

ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Bruno Lopes

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Carlos Delpiazio (Universidad de La República – Uruguai) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Clêmerston Merlin Clève (UFPR) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Clovis Beznos (PUC-SP) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Yara Stroppa (PUC-SP) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | |
| Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) | |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

A conveniência de não combater certos vícios de inconstitucionalidade – Análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental a partir da Lei nº 9.882/1999

Karina Almeida do Amaral

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal.
E-mail: <karinaamaral_direito@hotmail.com>.

Resumo: o presente trabalho tem o propósito de abordar o instituto previsto no artigo 102, §1º, da Carta Constitucional de 1988, que habilitou o STF para apreciar arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição. Teremos como base a Lei nº 9.882/99, responsável pela regulamentação da ADPF, sendo que nossa disposição se dirigirá ao encontro das verdadeiras razões que levaram à sua feitura, assim como o estudo dos seus principais dispositivos legais. Nossa perspectiva se volta à análise da referida legislação ordinária, ansiando apontar os vícios de inconstitucionalidade presentes, assim como, inevitavelmente, destacar alguns interesses que inviabilizam combatê-los.

Palavras-chave: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9.882/1999. Vícios de inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução – 1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Considerações finais – Referências

Introdução

O presente trabalho tem por função analisar o instituto previsto no artigo 102, §1º, da Carta Constitucional de 1988, que estabelece nesses termos: “a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Embora tenha sido inserida na Constituição de 1988, a ADPF somente veio a ser utilizada após 1999, quando do advento da Lei nº 9.882/99, responsável por sua regulamentação.

A expressão “na forma da lei”, contida no dispositivo constitucional da ADPF, levava a diversas divergências doutrinárias sobre a existência ou não da sua eficácia normativa independente de legislação infraconstitucional.¹

O próprio STF, órgão ao qual incumbia a competência para julgá-la, se pronunciou no sentido de que a menos que fosse editada lei ordinária dando-lhe contornos mais precisos, esta restaria inutilizada.²

Nesse sentido, examinaremos o cenário que envolveu a determinação da ADPF por intermédio da Lei nº 9.882/1999, tendo em conta que sua feitura somente se deu passados dez anos da promulgação da Constituição atual.

Procuraremos analisar as principais discussões e debates surgidos visando à aferição das verdadeiras intenções que impulsionaram o estabelecimento da ADPF por via de lei ordinária.

Por outro lado, nosso objetivo passa por analisar a referida legislação infraconstitucional quanto aos seus aspectos mais controversos e relevantes, quais sejam, objeto, legitimidade para propor a ação, subsidiariedade, decisões de caráter provisório, definitiva de mérito e a possibilidade de manipulação das decisões.

Nossa perspectiva se volta ao alcance dos principais condicionamentos no que concerne à utilização e ao funcionamento da ADPF.

Nesse contexto, tencionamos alertar para os vícios de inconstitucionalidade presentes na Lei nº 9.882/1999. De fato, os diversos interesses preponderantes no que diz respeito ao estabelecimento da ADPF se mostram presentes não apenas nas determinações abrigadas em seus dispositivos legais, mas também na conveniência e insistência do STF em aplicá-los.

¹ Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 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. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 16; 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. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 199. Ambos os autores acreditavam que a norma da ADPF dependia de lei ordinária para ser utilizada. TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 92/95, 98/100; RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 109/110. Ambos os autores propugnavam pela possibilidade de utilização da ADPF ainda que não sobreviesse lei infraconstitucional.

² Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 90-91; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 369; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 210.

1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

1.1 Da sua introdução na Constituição de 1988 até o advento da Lei nº 9.882/1999

Para compreendermos o cenário ligado ao surgimento das ideias que impulsionaram a feitura da Lei 9.882/1999, responsável pela regulamentação da ADPF, mister se faz a análise de algumas discussões ocorridas passados cinco anos da promulgação da Constituição de 1988.

