do acesso à justiça.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_2008.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_2008.pdf)>. Acesso em 20 de outubro de 2008.

<sup>335</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. 2001. p. 344.

<sup>336</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil – Teoria Geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1.º e 2.º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 651.

<sup>337</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 279.

Assim sendo, as normas referentes à tutela de urgência constantes do Direito Processual Civil devem ser interpretadas tendo como parâmetro o Direito Constitucional. E, ainda, a unidade da Constituição (vide Capítulo 2) leva à consequência de que “não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional”.<sup>338</sup>

A constitucionalização dos princípios e as cláusulas gerais cederam espaço a uma abertura do processo civil, mais preocupado com os ditames de um Estado democrático de direito, no qual o processo é visto de forma diversa, a partir da complementação entre o direito processual e o direito material. Além disso, o caráter democrático reforça a necessidade de motivação das decisões judiciais, bem como a valorização do princípio do contraditório e da ampla defesa de modo a tornar o processo mais democrático.<sup>339</sup>

A título de complementação, apesar da unidade do Direito Constitucional, a doutrina costuma dividir seu estudo em Direito Constitucional Processual, que trata dos princípios constitucionais processuais, e em Direito Processual Constitucional, que envolve tópicos como a jurisdição constitucional, o mandado de segurança e as ações de controle de constitucionalidade concentrado.<sup>340</sup> Por sua vez, Hermes Zaneti Júnior compreende o processo constitucional de forma mais ampla, abarcando não apenas a jurisdição constitucional *stricto sensu* (ações voltadas ao controle de constitucionalidade), mas também os princípios constitucionais processuais, as ações constitucionais e as normas sobre organização judiciária que estão na Constituição.<sup>341 342</sup>

Neutralizando os efeitos ocasionados ao processo ou ao direito em razão do decurso do tempo sem a resolução da lide pelo Poder Judiciário, a tutela de urgência protege tanto o bem da vida (satisfativa), quanto o processo, sem satisfação do direito material (cautelar). Enquanto a antecipação de tutela, de caráter satisfativo, possui previsão no artigo 273, do CPC, a regra geral das medidas cautelares encontra-se tipificada no artigo 798, do CPC (poder geral de cautela do juiz).<sup>343</sup>

---

<sup>338</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 172.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 57 e 63.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>342</sup> No mesmo sentido, sustentando que o direito processual constitucional abrange tanto a jurisdição constitucional quanto a proteção de princípios fundamentais à organização judiciária e ao processo, cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

<sup>343</sup> Seguindo o mesmo posicionamento: “Mas ainda é preciso distinguir: existe uma tutela sumária de natureza tipicamente cautelar, ou seja, voltada a medidas meramente assecuratórias da prova ou do resultado do processo; e

O termo “cautelar” usado no artigo 102, I, *p*, da CF – dispositivo referente à ADI mas que serve de fundamento constitucional para a concessão de medidas cautelares em ADC e ADPF – não deve ser submetido às diferenciações colocadas pela doutrina e pelo legislador infraconstitucional, compreendendo todas as medidas preliminares. Assim sendo, seria cabível tanto a concessão de cautelares como de antecipação de tutela em sede de ADPF, até porque a concessão dessas medidas de urgência serve ao direito constitucional de ação, à obtenção de uma tutela jurisdicional célere e eficaz e à inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário.<sup>344</sup>

O *quorum* para deferimento de medida liminar em ADPF é de maioria absoluta, desde que presentes dois terços dos Ministros (artigo 8º), porém, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o Relator conceder a liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno (artigo 5º, § 1º). Além disso, o Relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (artigo 5º, § 2º).

De modo geral, os requisitos para a concessão da tutela de urgência são a plausibilidade do direito e a demonstração do perigo da demora, que irão variar em maior ou menor grau a depender do tipo de tutela de urgência pleiteada. Marcelo Abelha aponta que a tendência é a diminuição dessas diferenças entre a antecipação da tutela cautelar e da tutela satisfativa, mas ressalva que enquanto a lei fizer a distinção quanto aos requisitos os institutos devem ser aplicados com diferentes regras.<sup>345</sup> O mesmo vale para os requisitos necessários à concessão de liminar em controle abstrato de constitucionalidade, que são o *fumus boni iuris*, visto como a plausibilidade da argumentação, e o *periculum in mora*, isto é, o perigo da demora para a eficácia da decisão a ser proferida a final. No mesmo sentido já se manifestou o Supremo:

“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ARTIGO 2º DO DECRETO N. 4.726/87 DO ESTADO DO PARÁ. ATO REGULAMENTAR. AUTARQUIA ESTADUAL. DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM. REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES.

---

uma tutela sumária que leva a medidas satisfativas, encurtando ou evitando o procedimento ordinário”. GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. 2005. p. 214. E ainda: “A tutela que não se limita a assegurar o resultado útil procurado pelo autor, mas a ele confere imediatamente esse resultado ou um resultado prático satisfativo (e não meramente acautelatório), somente pode ser tutela antecipatória, e não tutela cautelar”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. v. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 223.

<sup>344</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. 2001. p. 346-348.

<sup>345</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil – Teoria Geral*: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1.º e 2.º graus; recursos; execução; tutela de urgência. 2008. p. 664-666.

VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. NÃO-RECEBIMENTO DO ATO IMPUGNADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA CARACTERIZADOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. A controvérsia posta nestes autos foi examinada por esta Corte quando do julgamento da ADPF n. 33. Em ambas as hipóteses, restou atendida a exigência da subsidiariedade. 2. Decreto estadual que vinculava os vencimentos dos servidores da autarquia estadual ao salário mínimo. 3. A ocorrência do *fumus boni iuris* é inquestionável, já que, ao menos em delibação cautelar, tem-se presente a ofensa a preceito fundamental. O *periculum in mora* também está configurado. Isto porque decisões judiciais, ao aplicarem o texto normativo, impõem obrigações pecuniárias ao Estado-membro, o que conduz ao comprometimento das atividades da Administração. 4. Plausibilidade da medida cautelar pleiteada”. (ADPF-MC 47/PA; Trib. Pleno; Rel. Min. Eros Grau; J. 07/12/2005; DJ: 27/10/2006)

Nos casos em que já houver transcorrido determinado tempo da edição da norma, o STF, no lugar do perigo da demora, vem aceitando que esse requisito seja substituído pela demonstração da conveniência da liminar.<sup>346</sup> Rodrigo Lopes Lourenço atribui essa flexibilização à carga política das decisões do Supremo, lembrando o caso da ADI – o que pode ser estendido às demais ações de controle abstrato –, eis que:

“[...] traz grande carga política às decisões das cortes constitucionais, porque, com muito maior intensidade do que em um processo jurisdicional, as mesmas têm enorme repercussão. Portanto, chega a ser previsível que os tribunais competentes para o exercício do controle abstrato da constitucionalidade substituam pressupostos jurisdicionais de sua atuação, como o de *periculum in mora*, por outros de caráter francamente político como o de conveniência da suspensão da norma impugnada”.<sup>347</sup>

Como a Lei n.º 9.882/99 não trata exaustivamente dos efeitos da liminar concedida, entende-se aplicável o procedimento previsto para a ADI e para a ADC, por meio do qual a eficácia suspensiva operaria, em regra, *ex nunc*, podendo ser *ex tunc* se o STF assim entender diante da gravidade do caso.<sup>348</sup> É justamente nesse ponto que Dirley da Cunha Júnior defende que deve ser aplicada à ADPF a disciplina prevista nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 11, da Lei n.º 9.868/99, *in verbis*:

“Art. 11 [...]”

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

Diferentemente da ADC, em que a medida liminar produz efeitos por 180 dias, de acordo com o artigo 21, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/99, a liminar concedida em ADPF não tem prazo de

<sup>346</sup> A título de exemplificação, cf. ADI-MC 1651/PB, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 15/04/98, DJ 11/09/98; e ADI-MC 1414/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 19/06/96, DJ 19/12/96.

<sup>347</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 1999. p. 85.

<sup>348</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 458.



duração. Ainda assim, tanto Gilmar Ferreira Mendes quanto Gustavo Binenbojm sugerem a adoção do mesmo prazo de eficácia para os casos em que o andamento dos processos em curso nas instâncias ordinárias é suspenso.<sup>349</sup>

Acerca da ADPF, a única previsão quanto aos seus efeitos em medida liminar é na determinação de que juízes e tribunais podem suspender 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 (artigo 5º, § 3º). Tal dispositivo produz um efeito externo tanto na modalidade de ADPF incidental (artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99), atingindo o processo em que foi suscitado o descumprimento e os demais em curso, quanto na modalidade de ADPF direta (artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99), que alcança os processos em curso em que não tenha operado a coisa julgada.<sup>350</sup> Cabe destacar que a possibilidade de suspensão de processos em curso deve ser interpretada de modo a resguardar os direitos fundamentais, sem ocupar o papel de medida avocatória visando apenas à defesa de políticas governamentais.<sup>351</sup>

Diante da distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa exposta anteriormente, André Ramos Tavares sugere que no artigo 5º, §3º, da Lei n.º 9.882/99, seja utilizado o termo “cautelar” em vez de “liminar”, pois a ADPF não teria como objetivo final suspender em definitivo o andamento de processos e tal suspensão teria o intuito de garantir a eficácia da decisão final a ser proferida pelo STF.<sup>352</sup>

Por sua vez, o limite da coisa julgada vem sendo respeitado pelo Supremo, o que é possível extrair do seguinte julgado:

“[...] 2. AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF. Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por lei superveniente. Exclusão da eficácia da liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. Aplicação do art. 5º, § 3º, *in fine*, da Lei federal n. 9.882/99. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar

<sup>349</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. 2007. p. 125; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2001. p. 198.

<sup>350</sup> 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 n.º 9.882/99*. 2001. p. 230.

<sup>351</sup> MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. 2003. p. 164.

<sup>352</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. 2001. p. 349.

concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente”. (ADPF 79-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-6-07, DJ de 17-8-07)

Por fim, cumpre informar que a ADI-MC 2.231-DF em curso, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questiona a legitimidade de toda a Lei n.º 9.882/99. Acerca do artigo 5º, § 3º, o Relator, Ministro Néri da Silveira, no julgamento da medida liminar da ADI 2.231, votou pelo seu deferimento por ter relação com a Arguição incidental, que deveria ter sido criada por emenda constitucional e não pelo legislador ordinário.<sup>353</sup> Informa-se que em 2001 houve pedido de vista pelo Ministro Sepúlveda Pertence, sem julgamento até o presente momento.

## 5.2 EFEITOS DA DECISÃO FINAL

Para a instalação da sessão de julgamento da ADPF é preciso que haja a presença de pelo menos dois terços dos Ministros, de acordo com o artigo 8º, da Lei n.º 9.882/99. No § 1º desse dispositivo havia a previsão do *quorum* para julgamento de dois terços dos Ministros, o que foi objeto de veto presidencial por exigir *quorum* superior ao previsto em outras ações de controle concentrado de constitucionalidade. Isso sem mencionar que *quorum* tão elevado, além de limitar o alcance da Arguição, obstaria a celeridade, a capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>354</sup> Assim sendo, o *quorum* para julgamento deve ser o da maioria absoluta dos Ministros do Supremo, previsto no artigo 97, da Constituição Federal, para o reconhecimento de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental, bem como no artigo 5º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99, direcionado à concessão de medidas cautelares.<sup>355</sup>

De acordo com o artigo 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/99, que trata do aspecto subjetivo dos efeitos, a decisão final proferida em sede de ADPF pelo Supremo Tribunal Federal é dotada de eficácia *erga omnes* e produz efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público.

<sup>353</sup> Informativo do STF n.º 253, de 3 a 7 de Dezembro de 2001. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 20 de outubro de 2008.

<sup>354</sup> Mensagem de veto n.º 1.807/99. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Mensagem\\_Vet\\_o/1999/Mv1807-99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Vet_o/1999/Mv1807-99.htm)>. Acesso em 20 de outubro de 2008.

<sup>355</sup> Cf. CUNHA Júnior, Dirley da. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 473; VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*: atualizado conforme as Leis n. 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99. 2000. p. 308.

A oponibilidade *erga omnes* é característica fundamental das decisões proferidas pelo Supremo em processos objetivos, eis que se refere à lei em tese, independentemente do caso concreto.<sup>356</sup> Enquanto André Tavares pontua que a coisa julgada oponível *erga omnes* não tem o condão de impedir nova edição de ato já declarado inconstitucional ou que tenha descumprido preceito fundamental em controle abstrato de constitucionalidade exigindo o estabelecimento de força vinculante, Roberto Mendes Mandelli Júnior entende que o efeito vinculante não passaria de uma conseqüência da força obrigatória do efeito *erga omnes*.<sup>357</sup>

De qualquer forma, a Emenda Constitucional n.º 3/93 assegurou o efeito vinculante para as decisões proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade, que incluiu o § 2º ao artigo 102, da Constituição, previsão estendida para o julgamento em Ações Diretas de Inconstitucionalidade com a EC n.º 45/04, alcançando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A mesma sistemática prevista na Constituição, em seu artigo 102, § 2º, bem como na Lei 9.868/99, em seu artigo 28, parágrafo único, deve ser aplicada no campo da Argüição, visto que a temática do controle de constitucionalidade implica na uniformidade de regras tangentes ao processo objetivo.<sup>358</sup> Tanto é assim que no artigo 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/99, há a regulamentação de que a decisão proferida em sede de ADPF terá efeito vinculante relativamente “aos demais órgãos do Poder Público”.

Clèmerson Merlin Clève ressalta que a coisa julgada oponível *erga omnes* produzida pela decisão do STF em ADI não teria o condão de impedir que o Poder Legislativo editasse novo ato com o mesmo conteúdo daquele declarado inconstitucional.<sup>359</sup> Mas podendo o efeito vinculante ser conceituado como “[...] a força que uma decisão estatal tem de impedir que outros órgãos do Poder Público venham a realizar atividades, legislativas, administrativas ou jurisdicionais, contrárias a ela”<sup>360</sup>, observa-se que nesse conceito estariam aí incluídos os três Poderes.

---

<sup>356</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2000. p. 240; TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. 2001. p. 382.

<sup>357</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. 2001. p. 382; MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. 2003. p. 173.

<sup>358</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. 2001. p. 384.

<sup>359</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2000. p. 242.

<sup>360</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 1999. p. 137.

Há certa divergência na doutrina quanto ao alcance do efeito vinculante. Uns defendem que o efeito vinculante não atinge o Poder Legislativo, de modo a não impedir a flexibilização e a abertura da Constituição, inclusive diante da mutação constitucional diante da alteração de circunstâncias fáticas e da limitação constante no artigo 102, § 2º, da Constituição, quanto ao Poder Judiciário e à Administração Pública.<sup>361</sup> Enquanto outros sustentam que a atuação do Poder Legislativo deve ser limitada em sede de ADPF, dotada de amplitude maior do que a ADI e a ADC, autorizando até mesmo a suspensão liminar do processo legislativo, bem como em razão de expressa previsão no artigo 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/99, que se refere aos demais órgãos do Poder Público, estando incluído aí o Poder Legislativo.<sup>362</sup>

A mesma ADI-MC n.º 2.231-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, também questionou a constitucionalidade do artigo 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/99, mas o Relator Ministro Néri da Silveira votou no sentido de indeferir a liminar eis que o efeito vinculante não teria natureza constitucional e o legislador infraconstitucional poderia legislar sobre a eficácia das decisões judiciais, como permitiria o artigo 102, § 1º, da Constituição, que prevê o cabimento de ADPF.<sup>363</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso, os efeitos objetivos da decisão em sede de ADPF irão variar ao se tratar de ato normativo, em que os efeitos serão semelhantes à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade; de ato administrativo, ocasião em que haverá a retirada do ato do regime jurídico ou a declaração de sua nulidade, se já tiver ocorrido; ou de decisão judicial, havendo a simples afirmação da tese jurídica, e, se não surtir efeitos, o órgão judicial competente para o julgamento do caso concreto deve produzir decisão específica de acordo com o que ficar decidido pelo Supremo.<sup>364</sup>

A declaração de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental pelo STF produzirá, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*). Mas poderá, ainda, por força do artigo 11, da

<sup>361</sup> Cf. MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. 2003. p. 175; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. 2007. p. 197.

<sup>362</sup> Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 476; SARLET, Ingo Wolfgang. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 154; 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 n.º 9.882/99*. 2001. p. 228.

<sup>363</sup> Informativo do STF n.º 253, de 3 a 7 de Dezembro de 2001. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 20 de outubro de 2008.

<sup>364</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2009. p. 299.

Lei n.º 9.882/99, ocorrer a manipulação temporal desses efeitos em caso de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, ocasião em que o STF, por maioria de 2/3 de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que apenas terá eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão ou outro momento que fixar. Há idêntica previsão na Lei n.º 9.868/99, em seu artigo 27, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC, que vem sendo utilizada no Supremo de forma recorrente.<sup>365</sup>

Como se percebe, o *quorum* de 2/3 exigido em ambas as leis para a modulação dos efeitos da decisão supera o *quorum* da maioria absoluta exigida para um regular julgamento. Quanto à necessidade de previsão constitucional, André Ramos Tavares sustenta que o *quorum* diferenciado se dá em razão da peculiaridade do assunto, pelo fato de que as decisões proferidas em controle de constitucionalidade abstrato são dotadas de efeito retroativo, visto como um princípio implícito. E complementa:

“A graduação (dimensionamento) temporal das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de descumprimento de preceito fundamental e, de resto, em sede de qualquer processo objetivo, é poder que se insere, naturalmente, nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessário previsão constitucional expressa. Se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há de se considerar que relegou a questão ‘a prudente discricionariedade do Tribunal’.”<sup>366</sup>

A limitação conferida pelo Supremo quanto à eficácia de suas decisões poderá alcançar tanto os efeitos *erga omnes*, excluindo determinadas situações, quanto os efeitos temporais da decisão, operando efeitos retroativos de modo não absoluto, a partir do trânsito em julgado da decisão ou a partir de outro momento estipulado em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.<sup>367</sup>

Roberto Mandelli questiona a constitucionalidade do artigo 11, da Lei n.º 9.882/99, quanto à previsão dos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, posto que teriam sido previstos em lei e não no texto constitucional. Mas para o autor, a depender do caso concreto, essa modulação dos efeitos poderia ser utilizada para evitar situações de inconstitucionalidade que poderiam ser geradas pelo efeito retroativo, sob a justificativa de que a produção de efeitos por um ato inconstitucional deve estar pautada em valores constitucionais de mesma hierarquia ao preceito fundamental

<sup>365</sup> Cf. ADI 3819/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, J. 24/10/2007, publicado em 28/03/2008; ADI 3458/GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, J. 21/02/2008, publicado em 16/05/2008.

<sup>366</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. 2001. p. 389.

<sup>367</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 477.

descumprido, o que faria com que houvesse a aplicação da Constituição sem qualquer convalidação do ato inconstitucional pelo STF.<sup>368</sup>

A cautela deve imperar na atuação do Supremo ao delimitar o alcance de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade. Igual doutrina expõe Zeno Veloso, ao afirmar que “podemos garantir que a inclinação mais importante do controle jurisdicional de constitucionalidade, quanto aos efeitos da declaração, é fugir do rigorismo técnico-jurídico, das posições inflexíveis e dogmáticas, considerando as conseqüências práticas e políticas, a justiça do caso concreto, permitindo que o Tribunal, com prudência e cautela, exerça um poder normativo, determinando a eficácia da decisão a respeito da inconstitucionalidade”.<sup>369</sup>

Ao decidir acerca do pedido de cautelar na ADI-MC 2.231-DF, em que restou questionada a legitimidade do artigo 11, da Lei n.º 9.882/99, o Ministro Néri da Silveira também votou no sentido de indeferir a medida liminar por se tratar de processo de cunho objetivo, sem que houvesse previsão constitucional para impedir que o legislador ordinário legislasse no sentido de autorizar o Supremo a modelar os efeitos de suas decisões em determinados casos.<sup>370</sup>

Após o julgamento da Argüição, deve haver a comunicação das autoridades ou dos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (artigo 10, *caput*). A decisão será cumprida imediatamente, com a posterior lavratura do acórdão e publicação da parte dispositiva em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

Por fim, a relação entre os efeitos de uma decisão proferida pelo Supremo em sede de Argüição e a coisa julgada em outros processos que guardem semelhança com a ação constitucional será objeto de maiores análises no tópico a seguir.

---

<sup>368</sup> MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Argüição 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: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 239-242.

<sup>369</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis n. 9.868 de 10/11/99 e 9.882 de 03/12/99*. 2000. p. 188.

<sup>370</sup> Informativo do STF n.º 253, de 3 a 7 de Dezembro de 2001. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 20 de outubro de 2008.

### 5.3 COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada atribui a qualidade de imutabilidade à sentença de modo a garantir a pacificação social, eis que não seria possível alcançar a estabilidade se mesmo após a prestação da tutela jurisdicional fosse possível ajuizar demanda idêntica, ou seja, com as mesmas partes, causa de pedir e pedido. Sendo a segurança jurídica um dos valores constitucionais a inalterabilidade da coisa julgada mostra-se indispensável à sua concretização.

De acordo com o artigo 6º, § 3º, da LICC, chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. Por sua vez, o artigo 467, do CPC, denomina coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Ambas as redações são objeto de críticas na doutrina. Pedro Siqueira, acerca da redação da LICC, sustenta que a coisa julgada foi equiparada à sentença judicial irrecorrível, quando, em realidade, é a partir desse momento que a coisa julgada será formada.<sup>371</sup> De outro lado, Marcelo Abelha Rodrigues critica a redação do artigo 467, do CPC, vez que a coisa julgada passou a ser vista como qualidade dos efeitos da sentença (Teoria de Liebman), e não como eficácia.<sup>372</sup>

Na Exposição de Motivos do CPC, em seu Capítulo III, III, 10, procurou-se adotar o conceito de coisa julgada elaborada por Enrico Tullio Liebman, cuja teoria parte do pressuposto de não equiparação da declaração jurisdicional com a coisa julgada, demonstrando ser possível a produção de efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios a partir da sentença sem que sobre eles recaia a autoridade da coisa julgada, pelo menos em tese, vez que esta seria algo capaz de tornar imutável o comando nascido com a prolação da sentença.<sup>373</sup> Assim sendo, a coisa julgada é conceituada como “[...] a indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e dos seus efeitos, aquele atributo que qualifica e potencializa a eficácia que a sentença naturalmente produz, segundo a sua própria essência de ato estatal”.<sup>374</sup>

---

<sup>371</sup> SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 74.

<sup>372</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil – Teoria Geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1.º e 2.º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 2008. p. 201.

<sup>373</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 22-23.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 60.

Divide-se, ainda, como dois aspectos do mesmo instituto, em coisa julgada substancial ou material, equiparada à autoridade da coisa julgada, como eficácia específica, e em coisa julgada formal, que opera quando não são mais cabíveis a interposição de recursos condicionante da formação daquela, ou seja, quando a sentença passa a ser imutável.<sup>375</sup>

Existem, ainda, posicionamentos divergentes na doutrina, como o de Marcelo Abelha Rodrigues, que na tentativa de conceituação da coisa julgada a entende como “[...] uma situação jurídica que passa a existir com a ocorrência do trânsito em julgado, muito embora a sua eficácia (a da coisa julgada) possa estar centrada em momento anterior”.<sup>376</sup>

Para alcançar esse conceito, o autor partiu de três pressupostos: a) questiona se há vícios na doutrina formulada por Liebman, pois enquanto este entende a coisa julgada como a qualidade que adere ao efeito da sentença, Marcelo Abelha entende que não há qualidade que faça com que o efeito permaneça imutável e indiscutível; b) a coisa julgada difere da autoridade conferida pelo legislador, tendo em vista que a coisa julgada material pode existir sem a autoridade, como no caso da relativização da autoridade da coisa julgada que ocorre na ação popular julgada improcedente por insuficiência de provas, por exemplo (coisa julgada *secundum eventum probationes*); c) a sentença produz efeitos antes da coisa julgada, como a hipoteca judicial e a execução provisória.<sup>377</sup>

Apesar da intangibilidade da coisa julgada, existem exceções previstas no Código de Processo Civil brasileiro:

Artigo 475-L, § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:  
 I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;  
 II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;  
 III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;  
 IV - ofender a coisa julgada;  
 V - violar literal disposição de lei;

<sup>375</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2007. p. 55.

<sup>376</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil – Teoria Geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1.º e 2.º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 2008. p. 205.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 201-206.



VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Artigo 741, parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

O princípio da segurança jurídica não é absoluto e não pode se sobrepor à própria supremacia constitucional, até porque a estabilidade da ordem constitucional é a maior tradução do princípio da segurança jurídica. Assim sendo, a relativização da coisa julgada deve ocorrer como medida excepcional, a ser justificada quando houver vício profundo e não com mera alegação de injustiça.<sup>378</sup>

Ater-se-á, no presente estudo, às hipóteses de relativização da coisa julgada em razão de inconstitucionalidade, o que se traduz em vício de maior gravidade. Nesses casos, o comando transitado em julgado viola regra ou princípio da Constituição, autorizando a relativização da coisa julgada, tendo em vista que a violação da supremacia constitucional traria maior insegurança jurídica do que a desconstituição da decisão judicial transitada em julgado. Reitera-se que “não há, como já se afirmou, insegurança maior, dentro do Estado Democrático de Direito, do que a instabilidade da ordem constitucional, e não há injustiça mais evidente do que a prevalência de um ato reconhecidamente ofensivo aos preceitos fundamentais da Constituição. Entender-se contrariamente seria ter uma visão distorcida da idéia de ‘imutabilidade’ inerente ao conceito de coisa julgada, transmutando-a em algo absoluto”.<sup>379</sup>

Como corolários de um Estado democrático de direito, o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes permeiam o exame da relativização da coisa julgada em caso de inconstitucionalidade. Pelo princípio da legalidade ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, II, da CF), sendo que esta deve estar de acordo com os ditames constitucionais.

<sup>378</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 162-169.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 178.

Ademais, o Poder Executivo e o Poder Legislativo no exercício de suas atribuições estão sujeitos ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Assim também deve ser para o Poder Judiciário quando proferir decisões que contrariam a Constituição Federal. Valores de um Estado democrático de direito direcionados ao desenvolvimento da democracia e ao aumento da confiança dos cidadãos para com o Poder Público não permitem a manutenção da coisa julgada quando houver violação à Constituição Federal por ela. Nesse sentido, José Delgado afirma que “o que todo cidadão espera do Poder Judiciário é a defesa integral da supremacia constitucional. Nunca a sua violação ao emitir decisões judiciais. A atividade judiciária, pela nobreza contida no seu exercício, deve imprimir o máximo de segurança jurídica. Esse patamar só será alcançado se ela configurar de modo explícito a harmonia dos seus efeitos com as linhas mestras materializadas no texto da Constituição Federal”.<sup>380</sup>

Assim sendo, se o princípio da separação de poderes ou da preponderância de funções autoriza que o Poder Judiciário realize o controle de constitucionalidade de atos e provimentos emanados do Poder Executivo e do Poder Legislativo, nada mais equânime do que também submeter seus atos típicos ao controle de constitucionalidade, estando incluída aí também a coisa julgada<sup>381</sup>.

O artigo 5º, XXXVI, da CF, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A partir daí, surge discussão na doutrina se o princípio da intangibilidade da coisa julgada estaria constitucionalizado no direito pátrio para prosseguir à sua relativização. Caso entenda que sim, em caso de inconstitucionalidade procede-se a uma ponderação de interesses para desconstituir a decisão judicial que transitou em julgado sobre determinado caso concreto. Mas entendendo ser dotada a coisa julgada de caráter infraconstitucional, bastaria submetê-la ao controle de constitucionalidade para promover sua retirada do ordenamento.<sup>382</sup>

Ao traçar os efeitos decorrentes de decisão proferida em sede de ADPF, cabe analisar se seriam capazes de alcançar a coisa julgada material formada em ações individuais ou coletivas anteriormente à decisão que julga a Arguição. Em um estudo inicial, é possível sustentar que os efeitos da coisa julgada material não poderiam ser alcançados por uma decisão em sede de ADPF

---

<sup>380</sup> DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2006. p. 107.

<sup>381</sup> SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. 2006. p. 27-28.

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 8.

– ocasião em que a segurança jurídica e a paz social teriam prevalência sobre um julgamento mais justo ou mais adequado aos ditames constitucionais.

O efeito vinculante emanado da decisão em sede de ADPF deve respeitar dois limites, segundo Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas, consubstanciados na coisa julgada e na atividade legislativa. No que diz respeito à coisa julgada, essa intangibilidade é decorrente do próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, XXXVI, tendo em vista que procedimento previsto em lei infraconstitucional não detém poder para atingir a coisa julgada.<sup>383</sup> Walter Claudius Rothenburg também se posiciona no sentido de limitar os efeitos da ADPF em relação às decisões judiciais definitivas, ressaltando, no entanto, a vinculação do legislador à interpretação proferida pelo Supremo, o que permitiria obstar a liminar do processo legislativo.<sup>384</sup>

Entretanto, em 1968 o Supremo já atestava a possibilidade de argüir a nulidade de decisão judicial transitada em julgado por meio de Ação Rescisória, como se extrai da seguinte ementa: “A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o Mandado de Segurança. Aplicação da súmula 430. Recurso desprovido”.<sup>385</sup> Mais recentemente, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida em Medida Cautelar, afirmou que “[...] ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27, Lei nº 9.868, de 1999), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada, eficazmente, tanto em ação rescisória, como nos embargos à execução”.<sup>386</sup>

Mas sempre atento à segurança jurídica e ao excepcional interesse social, o STF pode flexibilizar a nulidade da norma inconstitucional manipulando os efeitos de sua decisão e, com isso, obstando a revisão do ato praticado que tiver sido baseado em lei inconstitucional – prerrogativa que restou positivada no ordenamento jurídico com as Leis de n.º 9.868/99 e 9.882/99.

---

<sup>383</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30. p. 73.

<sup>384</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 228-229.

<sup>385</sup> RMS 17.976-SP; 3ª T.; Rel. Min. Amaral Santos; J. 13/09/1968; DJ 26/09/1969.

<sup>386</sup> AC 189 MC/SP; Rel. Min. Gilmar Mendes; J. 06/04/2004; DJ 15/04/2004.

No que diz respeito à ADPF, Arthur Mendes Lobo e Heveraldo Galvão excepcionam a imutabilidade da coisa julgada em determinados casos concretos que tiverem descumprido preceito fundamental, de forma condizente com os parâmetros de um Estado democrático de direito. Para tanto, a desconstituição ou flexibilização da coisa julgada em tais hipóteses, desde que reconhecidas pelo STF em decisão proferida em sede de ADPF, deverá ocorrer por meio de Ação Rescisória, cujo prazo decadencial de dois anos será contado a partir da publicação da decisão do Supremo.<sup>387</sup> Interessante transcrever exemplo trazido pelos autores:

“Imaginemos, por exemplo, que uma portaria do Reitor de uma determinada universidade que proíba a matrícula de estudantes de religião islâmica, tenha sido declarada constitucional em sede de mandado de segurança, com trânsito em julgado no ano de 2001. Suponhamos que, posteriormente, em 2006, uma argüição de descumprimento de preceito fundamental é interposta contra várias portarias de universidades federais que adotaram a mesma proibição. Julgada procedente essa ADPF, não nos parece razoável que ela não possa vir a interferir e modificar os efeitos da decisão que transitou em julgado. A coisa julgada do mandado de segurança não pode prevalecer sobre a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião maior da Constituição. Do contrário, aquela primeira universidade teria autorização da coisa julgada para violar um preceito fundamental, o que não parece ser condizente com o sistema processual de um Estado Democrático de Direito”.<sup>388</sup>

Há entendimento que vai além, defendendo o cabimento de ADPF diante de sentença transitada em julgado que tenha descumprido preceito fundamental, por enquadrá-la como “ato do poder público” – hipótese de cabimento constante do artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99. Com isso, o ato do Poder Público não diria respeito apenas ao ato normativo, englobando os atos oriundos do Poder Judiciário, que devem respeitar os preceitos fundamentais tanto por atos de natureza material quanto de cunho administrativo, mas sempre respeitando a regra da subsidiariedade para cabimento de ADPF.<sup>389</sup>

Nesse sentido, Fausto França Júnior afirma que “agora, quanto à coisa julgada inconstitucional, verifica-se perfeitamente a possibilidade de cabimento de ADPF para seu controle, até porque não existem recursos contra a mesma, nem é passível de mandado de segurança, consoante clássico entendimento (súmula n.º 268 do STF, datada de 16/12/1963)”.<sup>390</sup> E, complementa que quando o objeto da ADPF for um ato do Poder Judiciário é preciso que tenha havido o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, evitando seu uso como um recurso a mais no sistema jurídico, sustentando para tanto que:

<sup>387</sup> LOBO, Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a coisa julgada. *Revista de Processo*, v. 145, ano 32, p. 106-123, março de 2007. p. 121.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>389</sup> FRANÇA JUNIOR, Fausto F. A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF. *Boletim Jurídico*. Uberaba/MG, a. 3, n.º 113. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=496>>. Acesso em 14 de outubro de 2008.

<sup>390</sup> Cf. nota 389, p. 138.