Nesse período, nos termos do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se realizaria a revisão constitucional, podendo ser feitas modificações ao texto da Constituição.

Nesse intuito, consideramos que duas discussões emergem como extremamente relevantes, quais sejam, o questionamento sobre a permanência da ADPF dentro da Carta Constitucional de 1988 e a Reforma do Judiciário.

Com relação à primeira discussão o fato é que a exclusão da ADPF do texto constitucional foi assunto de debate tendo sido propugnada sua manutenção por alguns,³ assim como sua supressão por outros.⁴

Todavia, a ADPF acabou por ser mantida no texto da Constituição, sendo que aguardava-se a promulgação de uma lei ordinária visando sua regulamentação.⁵

Simultaneamente às discussões e tentativas, em ambos os sentidos, de se retirar a ADPF do ordenamento jurídico brasileiro, surgiam os debates sobre a Reforma do Judiciário.

Para tanto, pensava-se na introdução de um incidente de inconstitucionalidade nos moldes do modelo alemão.

Gilmar Ferreira Mendes, um de seus principais adeptos, defendia um incidente que possibilitasse ao STF julgar uma “controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas”.⁶

³ TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental*: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99), p. 22. O autor revela que “[...] a manutenção da arguição no Texto Constitucional era propugnada por outros que, tratando das competências do Supremo Tribunal Federal, simplesmente a preservaram. Assim foi a PRE n. 014459-1, de autoria do Deputado Edmar Moreira [...]”.

⁴ TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental*: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99), p. 21-22. O autor ressalta que “[...] a PRE n. 1956-1, de autoria do Deputado Adroaldo Streck, propunha sua supressão do Texto Constitucional [...]”, assim como a “[...] a PRE n. 11891-2 de autoria da Deputada Irani Barbosa [...]”.

⁵ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental*: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99), p. 23.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

Nessa apreciação, estaria o STF habilitado a suspender “processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a matéria constitucional suscitada”.⁷

Apesar de tal proposta não ter sido recepcionada, tal incidente fora introduzido no substitutivo à PEC 96/92 apresentada pelo Deputado Jairo Carneiro,⁸ no relatório sobre a Reforma do Judiciário elaborado pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira⁹ e no substitutivo Zulaiê Cobra,¹⁰ não tendo sido o texto, entretanto, aprovado na Câmara dos Deputados.

Isso significa que o incidente de inconstitucionalidade não conseguiu ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, apesar das várias propostas apresentadas.

Passados alguns anos, em 1997, Gilmar Ferreira Mendes se reuniu com o Professor Celso Ribeiro Bastos com a intenção de encontrarem uma solução para a chamada guerra de liminares contra o Poder Público.¹¹

Tal expressão poderia ser traduzida na existência de um número enorme de processos¹² encaminhados em última instância ao Supremo Tribunal Federal, isto é, inúmeros recursos extraordinários a tratar, muitas vezes, da mesma matéria.¹³ Interpostos contra decisões proferidas nas instâncias ordinárias, onde se realizara um controle difuso de constitucionalidade, tais recursos acediam ao STF.

Correspondiam, é claro, a temas controvertidos e que, por isso mesmo, geravam discussões e decisões diversas na via difusa, sendo encerradas somente, ao final, com a palavra do STF sobre o assunto.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 14.

⁸ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 15; SILVEIRA, José Néri da. Aspectos da definição e objecto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, T. 1, jan.-jun., 2003, p. 187; MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei. *Temas de Integração*, n. 21, p. 91, 1º semestre, 2006.

⁹ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 15-16.

¹⁰ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 18; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 91.

¹¹ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm>. Acesso em: 05 set. 2011; TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 23/298; SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a 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. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 86; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei n. 9.882, de 3.12.1999*, apresentação; LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, p. 215.

¹² Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 15.

¹³ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 82/88.