“Temos que a ADPF é incompatível com impugnação a decisões judiciais provisórias, como as que concedem medidas de natureza antecipatória ou cautelar, pois não se trata de recurso nem substitui os recursos previstos no CPC. Perceba-se que a hipótese é diferente no caso da coisa julgada inconstitucional, contra a qual, a princípio, não existe meio eficaz. É certo que vimos acima que poderá caber ação rescisória, entretanto, sabe-se que corrente significativa da doutrina não enxerga a possibilidade de uso da rescisória após dois anos do trânsito em julgado da decisão inconstitucional. Restaria, assim, a ação declaratória de natureza ordinária desconstitutiva de sentença. Aqui parece evidente que mesmo que caiba a ação declaratória desconstitutiva, a qual, logicamente sempre será cabível à luz do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV), tal fato não impede o uso da ADPF, porque senão daria-se ao princípio da subsidiariedade um conteúdo que conduziria à conclusão de que a ADPF nunca seria cabível! É que sempre poderá qualquer cidadão brasileiro dirigir-se ao Judiciário exercendo o seu direito autônomo e abstrato de ação, inclusive através de ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Mas isso, logicamente, isso não pode impedir a via da ADPF para corrigir a violação a preceito fundamental perpetrado por uma sentença inconstitucional trânsita em julgado”.<sup>391</sup>

Cabe ainda diferenciar os objetos da Argüição quando disserem respeito a ato jurisdicional, como faz Eduardo Talamini, pois é possível que a ADPF tenha como objeto o ato jurisdicional em si, desde que dotado de relevância geral, ou que tenha como objeto um ato normativo que descumpra preceito fundamental, mas que tenha sido aplicado pelo Poder Judiciário. Enquanto naquela situação Talamini admite o uso de ADPF mesmo em face da coisa julgada, no segundo caso explica que a atuação judicial *in concreto* ou “difusa” estará sujeita à força vinculante da liminar e da decisão final da ADPF, sendo necessária a desconstituição do julgado pelas formas atípicas ou típicas, incluídas aí a ação rescisória; os embargos do artigo 741, parágrafo único, do CPC; e a impugnação do artigo 475-L, parágrafo único, do CPC.<sup>392</sup>

De outro lado, Dirley da Cunha Júnior acata o cabimento de ADPF para controle abstrato de constitucionalidade dos atos judiciais, desde que descumprido preceito fundamental, ressaltando que tal hipótese não possui precedentes no direito pátrio, até porque o Supremo não admitia o controle concentrado das decisões judiciais.<sup>393</sup> Segundo o autor, essa idéia teria sofrido modificação, pois “[...] em face de seu amplo objeto, a argüição pode alcançar as decisões judiciais que violem preceito fundamental, à semelhança do que ocorre com o recurso extraordinário, que pode ser interposto quando a decisão judicial contrariar dispositivo da Constituição (CF, art. 102, III, *a*). [...] É necessário, entretanto, esclarecer que a argüição somente alcança os atos judiciais não imunizados pela coisa julgada”.<sup>394</sup>

<sup>391</sup> Cf. nota 389, p. 138.

<sup>392</sup> TALAMINI, Eduardo. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. 2006. p. 32.

<sup>393</sup> Nesse sentido: “[...] Decisões judiciais proferidas em face de situações concretas ou individuais não se submetem, por total ausência de conteúdo normativo, ao controle concentrado de constitucionalidade [...]”. Cf. ADI-AgR 779/DF; Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; J. 08/10/1992; DJ 11/03/1994.

<sup>394</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 463.

Por sua vez, não admitindo o cabimento de ADPF na hipótese de atos judiciais sobre os quais já tenham recaído os efeitos da coisa julgada, tem-se a doutrina de Elival da Silva Ramos, considerando a coisa julgada como um importante limite para obstar o uso da Argüição com o intuito de gerar efeitos rescisórios. Apenas se ainda houvesse recurso pendente, a decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao exposto na sentença ou no acórdão teria o condão de gerar efeitos cassatórios, o que faria com que os autos fossem remetidos ao órgão que prolatou a decisão modificada com a finalidade de ser proferida nova decisão consentânea com o que tenha ficado estipulado pelo Supremo em sede de ADPF.<sup>395</sup>

A título de complementação não se deve olvidar que a concessão de medida liminar no curso da ADPF poderá constituir 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, de acordo com o artigo 5º, § 3º, da Lei n.º 9.882/99. Entretanto, o mesmo dispositivo excepciona o alcance dos efeitos da liminar quando já houver coisa julgada. Não há, por outro lado, a mesma previsão acerca dos efeitos da decisão final.

Ao traçarem os efeitos da decisão em ADPF, em geral, Celso Bastos e Aléxis Vargas sustentam que o próprio artigo 5º, § 3º, da Lei n.º 9.882/99, serve de base para justificar a proteção da coisa julgada diante de decisão proferida na Argüição.<sup>396</sup> De outro lado, tratando do mesmo dispositivo, Eduardo Talamini pontua que tal regra é um reflexo geral que não impede o cabimento de ADPF contra pronunciamentos judiciais revestidos de coisa julgada, visto que não se pode extrair do artigo 5º, § 3º, da Lei n.º 9.882/99, uma hipótese de proibição de ADPF, além do que o contexto da norma é suspender o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição até que se discuta a Argüição em si. Além disso, a ressalva quanto à suspensão liminar dos processos já alcançados pela coisa julgada serve para demonstrar que eventual declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado não derruba automaticamente as sentenças transitadas em julgadas que aplicaram a lei dita inconstitucional.<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> RAMOS, Elival da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. 2001. p. 117.

<sup>396</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30. p. 73.

<sup>397</sup> TALAMINI, Eduardo. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. 2006. p. 31.

#### 5.4 ESTUDO DE UM CASO PRÁTICO: ADPF N.º 83

O Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizaram Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de liminar, ante o descumprimento de preceito fundamental, qual seja, a autonomia municipal, perpetrado pela Lei n.º 3.624/89 do Município de Vitória, do Estado do Espírito Santo, processada sob o n.º 83 (Anexo C).

Na Petição Inicial da referida Argüição, os argüentes informaram que a partir da nova ordem constitucional a política salarial do Município de Vitória passou a ser regida por negociações coletivas, o que teve início em outubro de 1989, quando foi firmado o 1º Acordo Coletivo, adotando como índice de reajuste do vencimento dos servidores de Vitória aquele previsto na Lei federal de n.º 7.730/89, qual seja, o Índice de Preços ao Consumidor (IPC), implicando ao Município de Vitória o dever de reajustar os vencimentos de seus servidores com base no IPC de janeiro a abril de 1990:

“CLÁUSULA QUARTA – A partir do mês de novembro/89 a dezembro/89 o salário dos servidores do Município de Vitória serão reajustados mensalmente, também a título de antecipação, de acordo com o percentual integral do IPC para todas as categorias.  
CLÁUSULA QUINTA – Nos meses de janeiro/90, fevereiro/90, março/90 e abril/90 o salário dos servidores do Município de Vitória serão reajustados, também a título de antecipação salarial, com o percentual de 105% (cento e cinco pontos percentuais) do IPC para todas as categorias”.

Esse acordo foi convolado na Lei Municipal n.º 3.624/89, com prazo de vigência determinado (01/10/89 a 30/04/90), prevendo que:

“Art. 1º - Fica o Poder Executivo Municipal obrigado a respeitar e cumprir, em todos os seus termos, o acordo coletivo celebrado, em 30 de outubro de 1989, com a Associação dos Servidores Municipais de Vitória – ASMUVI, União dos Professores no Estado do Espírito Santo – UPES, Associação dos Operários Municipais do Estado do Espírito Santo – AOMES, Associação dos Motoristas Profissionais de Vitória – AMPRO, Associação dos Agentes Fiscais do Município de Vitória – AAFMV, nos expressos limites estabelecidos nas cláusulas que integram o instrumento coletivo firmado entre o Município de Vitória e as Associações”.

Como transcrito, observa-se que a norma municipal afronta diretamente o princípio da autonomia municipal, diante dos artigos 1º, 18, 29, 37, X, 39, § 1º, I, II, e III, todos da CF, ao vincular o reajuste de vencimentos de servidores municipais a índice federal de correção monetária (IPC), o que é tido por inconstitucional conforme o Enunciado n.º 681, da Súmula do STF: “É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”.

Portanto, diante do erro da norma antecessora, ao deferir reajuste com base em índice federal, foram realizadas novas negociações, culminando num segundo acordo coletivo, convolado em lei municipal, sob o n.º 3.667/90, com efeitos retroativos a 01/05/90, passando a adotar o IPC-GV (Índice de Preços ao Consumidor da Grande Vitória).

Para maiores esclarecimentos, cabe acrescentar que entre o fim da vigência da Lei n.º 3.624/89 e a publicação da Lei n.º 3.667/90, em 21/08/1990, dois grupos de servidores municipais impetraram mandados de segurança postulando o reajuste salarial de 44, 80%, referente ao IPC de abril/90, o que foi concedido pelos Juízos de 1º e 2º grau nos Mandados de Segurança n.º 024.900.166.224 e n.º 024.900.128.562.

Diante desses fatos, na Petição Inicial da ADPF n.º 83 sustentou-se que o Município encontrava-se quite com seus servidores no período abrangido pelo primeiro acordo coletivo, ou seja, até 30/04/90, pois o pagamento efetuado em um mês tomava por base, obviamente, a inflação do mês antecedente, e, como visto, em 01/05/90, a Lei n.º 3.624/89 não tinha mais vigência. E, ainda, no segundo acordo coletivo constava que os reajustes que estavam sendo concedidos pela Lei de n.º 3.667/90 abrangiam o índice inflacionário apurado pelo IPC de abril de 1990 para aqueles que o postularam em juízo.

Por sua vez, a violação à autonomia municipal, compreendida como preceito fundamental, restou materializada com as decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo que determinaram a incidência do IPC nos vencimentos dos servidores que ingressaram em juízo para tanto, com base na Lei n.º 3.624/89. Além disso, à época da propositura da respectiva ADPF, em razão das ações ajuizadas pelos servidores, era iminente que chegasse nova ordem judicial de inscrição para pagamento pelo Município no valor de R\$ 35.159.272,87, sem observância da ordem do artigo 100, da CF, nos autos do Mandado de Segurança de n.º 024.900.166.224.

Assim, entenderam os requerentes que apenas a ADPF mostrou-se suficiente e eficaz para impedir a expropriação de bens públicos, como expressão final de decisões judiciais baseadas em ato normativo municipal inconstitucional e que descumpra preceito fundamental. Requereram, assim, o deferimento de medida liminar para suspender os processos em curso, e, ao final, a declaração de descumprimento de preceito fundamental pelas decisões judiciais.



Figuraram como argüidos a Câmara Municipal de Vitória e o Prefeito do Município de Vitória, ambos prestando esclarecimentos no sentido da violação da autonomia municipal. Nesse sentido, consta do esclarecimento da primeira argüida que:

“De fato, ao que parece, a autonomia municipal decantada pela Constituição de 1988 não foi observada pela Lei nº 3.624/89, de iniciativa do Prefeito, **que acabou por atrelar o Executivo Municipal ao dever de reajustar os vencimentos dos seus servidores pelo índice inflacionário ditado pelo IPC de janeiro/90, fevereiro/90, março/90 e abril/90**, ou seja, por índice de inflação instituído por Lei Federal, qual seja, Lei 7.730/89. [...] Ora, se o Município vem sofrendo atualmente constrição judicial em virtude de decisões da Justiça Capixaba que foram baseadas na lei municipal que, irregularmente, adotou índice federal para o reajuste dos vencimentos dos servidores municipais, acredita este Poder Legislativo que cabe ao Judiciário, através de seu Órgão Máximo, restabelecer a ordem constitucional, ainda que para isso seja necessário determinar ao Poder Judiciário Capixaba que paralise com as execuções em andamento em virtude de decisões inconstitucionais”.

E, ainda, as informações do Chefe do Executivo do Município de Vitória foram expostas no sentido de ratificar a Petição Inicial da ADPF e de fixar a importância da concessão da liminar, fazendo coro às vozes que materializaram o ingresso da ação em comento.

O Procurador-Geral da República opinou pelo conhecimento da ADPF, diante do requisito da subsidiariedade e pela subsunção da autonomia municipal como preceito fundamental. No mérito, também pugnou pela procedência da Argüição ao considerar que o descumprimento do preceito fundamental foi concretizado com a aplicação do índice de correção federal nos autos dos mandados de segurança antes citados, cuja impetração antecedeu à Lei n.º 3.367/90, que corrigiu o critério de correção.

Entretanto, a referida argüição não foi conhecida pelo STF, em unanimidade, por não caber à ADPF cumprir função substitutiva de embargos à execução:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI Nº 3.624/89, DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA, QUE IMPÕE AO PODER PÚBLICO MUNICIPAL A OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR ACORDO COLETIVO CELEBRADO COM DIVERSAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. NÃO-CONHECIMENTO.

1. O acordo coletivo de trabalho se constituiu em ato jurídico uno para todas as categorias de servidores estatutários do Município de Vitória. 2. Exauridas todas as instâncias, inclusive com manejo de ação rescisória extinta sem resolução do mérito, não cabe à ADPF cumprir uma função substitutiva de embargos à execução. 3. Argüição não conhecida”. (ADPF 83/ES; Rel. Min. Carlos Britto; Pleno; J. 24/04/2008)

Merece análise o voto do Relator da ADPF n.º 83, o Ministro Carlos Ayres Britto, que, inicialmente, conheceu da Argüição diante do reconhecimento da autonomia municipal como

preceito fundamental, à semelhança da ADPF de n.º 33, e do preenchimento do requisito da subsidiariedade, por entender que não há outro instrumento processual hábil para impugnar norma municipal já revogada perante o Supremo. Ocorre que depois das considerações feitas pelos Ministros Cezar Peluso e Carlos Alberto Menezes Direito, o Relator retificou seu voto para se manifestar no sentido de que a ADPF estaria cumprindo função substitutiva de embargos à execução ao levar em conta a trajetória processual. Isso porque as instâncias dos Mandados de Segurança impetrados pelos servidores municipais teriam sido exauridas, inclusive com o ajuizamento de Ação Rescisória, julgada sem resolução de mérito.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio destacou que tendo ocorrido o trânsito em julgado das decisões proferidas nos Mandados de Segurança e estando os processos em fase de execução contra a Fazenda Pública, ocorreu a lembrança ao Município de Vitória pela ida ao Supremo Tribunal Federal. Entendeu, ainda, que não seria possível conferir a um instrumento tão nobre os contornos de uma Ação Rescisória, colocando em segundo plano a segurança jurídica, além de demonstrar certa preocupação no sentido de admitir a ADPF quanto a títulos executivos judiciais não mais sujeitos à impugnação.

No Debate, questionou-se acerca da formação da coisa julgada em todas as ações, o que teria sido concretizado por se tratar de uma execução definitiva, precatórios e tudo o mais. Na referida ADPF n.º 33, que abrangia casos já transitados em julgado e outros ainda pendentes de julgamento, a concessão da liminar atingiu apenas os casos sem decisão definitiva, como é possível extrair do Voto Vista do Ministro Maurício Côrrea:

“[...] 17. Importante salientar que, como não foi concluído o julgamento da ADI 2231/DF, em que se discute a constitucionalidade da Lei 9882/99, está em vigor a norma insculpida no § 3º do artigo 5º do referido diploma legal. Parece-me necessário, desse modo, ressaltar dos efeitos da liminar concedida as decisões que se encontram sob o manto da imutabilidade conferida pela coisa julgada. Ante essas circunstâncias e estando presentes os pressupostos de cabimento da ação, bem como os necessários à concessão da medida cautelar, meu voto é no sentido de referendar a liminar deferida, ressalvadas as decisões judiciais com trânsito em julgado”. (ADPF-MC 33/PA; Tribunal Pleno; Rel. Min. Gilmar Mendes; J. 29/10/2003; DJ 06/08/2004)

O Senhor André Ramos Tavares, na qualidade de Advogado, informou que há uma ação ordinária em curso, suspensa para aguardar as demais decisões, que envolvem aproximadamente oito mil funcionários.

O voto do Ministro Menezes Direito reforçou que a ação constitucional ajuizada está sendo usada como se fosse embargos à execução, ao considerar que sua propositura se deu a partir do momento em que o Município se viu compelido à execução de diversas ações que teriam transitado em julgado. Na Proposta, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que não cabe ADPF com o objetivo de impedir a execução de sentença transitada em julgado, até porque o seu acolhimento não teria o condão de afetar a coisa julgada. Entretanto, se houvesse processos pendentes, a situação seria diferente.

Nessa linha, no momento do Debate, o Ministro Cezar Peluso recorda que se trata de ato já reconhecido como válido e legal por força de coisa julgada para alguns contraentes, não podendo cindir esse ato negocial uno para considerá-lo inválido em relação a outros contraentes, criando uma situação de desigualdade. Ainda assim, o acordo celebrado traria uma inconstitucionalidade gritante, segundo o Ministro Joaquim Barbosa. Além de não se admitir acordo coletivo em relações estatutárias, como lembra o Relator, Ministro Carlos Britto. Entretanto, este destaca que se o acordo coletivo já tiver sido objeto de decisão judicial com trânsito em julgado a ADPF deixaria de ter préstimo para reabrir a discussão.

Foram opostos Embargos de Declaração pelos argüentes diante de omissões e contradições presentes na decisão, com fulcro no disposto no artigo 26, da Lei n.º 9.868/99, de aplicação subsidiária à Lei n.º 9.982/99, e no artigo 535, do CPC, de igual aplicação subsidiária à Lei n.º 9.882/99.

Nas razões, demonstrou-se haver no venerável Acórdão omissão sobre ponto (pedido) sobre o qual devia pronunciar-se o Tribunal. Inicialmente, o voto apresentado pelo Ministro relator acerca do cabimento da Argüição observou o objeto do pedido, sendo mantido o nexo entre a fundamentação e a conclusão no Voto Retificado. Ocorre que este voto e os votos que se seguiram teriam deixado de se manifestar sobre um dos pedidos apresentados, que seria o único e mais importante para a resolução da ADPF, *in verbis*:

“[...] c) seja ao final **declarado descumprido, com efeito “ex tunc”, o preceito fundamental** materializado na **autonomia municipal**, inserido nos dispositivos constitucionais indicados na fundamentação desta peça, **pela Lei Municipal 3.624/89**, que trata do reajuste dos vencimentos dos servidores públicos do Município de Vitória com base em índice inflacionário ditado por Lei Federal, qual seja, o IPC, a qual **propiciou fossem proferidas as decisões judiciais nos autos dos processos 024.900.166.224 e 024.900.128.562**, em desfavor da Fazenda Pública Municipal”.

O pedido em comento, reproduzido no Parecer do Ministério Público Federal e no Relatório do Acórdão que julgou que a ADPF n.º 83, não teria se prestado a discussão de direitos subjetivos, até porque o objetivo da Argüição é a análise da conformidade da norma municipal e do preceito fundamental “autonomia municipal”, em total respeito ao controle concentrado de constitucionalidade. Como exposto, a ADPF não foi conhecida pelo fato de que a existência de coisa julgada incidente sobre as ações ajuizadas acerca do acordo coletivo convolado na Lei n.º 3.624/99 levaria à Argüição cumprir uma função substitutiva de embargos à execução. E, havendo a coisa julgada em todos os casos, os Ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito e Carlos Britto já demonstraram entendimento de não ser cabível a ADPF.

Ocorre que a omissão estaria presente pelo fato de a fundamentação dos votos ser referente ao pedido de alínea “d”, que trata da pretensão de efeitos concretos sobre a coisa julgada já existente nos processos citados. E, ainda, os argüentes esclareceram que ainda há processo judicial em curso, cujo objeto é o cumprimento da norma que se pretende declarar inconstitucional e que aguarda sentença de primeiro grau (autos de n.º 024.920.060.852). A este, estão apensos os autos de n.º 024.920.110.954, ajuizado sob o pálio da substituição processual, que contêm em conjunto aproximadamente nove mil substituídos. Tais pontuações respondem à dúvida suscitada durante a votação acerca da existência ou não de processos em curso no julgamento da ADPF n.º 83.

Assim, enquanto o pedido formulado na alínea “d” almeja uma atuação concreta sobre processos transitados em julgado, o pedido feito na alínea “c” tem por finalidade o controle concentrado abstrato da norma municipal impugnada, com os efeitos decorrentes da declaração abstrata de constitucionalidade, e, sobre este pleito, o Acórdão manteve-se omissivo quanto à sua admissibilidade e conseqüente resolução de mérito. Como bem lembrado no ponto de n.º 30 nas razões dos Embargos de Declaração, “[...] não se pode deixar de reconhecer que o pedido de alínea “c” dirige-se não a uma atuação concreta da decisão a ser proferida nesta ADPF, mas sim e tão somente a um juízo abstrato de constitucionalidade que, inclusive, pode interferir não somente na atuação da administração como, mais do que isso, em processos judiciais que ainda pendem de decisão”.

Sobre tal pedido, os argüentes alegam que restam preenchidos os requisitos de admissibilidade, pois além de não ser cabível outro meio eficaz, a Lei Municipal n.º 3.624/89 apresenta reflexos no sentido de violação da segurança jurídica por casos residuais, o que preencheria o requisito da

“relevância da controvérsia”. É o entendimento formulado por Gilmar Ferreira Mendes, ao afirmar que:

“É que – além da inexistência de outro meio eficaz – há de se constatar a *relevância* da questão para o sistema constitucional ou de lesão de caráter grave e de difícil reparação ou superação. É fácil ver que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da argüição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto. A relevância do interesse público afigura-se inequívoca toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade”.<sup>398</sup>

A segurança jurídica não afrontaria a coisa julgada nem trataria de forma desigual os iguais, no caso, os servidores municipais que já foram atingidos pela coisa julgada e outros que ainda aguardam o julgamento do caso concreto na Justiça Comum. Assim sendo, os argüentes, no ponto de n.º 24 das razões dos Embargos de Declaração, reiteram que o que pretendem é “[...] seguir as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no que tange a autonomia municipal e também a não vinculação do reajuste dos vencimentos e proventos de servidores municipais a índices federais de correção monetária”.

Por fim, aguarda-se o julgamento dos referidos Embargos pelo Supremo.

A argumentação exposta sobre a possibilidade de desconstituição de decisões já transitadas em julgado pode perfeitamente ser aplicada à ADPF de n.º 83, cujo descumprimento de preceito fundamental restou materializado com decisões do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo. Lembra-se que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (Gilmar Mendes, Menezes Direito e Carlos Britto), já se manifestaram no sentido de que a formação de coisa julgada em todos os casos que motivaram o ajuizamento da ADPF em comento constitui-se num óbice ao cabimento da ação.

Assim, por ainda existir ação judicial em curso, permitindo o conhecimento da Argüição, apesar dos Mandados de Segurança que deram origem ao ajuizamento da referida ADPF terem transitado em julgado, é possível sustentar que caso venha a ser julgado o mérito para reconhecer o descumprimento de preceito fundamental poderia o Município de Vitória se valer de instrumentos típicos e atípicos para a desconstituição do julgado. Como visto, no caso da Ação

---

<sup>398</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. 2007. p. 117.

Rescisória, existe posicionamento doutrinário no sentido de que o prazo para intentar tal ação deve ser contado a partir da publicação da decisão do Supremo que julgar a ADPF.

Ocorre que tal entendimento apenas seria viável se a decisão proferida pelo Supremo produzisse efeitos *ex tunc* ou manipulasse os efeitos de forma tal a alcançar os referidos processos, isso se razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social justificarem atuação nesse sentido, com base no artigo 11, da Lei n.º 9.882/99.

No caso de eventual julgamento de mérito da ADPF n.º 83, observa-se que já restou sinalizado no Acórdão que julgou não ser cabível a Argüição, ao qual foram opostos Embargos de Declaração, o posicionamento de se tratar de flagrante inconstitucionalidade e desrespeito a preceito fundamental, tendo em vista a aplicação de índice federal para correção de vencimentos de servidores públicos municipais. Acrescenta-se, ainda, que o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e conseqüente provimento da Argüição.

## 6 O VETO AO ARTIGO 2º, II, DA LEI N.º 9.882/99

O artigo 2º, I, da Lei n.º 9.882/99, estipula que a legitimidade para a propositura da ADPF recai sobre os mesmos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo rol está previsto no artigo 103, da CF, como visto anteriormente. Por sua vez, o inciso II do referido dispositivo, antes do veto sofrido, previa a legitimação popular para o ajuizamento da ADPF.

Acerca do tema, pretende-se discorrer sobre a importância da Teoria do Discurso, elaborada por Jürgen Habermas, no que diz respeito ao Princípio da Democracia, bem como a sua relação com o Sentimento Constitucional, para num segundo momento tratar da legitimidade popular para a propositura da Arguição. Ocasão em que serão utilizados argumentos com base no Direito Comparado, abarcando o modo como influências recebidas do recurso de amparo espanhol e do recurso constitucional alemão influenciaram na elaboração da ADPF. Por fim, passa-se à análise de alguns aspectos processuais do mecanismo de controle de constitucionalidade e de alguns aspectos da própria ação, como forma de reanalisar alguns fundamentos utilizados pelo Poder Executivo para motivar o referido veto.

### 6.1 TEORIA DO DISCURSO E SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

Pretende-se demonstrar a importância da Teoria do Discurso, elaborada por Jürgen Habermas, mais especificamente do Princípio da Democracia, para a criação de uma cultura de comunicação entre os cidadãos, que permite chegar a um consenso ou a uma negociação. Esse diálogo, por sua vez, é fundamental para o fortalecimento da democracia e para a criação de um sentimento constitucional, que, em último caso, mostra-se importante para a existência da força normativa da Constituição, inclusive em tempos difíceis, e de uma maior participação do cidadão nas áreas política e jurídica, até como meio de conferir-lhes maior legitimidade.

#### 6.1.1 Teoria do Discurso

Inicialmente, tem-se que o estudo do Direito feito por Habermas possui a linguagem como ponto de partida, e, em última análise, tem relação com a comunicação entre os indivíduos, que devem poder entender-se como iguais e livres.<sup>399</sup> Tanto é assim que, ao propor uma reconstrução teórica

---

<sup>399</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 146.

do Sistema de Direitos, Habermas parte de uma visão do Princípio do Discurso, subdividido no Princípio da Moral e no Princípio da Democracia.

Tendo em vista a complexidade da sociedade contemporânea aliada à quebra de alguns dogmas antes inabaláveis, grande é o papel do Direito ao orientar o agir em casos de conflito, especialmente em decorrência da separação da Moral e do Direito, a despeito de sua complementariedade, permitindo que os cidadãos cheguem a um consenso ou a uma negociação.<sup>400</sup>

Diante disso, o Princípio do Discurso é traduzido, por Habermas, na seguinte assertiva: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.<sup>401</sup> Por sua vez, o Princípio da Moral é tido como um critério de decisão racional em questões morais, ou seja, como regra de argumentação para justificar a decisão tomada, enquanto que o Princípio da Democracia traça os parâmetros para a criação legítima das leis, englobando razões e formas jurídicas, com o assentimento de todos os parceiros do direito num processo jurídico.<sup>402</sup>

Cabe acrescentar que o mesmo Princípio do Discurso possui relação com os direitos fundamentais e com os princípios do Estado de direito, que institucionalizam os pressupostos comuns do procedimento democrático. Isso porque para que ocorra efetiva participação do cidadão na sociedade, no exercício de sua cidadania, é indispensável a existência de direitos fundamentais, bem como a sua garantia pelo Estado. No mesmo sentido, José Pedro Luchi afirma que:

“O Estado e suas funções não são então um complemento ao lado do Sistema dos Direitos, mas são por ele pressupostos. O poder estatal garante os Direitos Fundamentais a partir do exterior, e está objetivamente implicado neles. De outro lado, não é apenas a forma jurídica que legitima as leis emanadas do Estado, nem apenas seu conteúdo moral, mas um procedimento de colocação do Direito no qual se forma uma opinião e vontade que possam ser racionalmente aceitos por todos. Em consequência, a prática de auto-determinação dos cidadãos é ela mesma institucionalizada e a legislação se constitui como poder no Estado”.<sup>403</sup>

Portanto, entende-se que o exercício da soberania popular, a partir da visão da Teoria do Discurso, deve antes passar por um “filtro da formação constitutiva do poder”, pois apesar de

<sup>400</sup> LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro (Org.). *Linguagem e socialidade*. Vitória: EDUFES, 2005. p. 123.

<sup>401</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. v. I. 2003. p. 142.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>403</sup> LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro (Org.). *Linguagem e socialidade*. 2005. p. 137-138.



todo o poder do Estado emanar do povo, o poder social não deve ser transformado diretamente em poder administrativo. Uma saída, segundo Habermas, seria o princípio parlamentar, em que corporações parlamentares assumiriam a elaboração das leis, de modo democrático, com base no poder conferido a elas pelos cidadãos.<sup>404</sup> Como o consenso deveria decorrer da vontade de todos, pelo princípio da democracia, exigência esta por demais idealista na sociedade contemporânea, surge um processo de limitação baseado na forma representativa e na decisão da maioria, que não pode ir de encontro ao procedimento democrático.<sup>405</sup>

E é nesse sentido que os cidadãos seriam compreendidos como livres e iguais, pois, por meio de um processo democrático, foram capazes de dar a si mesmos, em última análise, as normas jurídicas que serão aplicadas a eles, construídas a partir da Constituição e dos direitos fundamentais, de modo racional. Conclui-se, nas palavras de Ana Paula Barbosa, que “[...] o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo, e este último é transformado em poder administrativo ou político por meio do direito legitimamente normatizado – a Constituição. E é claro que, segundo o pensamento habermasiano, essa comunicação política entre os cidadãos também desemboca nas decisões dos Poderes Legislativo e Judiciário”.<sup>406</sup>

Como afirmado, para a organização do Estado de direito, é preciso uma Constituição, posto que “[...] o sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, na qual o *medium* do direito pode tornar-se eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores da corrente de um mundo da vida estruturado comunicativamente”.<sup>407</sup>

Pelo exposto, tem-se como premissa que uma maior participação dos indivíduos nos processos democráticos auxilia na transformação da opinião pública em poder comunicativo num sistema de direitos, o que lhe atribui maior legitimidade.<sup>408</sup> E essa comunicação, por meio da análise da ação comunicativa, é importante para a construção da identidade constitucional.<sup>409</sup>

---

<sup>404</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2003. p. 213-215.

<sup>405</sup> DUTRA, Delamar José Volpato. *A dedução do princípio da democracia em Habermas*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, abril-junho de 2005, p. 278-294. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 288-289.

<sup>406</sup> BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107.

<sup>407</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2003. p. 221.

<sup>408</sup> *Id.* *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 186.

<sup>409</sup> CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 162.

### 6.1.2 Sentimento Constitucional

Inicialmente, Pablo Lucas Verdú compreende o sentimento constitucional como a “[...] *adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência*”.<sup>410</sup>

Por outro lado, o sentimento constitucional também pode contribuir para reformar ou rever a Constituição, quando for o caso de ajustá-la aos anseios da sociedade para que possa alcançar seus fins. Pablo Verdú aponta como exemplo o mecanismo de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, visto como “[...] uma instituição *con-sentida* pela consciência jurídico-política da sociedade norte-americana, ao ponto de figurar como símbolo emblemático de seu ordenamento constitucional”.<sup>411</sup>

O problema surge quando falta a identidade constitucional de um povo, muitas vezes traduzido em um grande número de pessoas desprovidas de capacitação e alijadas da sociedade, sendo preciso resgatar esse sentimento constitucional. Nesse sentido, José Pedro Luchi destaca a importância da integração social e de uma população habituada à liberdade, pois “[...] não basta um Sistema de Direitos para garantir uma convivência social legítima, sem uma cultura política de liberdade e de respeito universal às leis da liberdade. Para que instituições jurídicas funcionem é preciso uma formação progressiva da situação. Do contrário, ou o sistema jurídico se desintegrará, ou haverá uma crescente cisão entre a lei e a prática social efetiva”.<sup>412</sup>

Karl Loewestein, mesmo destacando a dificuldade de se compreender o significado da expressão sentimento constitucional, entende que estaria presente em uma sociedade na qual os detentores e os destinatários do poder político submetessem tal poder aos interesses da comunidade, sob a ordem de uma Constituição. No entanto, apesar da Constituição ser considerada melhor quando capaz de abarcar as mudanças ocorridas na sociedade sem recorrentes modificações em seu texto, a presença do sentimento constitucional não pode ser analisada apenas sob o aspecto da

---

<sup>410</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 75.

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>412</sup> LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro (Org.). *Linguagem e socialidade*. 2005. p. 179.

longevidade da Constituição de um país.<sup>413</sup> E complementa, acerca do surgimento e da expansão do sentimento constitucional, que:

“Este fenómeno pertenece a los imponderables de la existencia nacional y no puede ser producido racionalmente, aunque puede ser fomentado por una educación de la juventud llevada a cabo consecuentemente [...]. También puede contribuir en algo al fortalecimiento del sentimiento constitucional el manejo consciente, pero no insistente, del simbolismo nacional. Sin embargo, la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidad y la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la constitución ha salido airosa también en épocas de necesidad nacional”.<sup>414</sup>

Em última análise, o sentimento constitucional é importante para a “vontade de Constituição”, tratada por Konrad Hesse. Explica-se. Em “A Força Normativa da Constituição”, o autor busca confrontar as idéias levantadas por Ferdinand Lassale ao escrever “A Essência da Constituição”, segundo a qual a Constituição escrita não passa de uma folha de papel, pois a verdadeira Constituição advém dos fatores reais de poder, que variam a depender da realidade política.

Diante disso, Konrad Hesse não nega que há uma relação entre a Constituição real e a Constituição jurídica, mas confere significado singular a esta, pois, apesar de não ter capacidade de realizar algo sozinha, pode impor deveres aos indivíduos e ao Estado. E, se o indivíduo tiver a intenção de orientar a conduta para os comandos nela contidos, a Constituição se tornará uma força ativa, ou seja, “[...] pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*”.<sup>415</sup> Para a ocorrência da vontade de Constituição, por sua vez, deve haver os seguintes entendimentos: a) necessidade do valor de uma ordem jurídica inquebrantável; b) a ordem constituída deve estar sempre em processo de legitimação; c) a necessidade da vontade humana.<sup>416</sup>

A importância dessa vontade pode ser observada tanto na prática constitucional, ao se interpretar a predominância dos interesses públicos sobre os privados, quanto no cumprimento de normas constitucionais, sempre, ainda que a população se encontre em tempos difíceis – pois é aí que a Constituição jurídica é submetida à prova de sua força.<sup>417</sup>

<sup>413</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 1970. p. 199-200.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>415</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Fabris Editor, 1991. p. 19.

<sup>416</sup> Cf. nota 415, p. 153.

<sup>417</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1991. p. 25 e 29.

Ao comentar sobre a vontade de Constituição tratada por Hesse, Pablo Verdú sustenta que tal vontade não equivale apenas a “estar em Constituição”, mas também no desejo de tê-la, concluindo que: “[...] vontade de Constituição? – ter Constituição? – estar em Constituição? – sentimento constitucional. Isso quer dizer, evidentemente, que toda normatividade precisa estar em harmonia com a realidade constitucional, além de evitar choques com o sentimento constitucional”.<sup>418</sup>

E, tratando da força normativa da Constituição, desponta o mecanismo de controle de constitucionalidade para a garantia do cumprimento das normas constitucionais por todos os órgãos e indivíduos. Acerca da legitimidade do próprio mecanismo de controle de constitucionalidade num Estado democrático, Cássius Chai levanta a reflexão feita por George Burdeau, Francis Hamon, Michel Troper e Friedrich Müller, na qual indagam que se não houvesse esse controle o cumprimento da Constituição ficaria relegado ao Parlamento, já que não haveria essa hierarquia constitucional, além do que, se esse controle fosse exercido por uma autoridade que não o povo, não estaria configurado um regime democrático, pois seria a autoridade que controlaria o povo e não o contrário.<sup>419</sup>

Cabe acrescentar que, no âmbito do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade surge como via processual institucionalizada para tratar da legitimidade das leis. Reserva-se a ele, então, “[...] o *papel* de ser a via procedimental argumentativa institucionalizada a possibilitar, no levantamento das pretensões de validade, verificar-se qual a que se revestiria (~rá) da legitimidade, ante uma busca racional de um fundamento para o uso da ‘força institucionalizada’”.<sup>420</sup>

Assim sendo, o sentimento constitucional de um povo leva-o a se preocupar com o respeito às normas de cunho constitucional, e, tanto maior esse sentimento, maior é a participação dos cidadãos no processo constitucional, numa relação de reciprocidade, ao entender também que a garantia da legitimidade popular em determinados aspectos do processo constitucional reforça o seu sentimento constitucional, até porque a interpretação constitucional também lhes interessa. Como visto, o direito espanhol garante o recurso de amparo interposto por cidadãos diretamente no Tribunal Constitucional, quando entenderem que seus direitos fundamentais foram violados, e o recurso constitucional alemão, com características semelhantes ao amparo, foi compreendido

<sup>418</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. 2004. p. 245.

<sup>419</sup> CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. 2004. p. 130.

<sup>420</sup> *Ibid.*, p. 193.

como um instituto que acarretou num efeito pedagógico geral na sociedade acerca da fidelidade às normas constitucionais.

Apesar de se mostrar impossível no campo prático a implementação de uma democracia direta plena, “o que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social)”.<sup>421</sup>

É certo que a maioria dos cidadãos não possui um conhecimento técnico aprimorado sobre hermenêutica constitucional, mas não deixam de se preocupar com os conflitos constitucionais, com os recursos para o Tribunal Constitucional, com os efeitos do controle de constitucionalidade, dentre outros, no que diz respeito às questões políticas que acarretam interferências na convivência entre eles. Tudo isso, segundo Pablo Lucas Verdú, seria visto como uma forma de “[...] exteriorização mais ou menos difusa do sentimento constitucional”.<sup>422</sup>

No Brasil, em especial, o Poder Legislativo procurou permitir a participação popular no processo constitucional de forma direta ao Supremo Tribunal Federal, originariamente previsto no artigo 2º, II, da Lei de n.º 9.882/99, em caso de lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais – nos quais estão incluídos os direitos fundamentais –, por ato do Poder Público, por meio da ADPF. Ocorre que, infelizmente, a legitimação popular para a propositura de argüição incidental foi vetada pelo Poder Executivo, amputando a sua maior virtude, o que é comentado por Walter Claudius Rothenburg:

“Mesmo num país populoso e de dimensões continentais, é defensável a existência de um mecanismo de controle concreto de constitucionalidade acessível aos indivíduos (sujeitos de direito). Investiríamos, assim, na tese da ampliação do círculo de intérpretes constitucionais (Peter Häberle). Ampliação que, na prática, nem seria tão extensa assim, pois poucos são os brasileiros, e de poucas regiões apenas, que podem, privilegiadamente, pensar em propor ações judiciais por sua conta. Portanto, a Lei n.º 9.882 lamentavelmente perdeu essa oportunidade de democratização do controle de constitucionalidade e, de maneira mais ampla, do acesso judicial”.<sup>423</sup>

<sup>421</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 116.

<sup>422</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. 2004. p. 111-112.

<sup>423</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 220.

Desse modo, inviabilizou-se uma maior participação democrática dos cidadãos, além de impedir o crescimento do sentimento de identidade constitucional, tornando claro que a cidadania no Brasil é exercida por assistência indireta.<sup>424</sup> Sentimento, este, já tão reduzido no país, tendo sua situação agravada pelo veto ao artigo 2º, II, da Lei n.º 9.882/99, por motivos que, já se adianta, não são compreendidos como suficientes para o veto a uma maior participação democrática, e, por assim dizer, um veto à consolidação da Democracia.

## 6.2 VETO AO INCISO II, DO ARTIGO 2º, DA LEI N.º 9.882/99

Dada a importância de criar uma cultura ativa por parte dos cidadãos no Estado democrático de direito, questiona-se o veto ao inciso II, do artigo 2º, da Lei de n.º 9.882/99, que previa como legitimados para a propositura da ADPF “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, bem como os argumentos utilizados pelo Poder Executivo para tanto.

Cumprir dizer que, a despeito da complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o mesmo não abarcava todas as violações existentes à Constituição Federal. Dessa forma, foi introduzida a ADPF no ordenamento jurídico pátrio, com previsão em seu artigo 102, § 1º, da CF, ao estipular que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Em razão do veto ao inciso II, do artigo 2º, da Lei de n.º 9.882/99, restaram como legitimados ativos para a propositura da ADPF apenas as pessoas indicadas no rol do artigo 103, da CF, que são as mesmas para a propositura da ADI e da ADC. Como pressuposto da exposição que aqui se apresenta, entende-se, de início, que a legitimação popular era destinada apenas à propositura da ADPF na modalidade incidental, o que será exposto no momento oportuno.

Para uma melhor compreensão do tema, cumpre transcrever os argumentos utilizados para a exclusão do cidadão do rol de legitimados para o ajuizamento da ADPF:

“Razões do veto

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade

<sup>424</sup> CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. 2004. p. 75.

dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. 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 pelo 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. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”.<sup>425</sup>

Visto isso, informa-se que antes de passar aos questionamentos acerca do veto ocorrido no dispositivo em comento, em específico, será feita uma reanálise dos institutos que inspiraram a criação da ADPF, como forma de expor qual o real objetivo daqueles e dar sustentação à legitimação popular na propositura da ação em comento.

### **6.2.1 Antecedentes da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

A Constituição de 1988, em seu artigo 102, § 1º, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a figura da ADPF, sem paralelo no Direito Comparado, cujo objetivo é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Apesar disso, a sua origem remonta a uma adaptação do direito alemão e do direito espanhol, considerando a propositura do Recurso Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) e do Recurso de Amparo, respectivamente.

No caso da Espanha, toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo está legitimada a interpor o recurso de amparo. Além disso, para a interposição do recurso de amparo espanhol, é preciso que as partes que tiveram seus direitos fundamentais violados recorram primeiramente aos Tribunais ordinários, onde se observa uma grande semelhança com o recurso constitucional alemão, com algumas peculiaridades.

<sup>425</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/Mensagem\\_Veto/1999/Mv1807-99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm)>. Acesso em 03 de março de 2008.

O amparo é utilizado de forma subsidiária, ou seja, apenas após o prévio esgotamento das medidas judiciais cabíveis para a tutela dos direitos fundamentais é que o indivíduo poderá se utilizar do recurso de amparo se entender que esse direito ainda se encontra violado. Por outro lado, o recurso constitucional alemão, apesar de também exigir o prévio esgotamento das vias judiciais, pode ser resolvido imediatamente se for de importância geral, ou, ainda, se acarretar um prejuízo grave e inevitável.<sup>426</sup>

Semelhante ao amparo hispano-americano, destaca-se o recurso constitucional alemão, entendido como um instrumento jurídico extraordinário que pode ser interposto por qualquer cidadão em razão de lesão a seus direitos fundamentais diante de atos diretos ou indiretos do Poder Público, o que pode ser feito pelo próprio cidadão ou por meio de advogado, sem o pagamento de custas judiciais.

Remete-se o leitor ao Capítulo 3, oportunidade na qual foram estudados detidamente os antecedentes no Direito Comparado da ADPF.

### **6.2.2 Argumentos de aspecto processual**

Vistos os institutos que mais influenciaram a criação da ADPF, passa-se a uma análise mais profunda dos argumentos utilizados pelo Poder Executivo, mais notadamente nos argumentos de ordem processual, para justificar o veto à legitimação popular para o ajuizamento da ADPF.

Como motivos do veto, afirmou-se que o dispositivo em questão, em sua redação original, teria incluído no sistema um mecanismo de acesso direto ao STF por qualquer pessoa, o que se mostraria incompatível com o controle concentrado, modalidade em que se insere a ADPF. Realmente, a ADPF é um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, mas que possui natureza jurídica dupla. Explica-se. A partir de uma interpretação literal da Lei n.º 9.882/99, observa-se que não existe uma divisão entre modalidades de ADPF. No entanto, seguindo a corrente mais balizada doutrina, a ADPF pode ser configurada como um modelo de controle de constitucionalidade concentrado dotado de caráter principal e incidental.<sup>427 428</sup>

---

<sup>426</sup> SEGADO, Francisco Fernández. El Recurso de Amparo como vía de articulación funcional y, a la par, de generación de conflictos entre el Tribunal Constitucional y el complejo orgánico del Poder Judicial en España. *Revista de Direito Constitucional e Internacional e Ciência Política*, n. 49. p. 259-260.

<sup>427</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. 2007. p. 101-102.

<sup>428</sup> Gilmar Ferreira Mendes acrescenta, ainda, uma modalidade de ADPF como sucedâneo objetivo de Recurso Extraordinário, quando atacar diretamente uma decisão judicial.



Enquanto a ADPF direta é assim denominada por visar à defesa objetiva dos preceitos fundamentais, estando prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99, e tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, a ADPF incidental está prevista no artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99, tendo cabimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. É denominada de incidental por depender de controvérsia, vez que se instaura em razão de um processo judicial em curso nas instâncias ordinárias, sendo entendida como um mecanismo de controle de constitucionalidade concentrado e concreto.<sup>429</sup>

Entende-se que ADPF não se mostra incompatível com o mecanismo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, especialmente pelo fato de que a participação popular se daria apenas nos casos de ADPF incidental. Cabe acrescentar que a intenção da lei não era conferir legitimidade ativa a qualquer pessoa, mas apenas às partes do processo em que se originou a relevante controvérsia constitucional, e que o fato de ser proposta pela parte interessada não significa que defenderá interesses meramente individuais.<sup>430</sup>

Segundo Daniel Sarmiento, tal veto mudou a essência da ADPF que, de um instrumento para proteção dos direitos fundamentais lesados pelo Poder Público, foi convertida num processo objetivo, dedicada apenas à garantia da ordem constitucional.<sup>431</sup>

Na falta dessa regulamentação, restaria, portanto, aos interessados, ou melhor, às partes do caso concreto no qual se originou a controvérsia constitucional, ingressar com Representação em face do Procurador-Geral da República e aguardar o seu pronunciamento acerca da existência ou não de interesse para ajuizar a ADPF – o que poderia ocorrer até mesmo pelo uso do direito de petição previsto no artigo 5º, XXXIV, *a*, da CF. Ressalta-se que a Representação é considerada como um instituto à parte, de acordo com o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n.º 9.882/99, apesar de fazer remissão a dispositivo vetado (artigo 2º, II). No entanto, caso a representação venha a

---

<sup>429</sup> Dentre outros, cf. MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. 2003. p. 104. Contra a natureza jurídica de incidente da ADPF, cf. TALAMINI, Eduardo. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. 2006. p. 21-24.

<sup>430</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 297.

<sup>431</sup> SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99. 2001. p. 106.

ser indeferida, as partes nada poderão fazer, considerando que a prerrogativa do artigo 2º, § 2º, também foi vetada (representação ao STF em cinco dias).

Ademais, caso se entenda que os legitimados para a ADPF poderiam optar entre as modalidades de ADPF, observa-se que, muito provavelmente, iriam eleger a modalidade direta da Argüição, pois para a propositura da Argüição incidental deveriam aguardar a abertura de um processo judicial no qual se discutisse a violação a preceito fundamental, ou, caso já existisse um processo em curso, deveriam provar a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, além de estarem atrelados àquele processo. Conclui-se, portanto, que os requisitos para a propositura da ADPF incidental são mais rígidos do que na ADPF direta, o que faz presumir que os legitimados ativos da ADPF optariam por esta modalidade.<sup>432 433</sup>

A despeito do caráter objetivo assumido pela Argüição, não há qualquer previsão na Lei n.º 9.882/99 de participação dos litigantes que deram origem à ADPF incidental no seu processamento no STF, o que violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV, da CF, eis que eventual decisão pelo STF repercutiria diretamente na decisão a ser proferida para os litigantes do processo originário. Sobre o tópico, Gustavo Binbenojm, com base em uma compreensão de uma nova jurisdição constitucional, afirma que “a existência do incidente de inconstitucionalidade, por si só, não aparenta violação à garantia; todavia, seu julgamento pela Corte Suprema, sem que as partes diretamente afetadas possam apresentar razões, realizar sustentação oral e suscitar qualquer outro incidente necessário à defesa de seu interesse, configura, à evidência, afronta ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa”.<sup>434</sup>

No entanto, o STF já decidiu que, em processos objetivos, o princípio do contraditório “[...] vê-se atendido, de um lado, com a possibilidade de o órgão estatal defender, objetivamente, o próprio ato que editou, e, de outro, com a intervenção do Advogado-Geral da União, que, em atuação processual plenamente vinculada, deve assumir, na condição de garante e curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade jurídica da norma impugnada”.<sup>435</sup>

---

<sup>432</sup> TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 67-68.

<sup>433</sup> Apesar de levantar essa possibilidade, André Tavares entende que a legitimidade para a propositura de argüição incidental não pode ser a mesma para a argüição direta, como será demonstrado a seguir.

<sup>434</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2001. p. 198.

<sup>435</sup> Cf. ADI-MC 1424/SP; Rel. Min. Celso de Mello; J. 20/08/1996; DJ 22/11/1996.

Na determinação dos legitimados ativos para a Argüição incidental, André Ramos Tavares, refutando a legitimidade dos juízes da causa que originou tal ADPF, entende que a redação atual da Lei n.º 9.882/99, mesmo com o veto ao artigo 2º, II, ainda autoriza as pessoas lesadas ou ameaçadas por ato do Poder Público, envolvidas em processo judicial, a ingressarem com a ADPF – o que corresponde a uma ampliação democrática da legitimidade para provocar diretamente o STF. Como argumentos, o autor afirma que “isso é assim porque a legitimidade para a propositura de argüição incidental, por óbvio, não poderia ser idêntica àquela prevista para a modalidade direta, sob pena de ineficácia absoluta da primeira. Tal interpretação seria absurda e totalmente descabida. Se se está de acordo acerca da existência de uma segunda modalidade, é evidente que não poderá ela ser eclipsada pela argüição direta, reduzida que estaria a um ‘sem-sentido’ normativo”.<sup>436</sup>

Diante da exigência de uma legitimidade diferenciada, André Ramos Tavares entende que o veto presidencial não surtiu efeitos práticos, apesar da existência de opiniões contrárias na doutrina<sup>437</sup> e da jurisprudência do Supremo, que já decidiu pela ilegitimidade *ad causam* de um particular para a propositura de ADPF, como na ADPF-AgR n.º 11, apenas admitindo como legitimados aqueles incluídos no rol do artigo 103, da CF.

Cabe acrescentar que Nelson Nery Júnior sustenta ser inconstitucional, por falta de regulamentação, a norma que atribui legitimidade para propositura da Argüição apenas aos legitimados presentes do rol do artigo 103, da CF, refutando as razões do veto presidencial. No caso, observa que a ADPF tutela não só o direito objetivo, mas também direitos subjetivos constitucionais dotados de titulares determinados que devem estar autorizados a defender tais direitos perante o Supremo, o que faz com que haja compatibilidade com o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Diante disso, assim como André Ramos Tavares, sustenta a legitimidade popular para o ajuizamento da Argüição, com a prevalência da *mens legis* sobre a *mens legislatoris*.<sup>438</sup>

---

<sup>436</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2008. p. 297.

<sup>437</sup> Entendendo razoável o posicionamento de André Ramos Tavares, cf. PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In: TAVARES, André Ramos Tavares; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade do Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 123-124. Contra, atribuindo legitimidade apenas às pessoas indicadas no rol do artigo 103, da CF, para a propositura de ambas as espécies de ADPF, cf. MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. 2003. p. 105-106.

<sup>438</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Direito Processual Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 28.

Argumentou-se, ainda, na motivação do veto presidencial, pela elevação do número de feitos no STF, comprometendo a sua capacidade, em razão da propositura da ADPF não possuir requisito específico, bem como da generalidade do objeto. Além disso, afirmou-se que o que o rol do artigo 103, da CF, já seria bastante amplo para permitir a veiculação de questões de maior relevância e transcendência social, o que não é assegurado pela Lei n.º 9.882/98.

No entanto, demonstrou-se que os requisitos para o ajuizamento da Argüição incidental são mais rigorosos do que para a propositura da Argüição direta.<sup>439</sup> É de se destacar que a propositura da ADPF já se encontra delimitada constitucionalmente, por ter como parâmetro apenas o descumprimento de preceitos fundamentais, o que por si só seria capaz de evitar uma avalanche de processos no Supremo.<sup>440</sup> E, além da comprovação da relevância do fundamento da controvérsia constitucional, deve ser observado o princípio da subsidiariedade, em que a Argüição somente poderá ser utilizada após o prévio esgotamento de outros meios de controle para afastar lesão a preceito fundamental, de acordo com o artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99. Apesar de ser bastante criticado pela doutrina, tal caráter de subsidiariedade – consagrado pelo STF<sup>441</sup> – confere certa discricionariedade ao próprio Supremo no recebimento da Argüição, o que já contribuiria para o não comprometimento de sua capacidade funcional.

Criou-se, portanto, um quadro desproporcional, ao vetar a legitimidade popular e ao prever mecanismos de limitação para a Argüição incidental ao mesmo tempo.<sup>442</sup> Discordando frontalmente do veto presidencial e de suas razões, até por já restar estabelecido o filtro necessário para evitar uma utilização desmedida do instituto, dentre outros motivos, destacam-se Flávia Piovesan, Renato Stanzola e Dirley da Cunha Júnior.<sup>443</sup>

---

<sup>439</sup> TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 67-68.

<sup>440</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. 2001. p. 321.

<sup>441</sup> Na ADPF n.º 50, publicada no DJ 02/03/2006, o STF assim entendeu: “Caberia assim, entre outros requisitos de forma, examinar-se a legitimidade passiva da entidade ora argüente, assim como a demonstração da inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

<sup>442</sup> No mesmo sentido, cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 221.

<sup>443</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In: TAVARES, André Ramos Tavares; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade do Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 2003. p. 122; CUNHA JUNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 2006. p. 451-452.

Ademais, há de se ressaltar a importância do instituto, já que com a ADPF incidental passa a ser possível antecipar o desfecho de uma questão jurídica que, sem ela, teria de perpassar por todo o procedimento do sistema difuso até chegar ao STF e, apenas após julgamento definitivo, receber ou não efeitos *erga omnes* e vinculante do Senado Federal, em observância ao artigo 52, X, da CF, para que, assim, a lei ou o ato normativo antes declarados inconstitucionais possam ter seus efeitos cessados para todos.<sup>444</sup>

Por outro lado, Gilmar Ferreira Mendes entende que é recomendável a legitimidade ativa dos cidadãos para propor a ADPF, até porque um dos bens que a Argüição busca proteger são os direitos fundamentais.<sup>445</sup> Ainda assim, é necessária a edição de lei no sentido de conferir legitimidade ativa aos cidadãos para a propositura de ADPF. Eventuais posicionamentos no sentido de que o dispositivo vetado (artigo 2º, II, da Lei n.º 9.882/99) ainda teria vigência ou no sentido de que é preciso proceder à sua leitura de modo conforme a Constituição, *data venia*, equivaleriam a criar um texto onde não existe.<sup>446</sup>

Para tanto, a legitimidade popular para o ajuizamento da Argüição requer uma regulamentação que não eleve desproporcionalmente o número de feitos do STF, o que foi feito pelo Projeto de Lei (PL) 6.543/06. Além das limitações já existentes, encontra-se em tramitação o referido projeto de lei, que pretende alterar a Lei n.º 9.882/99 para legitimar, para a propositura de ADPF, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público. Nesse sentido, o artigo 1º, do PL 6.543/06, após emenda, passou a conter a seguinte redação:

“Art. 1º O art. 2º da Lei nº 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigor acrescido dos seguintes inciso III e § 3º, dando-se nova redação ao § 1º:

‘Art. 2º [...]

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

[...]

§ 1º Na hipótese do inciso III, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

[...]

§ 3º A propositura da argüição pelas pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos

<sup>444</sup> Relembra-se que, em alguns casos, dispensa-se a aplicação do artigo 52, X, da CF, ocasião em que a decisão do Supremo, em controle difuso de constitucionalidade, será dotada de efeitos *erga omnes*.

<sup>445</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. 2007. p. 89.

<sup>446</sup> GOMES, Frederico Barbosa. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 381.

mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º da do art. 102 da Constituição”<sup>447</sup>.

O projeto encontra-se em Plenário desde 05/12/2006, mas já conta com parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que aprovou por unanimidade o parecer do Relator Deputado José Eduardo Cardozo, do Partido dos Trabalhadores, de São Paulo. No voto deste, restou excluída qualquer violação às normas em geral, pelo contrário, tal modificação possui o intuito de prestigiar a cidadania e a soberania popular, com a atuação positiva dos cidadãos na defesa de seus direitos fundamentais.<sup>448</sup> E assim entendeu, por unanimidade, a CCJC, refutando o veto ao artigo 2º, II, da Lei n.º 9.882/99, por não haver qualquer violação ao interesse público, ao contrário do que dispôs a Mensagem de Veto 1.807/99, especialmente ao exigir a comprovação da repercussão geral na ADPF, nos casos de legitimação popular, limitando as hipóteses e questões relevantes em discussão, de modo semelhante ao mecanismo de filtragem utilizado pelo Recurso Extraordinário, previsto no artigo 102, § 3º, da CF, e no artigo 543-A, do CPC, sem inviabilizar a realização do controle de constitucionalidade pelo Supremo.

Diante da proposta de redação conferida ao § 3º, do artigo 2º, da Lei n.º 9.882/99, pelo projeto de lei, Gilmar Ferreira Mendes sugere um modo de conciliar a ADPF e o RE, podendo um dos legitimados da ADPF requerer a conversão do julgamento do RE em Argüição, ou, ainda, a propositura de ambos, atribuindo-se discricionariedade aos Ministros do STF para apreciarem ou um ou outro, o que conferiria maior flexibilidade para resolver os atuais conflitos do sistema jurídico diante da complexidade da estrutura da sociedade civil.<sup>449</sup> André Ramos Tavares, por sua vez, mesmo sem referência a esse entendimento, atribui grande relevo à diferenciação entre os institutos, destacando que a Argüição não possui a natureza jurídica de um recurso extremo, como o RE, principalmente por ser direcionada imediatamente ao STF e ter como objeto apenas preceitos fundamentais.<sup>450</sup>

Pelos argumentos colocados, reiteram-se as colocações feitas na primeira parte deste capítulo, onde se procurou demonstrar a importância da comunicação entre os cidadãos de modo a estimular sua participação num Estado democrático de direito, bem como a relevância do

---

<sup>447</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=312308](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=312308)>. Acesso em 04 de março de 2008.

<sup>448</sup> Parecer da CCJC, p. 2-3. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=312308](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=312308)>. Acesso em 04 de março de 2008.

<sup>449</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. 2007. p. 89-90.

<sup>450</sup> TAVARES, André Ramos. *Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental*: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99. 2001. p. 66.

sentimento constitucional. Assim sendo, a defesa da legitimidade popular encontra-se fundada no princípio democrático e no princípio do acesso ao Judiciário, importantes vetores constitucionais a serem observados na interpretação constitucional que por ora se coloca.<sup>451</sup>

Observa-se que a delimitação dos contornos da ADPF é atribuição do STF, diante da vagueza do artigo 102, § 1º, da CF, bem como da Lei n.º 9.882/99, o que faz com se espere do Supremo uma atuação em conformidade com os valores constitucionais e com o regime democrático, conferindo uma maior e mais efetiva tutela aos preceitos fundamentais.

Em suma, a defesa da legitimidade popular encontra-se fundada no princípio democrático e no princípio do acesso ao Judiciário, importantes vetores constitucionais a serem observados na interpretação constitucional. A reforçar esse entendimento, tem-se que a Constituição Federal prevê expressamente, em seus artigos 1º, parágrafo único, e 14, III, que todo poder emana do povo, podendo ser exercido de forma direta, e que a soberania popular pode ser exercida mediante iniciativa popular, respectivamente. Com isso, demonstra-se que a legitimidade popular para a propositura de ADPF está diretamente relacionada com o exercício da democracia participativa, resguardada como princípio fundamental na Constituição.<sup>452</sup> É certo, portanto, que “una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”.<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> TAVARES, André Ramos. Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. 2001. p. 72.

<sup>452</sup> Interpretação analógica dos argumentos utilizados por José Afonso da Silva ao justificar a iniciativa popular para apresentar proposta de emenda à Constituição Federal, mesmo sem previsão expressa no texto constitucional. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2008. p. 63-64.

<sup>453</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 1970. p. 205.

## 7 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Até a data de 04 de fevereiro de 2009, cento e sessenta e duas Argüições foram ajuizadas, protocoladas do número 1 ao 163 (a ADPF de n.º 115 não consta dos registros do Supremo). Dessas ações, setenta e duas ADPF's aguardam julgamento ou já foram julgadas com resolução de mérito, enquanto às demais foi negado seguimento. Para maiores detalhes, veja-se a tabela abaixo:

<b>NÚMERO DAS ADPF'S QUE AGUARDAM JULGAMENTO</b>	<b>NÚMERO DAS ADPF'S QUE FORAM JULGADAS PROCEDENTES</b>	<b>NÚMERO DAS ADPF'S QUE FORAM JULGADAS IMPROCEDENTES</b>	<b>NÚMERO DAS ADPF'S QUE FORAM EXTINTAS SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO</b>
2, 6, 7, 9, 10, 14, 16, 24, 26, 36, 37, 40, 46, 51, 53, 54, 59, 67, 68, 70, 71, 77, 79, 81, 82, 88, 90, 94, 95, 97, 98, 100, 101, 105, 109, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 123, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 137, 139, 143, 145, 146, 147, 149, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162 e 163,	33 e 47.	144.	1, 3, 4, 5, 8, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 52, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 69, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 91, 92, 93, 96, 99, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 110, 111, 117, 120, 121, 122, 124, 128, 134, 135, 136, 138, 140, 141, 142, 148, 150 e 152.



Cumpre notar que a fundamentação utilizada pelo Supremo nas noventa Arguições que foram indeferidas é basicamente composta pela presença da ilegitimidade ativa, vez que muitas vezes as ADPF's foram propostas por pessoas físicas que não constam do rol do artigo 103, da CF (legitimados para a propositura de ADI e de ADC), e da presença de outros meios eficazes para sanar o problema (subsidiariedade). Dentre outros motivos para o não conhecimento da ação, tem-se a não constituição como objeto da ADPF, destacando-se o veto, a súmula e o projeto de emenda constitucional; a perda do objeto; a não aceitação do uso da Arguição como sucedâneo de Ação Rescisória e de Embargos à Execução; a inépcia da petição inicial; a falta de capacidade postulatória; a reautuação como ADI; o caráter subjetivo da lide; a ofensa reflexa à Constituição e o pedido de desistência. Nesse sentido, observa-se o quadro abaixo:

<b>NÚMERO DAS ADPF'S EXTINTAS POR ILEGITIMIDADE ATIVA</b>	<b>NÚMERO DAS ADPF'S EXTINTAS DIANTE DA PRESENÇA DA SUBSIDIARIEDADE</b>	<b>NÚMERO DAS ADPF'S EXTINTAS POR OUTROS MOTIVOS</b>
11, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 38, 44, 48, 57, 58, 60, 61, 62, 69, 75, 91, 92, 93, 96, 103, 104, 106, 107, 110, 120, 122, 124, 135, 136, 138, 140 e 148.	3, 12, 13, 15, 17, 18, 39, 41, 56, 58, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 74, 76, 78, 85, 87, 89, 96, 99, 102, 110, 111, 117, 128, 134, 141, 142 e 150.	1, 4, 5, 8, 32, 42, 43, 45, 49, 50, 52, 55, 64, 72, 73, 80, 83, 84, 86, 93, 108, 121, 134 e 152.

Para melhor visualização, a situação das Arguições que já foram ajuizadas encontra-se da seguinte forma:

<b>NÚMERO DA ADPF</b>	<b>ACOMPANHAMENTO PROCESSUAL</b>	<b>MÉRITO</b>
1	Julgada.	Negado seguimento. Veto presidencial não constitui objeto de ADPF.
2	Aguardando julgamento.	-
3	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
4	Julgada.	Negado seguimento. Perda do objeto.
5	Julgada.	Negado seguimento. Inépcia da petição inicial.
6	Aguardando julgamento.	-

7	Aguardando julgamento.	-
8	Julgada.	Negado seguimento. Ato normativo revogado.
9	Aguardando julgamento.	-
10	Aguardando julgamento.	-
11	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
12	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
13	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
14	Aguardando julgamento.	-
15	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
16	Aguardando julgamento.	-
17	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
18	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
19	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
20	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
21	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
22	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
23	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
24	Aguardando julgamento.	-
25	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
26	Aguardando julgamento.	-
27	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
28	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
29	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
30	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
31	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
32	Julgada.	Negado seguimento. Ausência de capacidade postulatória.
33	Julgada.	Procedente.
34	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
35	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
36	Aguardando julgamento.	-
37	Aguardando julgamento.	-
38	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
39	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.

40	Aguardando julgamento.	-
41	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
42	Julgada.	Negado seguimento. Projeto de emenda constitucional não constitui objeto de ADPF.
43	Julgada.	Negado seguimento. Projeto de emenda constitucional não constitui objeto de ADPF.
44	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
45	Julgada.	Negado seguimento. Perda do objeto.
46	Aguardando julgamento.	-
47	Julgada.	Procedente.
48	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
49	Julgada.	Negado seguimento. Perda do objeto.
50	Julgada.	Negado seguimento. Perda do objeto.
51	Aguardando julgamento.	-
52	Julgada.	Negado seguimento. ADPF não constitui sucedâneo de Ação Rescisória.
53	Aguardando julgamento.	-
54	Aguardando julgamento.	-
55	Julgada.	Negado seguimento. Inépcia da petição inicial.
56	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
57	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
58	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa e subsidiariedade.
59	Aguardando julgamento.	-
60	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa e subsidiariedade.
61	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa e subsidiariedade.
62	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa e subsidiariedade.
63	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
64	Julgada.	Negado seguimento. Norma com efeitos exauridos.
65	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.

66	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
67	Aguardando julgamento.	-
68	Aguardando julgamento.	-
69	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
70	Aguardando julgamento.	-
71	Aguardando julgamento.	-
72	Julgada.	Negado seguimento. Reautuação como ADI.
73	Julgada.	Negado seguimento. Veto presidencial não constitui objeto de ADPF.
74	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
75	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
76	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
77	Aguardando julgamento.	-
78	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
79	Aguardando julgamento.	-
80	Julgada.	Negado seguimento. Súmula não constitui objeto de APDF.
81	Aguardando julgamento.	-
82	Aguardando julgamento.	-
83	Julgada.	Negado seguimento. ADPF não constitui sucedâneo de Embargos à Execução.
84	Julgada.	Negado seguimento. Dotada de caráter subjetivo.
85	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
86	Julgada.	Negado seguimento. Norma que veio a ser revogada.
87	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
88	Aguardando julgamento.	-
89	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
90	Aguardando julgamento.	-
91	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
92	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
93	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa e ofensa reflexa à Constituição Federal.

94	Aguardando julgamento.	-
95	Aguardando julgamento.	-
96	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa e subsidiariedade.
97	Aguardando julgamento.	-
98	Aguardando julgamento.	-
99	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
100	Aguardando julgamento.	-
101	Aguardando julgamento.	-
102	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
103	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
104	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
105	Aguardando julgamento.	-
106	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
107	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
108	Julgada.	Negado seguimento. Pedido de desistência. <sup>454</sup>

<sup>454</sup> Diante do princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, não é cabível a desistência da ação. Nesse sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ART. 169, § 1º - APLICAÇÃO EXTENSIVA [...]. O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. O art. 169, § 1º, do RISTF/80, que veda ao Procurador-Geral da República essa desistência, aplica-se, extensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados pela Constituição de 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103). A impugnação isolada de parte do Anexo da Lei Complementar, que se apresenta desprovido de qualquer normatividade, não pode ter sede em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto deve ser, necessariamente, ato estatal de conteúdo normativo”. (ADI 387 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/1991, DJ 11-10-1991). Entretanto, como exposto, foi homologado o pedido de desistência da ação formulado pelo advogado do autor na ADPF de n.º 108, por ter sido atribuído à Relatora, Ministra Cármen Lúcia, escritos em voto que não foi objeto de apresentação nem de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu: “[...] 2. No desenvolvimento de seus argumentos, o Autor faz constar, reiteradamente, ter sido a matéria objeto de manifestação desta Relatora em outra ação (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.768) no sentido aqui defendido. Há remissão a como a Relatora teria votado naquela ação direta e transcreve trechos a ela atribuídos que teriam sido adotados naquele processo. 3. Todavia, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não foi, ainda, objeto de julgamento; sequer foi relatado nem, até a presente data, para ela foi pedido pauta. O relatório não foi comunicado ainda aos demais Ministros do Tribunal. O que o advogado do Autor fez não foi mais que copiar e transcrever trechos do Parecer da Advocacia-Geral da União emitido naquela ação direta de inconstitucionalidade n. 3.768 e exposto em sítio da rede mundial de computadores. E, de maneira gravemente equivocada, atribuiu tais escritos a voto que a Relatora daquela e da presente ação não formulou e nem apresentou ao Supremo Tribunal Federal. Pelas consequências da divulgação daquelas assertivas – que se passam a terceiros como se verdade fosse – o caso poderia ter de se desenvolver no sentido de providências administrativas no âmbito profissional do procurador do Autor. 4. Todavia, o advogado do Autor viu-se a braços com o equívoco gravíssimo apontado e apresenta, agora, pela Petição 50374, cuja juntada se determina, o pedido de desistência da ação e de arquivamento dos autos em razão daquela circunstância, demonstrando não ter havido dolo em sua conduta. 4. Pelo teor da breve petição de desistência apresentado, no qual se esclarece o erro cometido pelo patrono do Autor, homologo o pedido de desistência da ação, em razão da atribuição a esta Relatora de escritos em voto que não foi objeto de apresentação nem de apreciação por este Supremo Tribunal Federal, e determino o arquivamento dos autos”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=79&dataPubli>

109	Aguardando julgamento.	-
110	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa e subsidiariedade.
111	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
112	Aguardando julgamento.	-
113	Aguardando julgamento.	-
114	Aguardando julgamento.	-
116	Aguardando julgamento.	-
117	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
118	Aguardando julgamento.	-
119	Aguardando julgamento.	-
120	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
121	Julgada.	Negado seguimento. Recebida como ADI.
122	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
123	Aguardando julgamento.	-
124	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
125	Aguardando julgamento.	-
126	Aguardando julgamento.	-
127	Aguardando julgamento.	-
128	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
129	Aguardando julgamento.	-
130	Aguardando julgamento.	-
131	Aguardando julgamento.	-
132	Aguardando julgamento.	-
133	Aguardando julgamento.	-
134	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
135	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
136	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
137	Aguardando julgamento.	-
138	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
139	Aguardando julgamento.	-
140	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.

141	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
142	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
143	Aguardando julgamento.	-
144	Julgada.	Improcedente.
145	Aguardando julgamento.	-
146	Aguardando julgamento.	-
147	Aguardando julgamento.	-
148	Julgada.	Negado seguimento. Ilegitimidade ativa.
149	Aguardando julgamento.	-
150	Julgada.	Negado seguimento. Subsidiariedade.
151	Aguardando julgamento.	-
152	Julgada.	Negado seguimento. Súmula não constitui objeto de ADPF.
153	Aguardando julgamento.	-
154	Aguardando julgamento.	-
155	Aguardando julgamento.	-
156	Aguardando julgamento.	-
157	Aguardando julgamento.	-
158	Aguardando julgamento.	-
159	Aguardando julgamento.	-
160	Aguardando julgamento.	-
161	Aguardando julgamento.	-
162	Aguardando julgamento.	-
163	Aguardando julgamento.	-

Cabe acrescentar que algumas peculiaridades sobre o regramento da ADPF não se encontram na lei que a regulamenta, como a definição dos preceitos fundamentais, recaindo ao Supremo a função de completar tais “lacunas”, ou melhor, de delimitar o processamento da Argüição. Nesse caso, desponta a discussão sobre a jurisprudência ser considerada como fonte primária do direito, ao lado da lei. Para Hermes Zaneti Júnior, isso seria possível com o fenômeno da constitucionalização, ou seja, “[...] com a constitucionalização no marco do Estado Democrático

de Direito, os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, a jurisprudência como uma das fontes primárias, ao lado da lei”.<sup>455 456</sup>

Feita a análise da jurisprudência do STF quanto à Argüição, conclui-se que a referida ação não vem recebendo um tratamento condizente com a sua importância no sistema de controle de constitucionalidade pelo Poder Público, em especial, pelo Poder Judiciário. Para alcançar tal conclusão, basta se atentar para o fato de que a ADPF foi inserida na Constituição de 1988 pelo poder constituinte originário e, apenas em 1999, o Poder Legislativo criou lei para sua regulamentação. Além disso, a ADI 2.231-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB suscitando a inconstitucionalidade de toda a Lei n.º 9.882/99, encontra-se sem julgamento desde o ano de 2001, quando foi feito pedido de vista. Interessante notar que nas primeiras Argüições analisadas pelo Supremo, os Ministros faziam uma ressalva quanto à existência da ADI 2.231-DF, alegando que pela presunção de legitimidade das leis as ADPF’s estavam sendo julgadas.

Os tópicos apontados, por sua vez, tratam de questões meramente formais. Maiores críticas são tecidas ao tratamento conferido à ADPF pelo Supremo, *data maxima venia*. Ora, além de ter como parâmetro o conjunto de normas mais essenciais à Constituição, compreendidas como preceitos constitucionais fundamentais, a Argüição serviu para colmatar lacunas no sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, mais notadamente no que diz respeito às normas pré-constitucionais e às normas municipais. Esse espaço que foi deixado em branco, antes da regulamentação da ADPF, deixava de fora do controle concentrado as normas pré-constitucionais e municipais, ocasionando uma série de demandas repetitivas, com a conseqüente demora do trâmite processual, bem como o fenômeno conhecido como “guerra das liminares”.<sup>457</sup>

Assim sendo, entende-se que tão-somente pelo fato de a Argüição servir para tutelar os preceitos constitucionais fundamentais da ordem jurídica, é preciso que seja conferido tratamento à Argüição condizente com essa característica. Entretanto, até o momento, o Supremo apenas julgou o mérito de três ADPF’s, extinguindo a maioria delas sem resolução de mérito pela falta de requisitos formais. E, em outras oportunidades, acabou por não explorar com a devida profundidade temas extremamente polêmicos ao proferir decisões liminares.

---

<sup>455</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. 2007. p. 56.

<sup>456</sup> Cabe notar que Tárek Moysés Moussallem, em obra veiculada antes da edição da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, sustenta a não configuração da jurisprudência como fonte do direito, mas como mera fonte psicológica do direito, ao influenciar o julgamento do magistrado em algum caso semelhante, sem exigir a prolação de idêntica decisão judicial, bem como resultado da atividade jurisdicional. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001. p. 158-159.

<sup>457</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 2007. p. 464.



Ao mesmo tempo, reputa-se necessário um maior estudo do tema por parte dos juristas, bem como a divulgação da ADPF nos meios de comunicação para o conhecimento de sua existência pela população. Recorde-se que, inicialmente, era até prevista a iniciativa popular para sua propositura. A partir das notícias veiculadas pelos meios de comunicação do julgamento de algumas ADPF's, pelo menos em sede de liminar, cuja temática levanta maiores debates no meio social, foi possível uma maior divulgação da Arguição. Para tanto, cita-se a ADPF de n.º 54, que trata da antecipação de parto de feto anencéfalo, e, mais recentemente, a ADPF de n.º 101, referente às decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados pelo Brasil, e a ADPF n.º 130, sobre a Lei de Imprensa.

Na ADPF n.º 101, ajuizada pelo Presidente da República, apontou-se como preceito fundamental o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pode-se dizer que o tema teve uma maior repercussão pela mídia diante do problema ambiental que a importação de pneus usados poderia causar, devido à dificuldade na decomposição dos elementos que compõem o pneu e aos problemas advindos do acúmulo de pneus descartados ou armazenados a céu aberto – com a propagação de doenças, como a dengue –, e, especialmente, pelo fato de envolver questão econômica num patamar internacional. Explica-se. A temática sobre a importação de pneus usados pelo Brasil foi levada à Organização Mundial do Comércio (OMC), por solicitação de consulta pela União Européia, quando da proibição de importação de pneus usados e reformados procedentes dela e da manutenção da importação de pneus remoldados oriundos dos países integrantes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) pelo Brasil. Por sua vez, a OMC entendeu ser justificável a medida de não importação de pneus usados e reformados adotada pelo Brasil, com o fim de resguardar a saúde e o meio ambiente, mas que importação de pneus usados provenientes de países do MERCOSUL por meio de liminares configuraria injustificada discriminação. Diante desse quadro, no julgamento da ADPF, a Relatora, Ministra Carmén Lúcia, sustentou não existir tratamento discriminatório nas relações comerciais adotadas pelo Brasil, especialmente ao respeitar a exceção da importação de pneus remoldados provenientes de países do MERCOSUL, já que a conduta está de acordo com a determinação do Tribunal *ad hoc* a que o Brasil teve de se submeter.

## 8 CONCLUSÕES

1. A jurisdição constitucional é um dos mecanismos de limitação do Poder Público nos países democráticos, de modo a assegurar o cumprimento e a aplicação das normas constitucionais, bem como a manutenção da ordem estatal. Para tanto, como principal meio de sua efetivação, desponta-se o instituto do controle de constitucionalidade, tendo como premissas a rigidez e a supremacia constitucionais.
2. Como principais modelos de controle de constitucionalidade no Direito Comparado, destacam-se o modelo difuso norte-americano e o modelo concentrado austríaco. Neste, a função de exercer o controle de constitucionalidade recai à Corte Constitucional, feito pela via principal e sem vinculação a um caso concreto, gerando efeitos *ex nunc* e *erga omnes*. Naquele, a fiscalização das leis pode ser feita por todos os juízes ou pelo tribunal, no curso de uma demanda, cuja decisão final acerca das questões constitucionais recai na Suprema Corte e produz efeitos *ex tunc* e *inter partes*, em regra.
3. No Brasil, a fiscalização da constitucionalidade das leis pode ser feita tanto de forma política ou não-jurisdicional quanto de forma judicial. Prevalece, no ordenamento pátrio, o controle por este meio, englobando o sistema difuso, que ocorre em qualquer grau de jurisdição e pode ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, e o sistema concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal.
4. No controle difuso, a dúvida acerca da constitucionalidade de determinada norma é aferida em um caso determinado, sendo que para o julgamento deste torna-se imprescindível que haja uma manifestação do Poder Judiciário acerca da constitucionalidade da norma que acoberta o direito pretendido, antes de chegar ao mérito propriamente dito da lide. Em regra, os efeitos da decisão serão *ex tunc* e *inter partes*.
5. A Constituição Federal de 1988 aperfeiçoou e democratizou o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, com a ampliação da legitimidade ativa para instauração de controle concentrado e com a criação da ADPF.
6. O controle concentrado, por sua vez, é feito pelo Supremo Tribunal Federal mediante a ADI genérica, por omissão e interventiva, a ADC e a ADPF. Em regra, a decisão final será dotada de efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.
7. A ADI genérica tem previsão no artigo 102, I, *a*, da CF, estando regulada pela Lei n.º 9.868/99, e tem como objetivo averiguar a constitucionalidade ou não de um ato normativo estadual ou federal posterior à Constituição de 1988. Já a ADI por omissão está prevista no artigo 103, § 2º, da CF, tendo como propósito resguardar a ordem

- constitucional diante de alguma lacuna normativa, ocasião em que será declarada a inconstitucionalidade por omissão. A ADI interventiva, por sua vez, apenas deve ser usada em casos extremos, eis que limita a autonomia dos Estados-membros. Prevista no artigo 36, III, da CF, busca solucionar questões relacionadas à Federação, aos princípios constitucionais e à soberania, sendo que apenas pode ser proposta pelo Procurador-Geral da República, diferentemente da ADI genérica e da ADI por omissão.
8. Em observância ao sistema federativo, a ADI também pode ser proposta no âmbito estadual, mas deverá ser ajuizada perante os Tribunais de Justiça para argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, nos termos do artigo 125, § 2º, da CF.
  9. Com a Emenda Constitucional n.º 03/1993, criou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cuja legitimidade passou a ser a mesma da ADI com a EC n.º 45/2004. Assim como a ADI, a ADC é regulada pela Lei de n.º 9.868/99, mas, por outro lado, busca reconhecer a conformidade da norma infraconstitucional com a Constituição.
  10. Apesar da complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o mesmo não abarcava todas as violações existentes à Constituição Federal, sendo introduzida a ADPF no ordenamento jurídico pátrio, com previsão em seu artigo 102, § 1º, da CF. A norma regulamentadora apenas veio a ser editada em 03 de dezembro de 1999, sob o n.º 9.882, tendo como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.
  11. A ADI e a ADC dizem respeito à consonância de determinada lei ou ato normativo em relação à Constituição, enquanto que a ADPF visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. Remete, portanto, à noção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade para cabimento de ADI e de ADC, e, de outro lado, à noção de descumprimento para cabimento de ADPF.
  12. Observa-se, portanto, que o legislador constituinte diferenciou o descumprimento e a inconstitucionalidade para fins de cabimento de ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Há, no entanto, entendimento doutrinário no sentido de o descumprimento ser uma espécie de inconstitucionalidade, ao lado da contrariedade e da própria inconstitucionalidade.
  13. Ao longo dos tempos, observou-se a recepção constitucional de diversos institutos estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na união de culturas

- constitucionais. No caso da ADPF, apesar de ter recebido influências de outros ordenamentos jurídicos, reforça-se a sua atipicidade ou originalidade, podendo ser utilizada tanto para evitar quanto para reparar lesão em caso de descumprimento de preceito fundamental. É, portanto, uma criação do Direito brasileiro, o que não exclui o estudo dos institutos de Direito Comparado, que apresentam várias semelhanças com a Argüição.
14. Ao tratar da Argüição, a doutrina nacional costuma apontar como antecedentes no Direito Comparado o Recurso Constitucional do direito alemão, a *Beschwerde* do direito austríaco e o Recurso de Amparo do direito espanhol, dentre alguns outros, como o *Writ of Certiorari* do direito norte-americano e a *Popularklage* do direito bávaro. Considerando que o Recurso Constitucional alemão e o Recurso de Amparo espanhol apresentam um maior destaque na presente temática, limitou-se à análise desses institutos afins no direito estrangeiro, ao lado de semelhante instituto cubano.
  15. O recurso de amparo espanhol está regulado principalmente nos artigos 53.2, 161.1.b, e 162.1.b, da Constituição de 1978, e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional 2/1979. É dotado de dúlice natureza, por buscar a tutela dos direitos constitucionalmente garantidos, como instrumento processual de proteção de situações subjetivas, e serve de instrumento de garantia e interpretação da Constituição espanhola, dotado de dimensão objetiva. A legitimidade ativa do amparo espanhol recai a toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo. Ademais, deve ser observado o requisito da subsidiariedade para seu processamento, ou seja, quando a pessoa natural ou jurídica entender que a busca de determinados direitos que lhes são próprios se mostrar insatisfatória pela tutela concedida ou não pelos juízes e tribunais poderá buscar o Tribunal Constitucional pelo recurso de amparo.
  16. De modo semelhante ao amparo hispano-americano, destaca-se o recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), previsto no artigo 93, co. 1, n. 4a, da Lei Fundamental, competindo ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre reclamações constitucionais que podem ser interpostas por qualquer pessoa sob a alegação de ter sido lesada, por autoridade pública, em seus direitos fundamentais ou outros direitos específicos. Concomitantemente à sua função subjetiva de proteger e de permitir a realização dos direitos fundamentais, tal recurso é dotado de uma função objetiva, qual seja, a de resguardar as normas constitucionais, mantendo a ordem do ordenamento jurídico. Cabe acrescentar que o recurso deve ser interposto de forma residual e subsidiária, em que a matéria de fato deve ter sido exaurida pelas vias legais, apenas sendo admitido de forma direta em caso excepcional. Observa-se que a propositura do recurso constitucional

alemão também recai a qualquer pessoa, permitindo o acesso direto dos cidadãos ao Tribunal Constitucional Federal.

17. Apesar da ausência de remissão na doutrina pátria quando o tema a ser debatido se refere aos antecedentes da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Comparado, interessante notar semelhante instituto jurídico com previsão na Constituição da República de Cuba, datada de julho de 1940 e caracterizada por uma estrutura democrática, republicana e liberal. Nesse caso, diante da competência do Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociais para julgar os recursos de inconstitucionalidade contra leis, decretos-leis, decretos, resoluções ou atos que neguem, diminuam, restrinjam ou adulterem os direitos e garantias consignados na Constituição cubana de 1940 ou que impeçam o livre funcionamento dos órgãos estatais, o artigo 183, *f*, do texto constitucional, assegurava o direito a toda pessoa individual ou coletiva a recorrer a esse tribunal quando tivesse sido afetada por um ato ou disposição que considere inconstitucional.
18. Diferentemente do recurso de amparo espanhol e do recurso constitucional alemão, a ADPF não pode ser ajuizada por qualquer pessoa física ou jurídica, eis que as pessoas legitimadas para a sua propositura são apenas aquelas que constam do rol do artigo 103, da CF. Por outro lado, há uma aproximação dos institutos estrangeiros com a Argüição no que diz respeito à sua dúplice função (objetiva e subjetiva) e à necessidade do preenchimento do requisito da subsidiariedade.
19. Antes de adentrar, em especial, no tratamento conferido à Argüição pelo legislador infraconstitucional, é preciso delimitar o que se entende por preceito fundamental. Em relação à ADPF, o legislador brasileiro parece ter caminhado em sentido contrário à definição de preceito como norma-regra, podendo citar como parâmetro para a Argüição, seja ela autônoma ou incidental, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a soberania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, o voto direto, secreto, universal e periódico, a forma federativa de Estado, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Apesar de “preceito fundamental” ser um instituto constitucional impreciso por não ter sido definido pela Constituição nem pela Lei n.º 9.882/99, recai sobre a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal realizar tal tarefa.
20. Conforme preceitua o artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, a ADPF terá cabimento após o esgotamento de outros meios de controle para afastar lesão a preceito fundamental, desde que sejam reputados eficazes para tanto. Acerca do requisito da subsidiariedade, despontam três posicionamentos da doutrina. Uma primeira posição, defendida por André

- Ramos Tavares, rejeita o caráter de subsidiariedade da ADPF, afirmando a preferência da Argüição em relação às demais ações. O segundo posicionamento, no qual se encontra filiado Alexandre de Moraes, sustenta uma interpretação restritiva do artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, pela qual seria incabível a ADPF quando for o caso de ADI ou de ADC, ou, até mesmo, de ações individuais e recursos, admitindo temperamentos. Por fim, Gilmar Ferreira Mendes segue uma linha intermediária, cuja questão central do debate está na análise da eficácia do tipo de solução que outro meio adotado produziria.
21. O Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de admitir o princípio da subsidiariedade previsto em lei com reservas, ou seja, para a utilização da via da ADPF é preciso que os instrumentos processuais existentes não sejam eficazes a ponto de reprimir a lesão ou a ameaça de lesão aos preceitos fundamentais.
  22. É comum na doutrina a classificação da ADPF em Argüição direta ou autônoma ou principal, prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99, para evitar (preventiva) ou reparar (repressiva) lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, e em Argüição incidental ou por equiparação, regulada pelo artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.882/99, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.
  23. Cabe destacar que Gilmar Ferreira Mendes, acrescenta, ainda, uma terceira modalidade de ADPF que poderá se configurar como sucedâneo objetivo de Recurso Extraordinário, ao atacar diretamente uma decisão judicial incompatível com a Constituição, equiparando-se a um autêntico recurso constitucional.
  24. Apesar de ser comum observar na doutrina pátria a classificação da ADPF em modalidades, o que influencia na discussão dos requisitos de admissibilidade de cada tipo de Argüição e na sua constitucionalidade, deve-se entender que independentemente da modalidade de Argüição o seu objetivo principal é a tutela dos preceitos constitucionais fundamentais.
  25. Extrai-se que a ADPF terá como objeto ato ou omissão do Poder Público que ameace ou lesione preceito fundamental, seja proveniente da esfera federal, estadual, distrital ou municipal da Federação brasileira, visto que o artigo 1º, *caput*, da referida lei, não limitou a esfera do Poder Público. Terá como objeto, ainda, lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, sobre os quais recaia relevante controvérsia constitucional. Cabe acrescentar que o STF já decidiu não ser objeto de ADPF o veto presidencial (ADPF's de n.º 1 e 73), o projeto de emenda constitucional

- (ADPF's de n.º 42 e 43) e as súmulas, inclusive as do Tribunal Superior do Trabalho (ADPF's de n.º 80 e 152).
26. Antes da vigência da Lei n.º 9.882/99, o controle de constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Federal era feito apenas de forma difusa, sendo que apenas o controle em face da Constituição Estadual poderia ocorrer de forma concentrada, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual, com base no artigo 125, § 2º, da CF. A partir daí, não há mais espaço no ordenamento jurídico para posicionamentos no sentido de não se admitir a fiscalização abstrata de leis e atos normativos municipais, incluídas as violações perpetradas pelo Poder Público Municipal aos preceitos fundamentais.
  27. O artigo 2º, I, da Lei n.º 9.882/99, estipula que a legitimidade para a propositura da ADPF recai sobre os mesmos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo rol está previsto no artigo 103, da CF, alcançando o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
  28. Sendo proposta em face de lei, ato ou omissão do Poder Público, e não contra alguém, os legitimados passivos da ADPF são as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou da omissão, sem que isso signifique que tais entes sejam considerados partes passivas.
  29. O processamento da ADPF está sedimentado na Lei n.º 9.882/99, que contém desde os requisitos da petição inicial até os efeitos da decisão final proferida pelo STF.
  30. Acerca da intervenção de terceiros, entende-se pelo seu não cabimento em sede de ADPF, com a conseqüente aplicação das normas que a proíbem nos artigos 7º e 18, da Lei n.º 9.868/99, tanto no procedimento da ADI quanto da ADC, até por se tratar de processo de cunho objetivo. Há ressalvas no que tange ao cabimento da assistência entre legitimados ativos.
  31. É com base na aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/99, que se sustenta o cabimento da figura do *amicus curiae* na ADPF, atribuindo maior participação democrática ao processamento dessa ação, o que é feito em conjunto com a regra contida no artigo 6º, § 2º, da Lei n.º 9.882/99, ao dispor que “poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.

32. O *quorum* para deferimento de medida liminar em ADPF é de maioria absoluta, desde que presentes dois terços dos Ministros (artigo 8º), porém, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno (artigo 5º, § 1º). A Lei n.º 9.882/99 não trata exaustivamente dos efeitos da liminar concedida, devendo ser aplicada à ADPF a disciplina prevista nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 11, da Lei n.º 9.868/99. A única previsão quanto aos seus efeitos em medida liminar é na determinação de que juízes e tribunais podem suspender o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (artigo 5º, § 3º).
33. Para a instalação da sessão de julgamento da ADPF é preciso que haja a presença de pelo menos dois terços dos Ministros, de acordo com o artigo 8º, da Lei n.º 9.882/99. No § 1º desse dispositivo havia a previsão do *quorum* para julgamento de dois terços dos Ministros, o que foi objeto de veto presidencial por exigir *quorum* superior ao previsto em outras ações de controle concentrado de constitucionalidade. Assim sendo, o *quorum* para julgamento deve ser o da maioria absoluta dos Ministros do Supremo, previsto no artigo 97, da Constituição Federal, para o reconhecimento de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental, bem como no artigo 5º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99, direcionado à concessão de medidas cautelares.
34. Ao traçar os efeitos decorrentes de decisão proferida em sede de ADPF, cabe analisar se seriam capazes de alcançar a coisa julgada material formada em ações individuais ou coletivas anteriormente à decisão que julga a Argüição. O instituto da coisa julgada atribui a qualidade de imutabilidade à sentença de modo a garantir a pacificação social, eis que não seria possível alcançar a estabilidade se mesmo após a prestação da tutela jurisdicional fosse possível ajuizar demanda idêntica, ou seja, com as mesmas partes, causa de pedir e pedido. Sendo a segurança jurídica um dos valores constitucionais a inalterabilidade da coisa julgada mostra-se indispensável à sua concretização.
35. Encontra-se entendimento doutrinário, como o de Arthur Mendes Lobo e Heveraldo Galvão, que excepciona a imutabilidade da coisa julgada em determinados casos concretos que tiverem descumprido preceito fundamental, de forma condizente com os parâmetros de um Estado democrático de direito. Para tanto, a desconstituição ou flexibilização da coisa julgada em tais hipóteses, desde que reconhecidas pelo STF em decisão proferida em sede de ADPF, deverá ocorrer por meio de Ação Rescisória, cujo prazo de dois anos será contado a partir da publicação da decisão do Supremo.



36. Há posicionamento que vai além, defendendo o cabimento de ADPF diante de sentença transitada em julgado que tenha descumprido preceito fundamental, por enquadrá-la como “ato do poder público” – hipótese de cabimento constante do artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 9.882/99.
37. Vistos os efeitos da decisão em sede de medida cautelar e posteriormente de decisão final, procurou-se tratar da relação desta com a coisa julgada formada em outras ações ordinárias, realizando o estudo do caso prático da ADPF de n.º 83.
38. A argumentação exposta sobre a possibilidade de desconstituição de decisões já transitadas em julgado pode perfeitamente ser aplicada à ADPF de n.º 83, cujo descumprimento de preceito fundamental restou materializado com decisões do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo. Lembra-se que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, já se manifestaram no sentido de que a formação de coisa julgada em todos os casos que motivaram o ajuizamento da ADPF em comento constitui-se num óbice ao cabimento da ação, mas em sede de Embargos de Declaração os argüentes informaram a existência de ação em curso.
39. Destaca-se que tal entendimento apenas seria viável se a decisão proferida pelo Supremo produzisse efeitos *ex tunc* ou manipulasse os efeitos de forma tal a alcançar os referidos processos, isso se razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social justificarem atuação nesse sentido, com base no artigo 11, da Lei n.º 9.882/99.
40. Dada a importância de criar uma cultura ativa por parte dos cidadãos no Estado democrático de direito, questionou-se o veto ao inciso II, do artigo 2º, da Lei de n.º 9.882/99, que previa como legitimados para a propositura da ADPF “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, bem como os argumentos utilizados pelo Poder Executivo para tanto.
41. A Constituição de 1988, em seu artigo 102, § 1º, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a figura da ADPF, sem paralelo no Direito Comparado, cujo objetivo é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Apesar disso, a sua origem remonta a uma adaptação do direito alemão e do direito espanhol, considerando a propositura do Recurso Constitucional e do Recurso de Amparo, respectivamente. Em ambos casos está prevista a legitimidade popular para a propositura dos recursos.
42. A ADPF não se mostra incompatível com o mecanismo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, especialmente pelo fato de que a participação popular se daria apenas nos casos de ADPF incidental. Cabe acrescentar que a intenção da lei não era conferir legitimidade ativa a qualquer pessoa, mas apenas às partes do processo em que se originou a relevante controvérsia constitucional, e que o fato de ser

- proposta pela parte interessada não significa que defenderá interesses meramente individuais. O referido veto acabou mudando a essência da ADPF, restando aos interessados, ou melhor, às partes do caso concreto no qual se originou a controvérsia constitucional, ingressar com Representação em face do Procurador-Geral da República e aguardar o seu pronunciamento acerca da existência ou não de interesse para ajuizar a ADPF – o que poderia ocorrer até mesmo em decorrência do direito de petição previsto no artigo 5º, XXXIV, *a*, da CF.
43. Na determinação dos legitimados ativos para a Argüição incidental, André Ramos Tavares entende que a redação atual da Lei n.º 9.882/99, mesmo com o veto ao artigo 2º, II, ainda autoriza as pessoas lesadas ou ameaçadas por ato do Poder Público, envolvidas em processo judicial, a ajuizarem a ADPF, sob pena de ineficácia absoluta da modalidade direta.
  44. Em contrariedade à argumentação de que a ampliação da legitimidade elevaria sobremaneira a carga de trabalho STF, tem-se amplo mecanismo de filtragem a ser utilizado pelo Supremo: os requisitos para o ajuizamento da Argüição incidental são mais rigorosos do que para a propositura da Argüição direta; a propositura da ADPF já se encontra delimitada constitucionalmente, por ter como parâmetro apenas o descumprimento de preceitos fundamentais; a necessidade de comprovação da relevância do fundamento da controvérsia constitucional; e a previsão do artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99 (subsidiariedade).
  45. Ademais, há de se ressaltar a importância do instituto, já que com a ADPF incidental passa a ser possível antecipar o desfecho de uma questão jurídica que, sem ela, teria de perpassar por todo o procedimento do sistema difuso até chegar ao STF e, apenas após julgamento definitivo, receber ou não efeitos *erga omnes* e vinculante do Senado Federal (em regra).
  46. Além das limitações já existentes, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 6.543/06, que pretende alterar a Lei n.º 9.882/99 para legitimar, para a propositura de ADPF, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público.
  47. A legitimação popular para ajuizar a ADPF acaba por estimular a participação do cidadão nos moldes de um Estado democrático de direito, o que auxiliaria no crescimento do sentimento constitucional entre os brasileiros. Ademais, a defesa da legitimidade popular encontra-se fundada no princípio democrático e no princípio do acesso ao Judiciário, importantes vetores constitucionais a serem observados na interpretação constitucional.
  48. Até a data de 04 de fevereiro de 2009, cento e sessenta e duas Argüições foram ajuizadas, protocoladas do número 1 ao 163 (a ADPF de n.º 115 não consta dos registros do

- Supremo). Dessas ações, setenta e duas ADPF's aguardam julgamento ou já foram julgadas com resolução de mérito, enquanto às demais foi negado seguimento.
49. Algumas peculiaridades sobre o regramento da ADPF não se encontram na lei que a regulamenta, como a definição dos preceitos fundamentais, recaindo ao Supremo a função de completar tais "lacunas", ou melhor, de delimitar o processamento da Argüição.
50. Por fim, *data maxima venia*, entende-se que o STF não vem analisando as ADPF's ajuizadas em consonância com a importância do instituto, relegando a Argüição a um segundo plano quando tratamento primordial lhe deveria ser atribuído, até por objetivar evitar ou reparar lesão aos preceitos mais nobres do ordenamento jurídico brasileiro.

## 9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 5. reimpresión. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Luis Alberto David. Da Ingênuia Objetividade do Conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade para o Juízo Subjetivo e Inseguro da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma Tentativa de Apresentação Crítica da Evolução do Sistema de Controle de Constitucionalidade na Constituição Federal de 1988. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. v. 2. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. v. 5. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30, ano 8, p. 69-77, janeiro-março de 2000.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009.

BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 5. ed. México: Porrúa, 1962.

BUZUID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Edição Saraiva, 1958.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234, p. 111-141, outubro/dezembro de 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. - reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Contrôlo da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *O Império da Lei em Cuba*. Genebra, 1962.

COUTURE, Eduardo J. *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispano-Americano*. Argentina: Imprenta de la Universidad de Cordoba, 1940.

CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues. O “amparo” hispano-americano: uma análise histórico-comparada. *Revista de Processo*, v. 133, ano 31, p. 49-65, março de 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e Silêncios Constitucionais no Exemplo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DUTRA, Delamar José Volpato. A dedução do princípio da democracia em Habermas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, p. 278-294, abril-junho de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, [citado 05-09-2007], Serie G Estudios Doctrinales (Núm. 142) Formato html, Disponível em Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=911>, ISBN 968-36-2889-5.

\_\_\_\_\_. Síntesis del Derecho de Amparo. In: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Derecho Comparado. *Panorama del Derecho Mexicano*. tomo I. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Habeas Corpus*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

FRANÇA JUNIOR, Fausto F. A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF. *Boletim Jurídico*. Uberaba/MG, a. 3, n.º 113. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=496>>. Acesso em 14 de outubro de 2008.

GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GÖSSLING, Maurício Manica. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

HÄBERLE, Peter. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Traduzione e presentazione di Antonio D'Antena. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Fabris Editor, 1991.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sob a Perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOBO, Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a coisa julgada. *Revista de Processo*, v. 145, ano 32, p. 106-123, março de 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LUCAS VERDÚ, Pablo *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro (Org.). *Linguagem e socialidade*. Vitória: EDUFES, 2005.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). *Revista de Processo*, v. 143, ano 32, p. 79-114, janeiro de 2007.

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.

\_\_\_\_\_. 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: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30. ed. atual. e compl. de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei n.º 9.882/99 – 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 n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). v. V: arts. 476 a 565. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MORELLO, Augusto Mario. *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1998.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Direito Processual Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. v. 1. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PAULINO, Jacques. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ref. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Amicus Curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais*. *Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 99, p. 161-179, setembro de 2005. Versão em 1 CD-ROM.

PERCES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Inovações e Aspectos Polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso*

extraordinário e argüição de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. v. 3. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

\_\_\_\_\_. *Controle da Constitucionalidade das leis*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil – Teoria Geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1.º e 2.º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1988.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. tomo 1. 3. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 3. 21. ed. atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Colección “Estudios

Constitucionales”. Traducidos por Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SEGADO, Francisco Fernández. El Recurso de Amparo como vía de articulación funcional y, a la par, de generación de conflictos entre el Tribunal Constitucional y el complejo orgánico del Poder Judicial en España. *Revista de Direito Constitucional e Internacional e Ciência Política*, n. 49, ano 12, p. 243-292, outubro-dezembro de 2004.

\_\_\_\_\_. Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional. In: BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, Francisco Fernandez (Coord.). *La Jurisdicción Constitucional en IberoAmerica*. Madrid: Dykinson, 1997.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica dos direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007). São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, José Néri da. Aspectos da definição e objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 181-192, jan/jun 2003.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Coord.). *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição. *Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 81, p. 97-117, março de 2001. Versão em 1 CD-ROM.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André

Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

TREMPS, Pablo Pérez. *El Recurso de Amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

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.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

## **ANEXOS**

**ANEXO A (LEI N.º 9.882, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999)**

**ANEXO B (LEI N.º 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999)**



**ANEXO C (ADPF DE N.º 83)**

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)