Porém, o encerramento das questões se dava após longos anos de espera com efeitos *inter partes*, o que geraria não apenas graves lesões aos direitos dos envolvidos mas, também, incertezas jurídicas.¹⁴

Tudo isso deu suporte para se começar a pensar numa solução que colocasse, de vez, tal insegurança de lado.

Assim como outros expoentes da doutrina, Gilmar Ferreira Mendes acreditava em uma solução ligada ao implemento de um incidente de inconstitucionalidade.¹⁵ Dessa forma, remeter-se-iam as questões controvertidas, diretamente, à apreciação do STF, que as encerraria com efeitos para todos.

Contudo, tendo sido falhadas as constantes tentativas de reformar o Judiciário, isso nos leva a crer que a existência de uma ação de competência exclusiva do STF, dentro da Carta Constitucional atual deve ter despertado interesse.

Inserida na Constituição de 1988 a ADPF dependia, segundo entendimento do próprio STF, de regulamentação infraconstitucional que, nessa época, não existia.

Isso nos mostra que o pensamento daqueles que propugnavam a inclusão de um incidente de inconstitucionalidade, como forma de preencher as lacunas advindas do controle difuso de constitucionalidade, pode ter passado pela ADPF por uma razão.

Seria muito mais fácil aprovar uma lei infraconstitucional que, por sua vez, poderia contemplar as hipóteses de controle difuso causadoras de insegurança que, até então, não se encontravam abarcadas pelo sistema de controle concentrado abarcado pela Constituição do 1988, do que emendar a Carta Constitucional.

Ora, nesse sentido a ADPF teria surgido como a luz no fim do túnel para os que buscavam, há tempos, uma maneira de incluir um incidente de inconstitucionalidade concentrando, mais, o controle de constitucionalidade no STF sob o argumento de que seria mais vantajoso deixar que o órgão encerrasse as questões controvertidas.

Foi assim que, em conversa, Gilmar Ferreira Mendes e Celso Bastos chegaram à conclusão de que a própria Constituição já contemplava instrumento adequado para combater a guerra de liminares, qual seja, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista no art. 102, §1º, da Constituição de 1988.¹⁶

¹⁴ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 15; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 361.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 15. Segundo explica o autor o “referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o STF pudesse dirimir, desde logo, controvérsia [...]” (GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 361). O autor ressalta que o incidente de inconstitucionalidade seria “uma tentativa de, no menor espaço de tempo possível, fazer chegar ao Supremo Tribunal Federal uma questão constitucional relevante”.

¹⁶ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; MEYER-PFLUG, Samantha. Da eficácia das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 23, n. 73, p. 190, nov. 2003; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. X; TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 23; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 348.

O Professor Celso Ribeiro Bastos fora encarregado da função de elaborar um esboço do que poderia ser tal projeto. Em dois dias, os referidos autores começavam a discussão sobre o esboço da proposta. Gilmar Mendes, ao sugerir certas modificações, teve por base algumas ideias do Projeto Caio Tácito, responsável pela lei que buscava a regulamentação tanto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) quanto da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a atual Lei nº 9.868/1999. Nesse sentido, Mendes ficou responsável pela elaboração de um segundo esboço do projeto, o qual levaria o incidente de inconstitucionalidade.¹⁷

Submetido ao Professor Celso Bastos, tal projeto fora considerado consistente. Contudo, este passaria, ainda, por uma comissão de especialistas que analisariam sua coerência.¹⁸

Para tanto, deram ciência do projeto ao Ministro da Justiça, na época, Íris Resende que, em 04 de julho de 1997 editou a Portaria nº 572 publicada no *Diário Oficial da União (DOU)* em 07 de julho de 1997, com o intuito de formar comissão de especialistas que se encarregassem de realizar os estudos e elaborar um anteprojeto para regulamentar a ADPF. Compuseram tal comissão: Celso Ribeiro Bastos, como Presidente, Gilmar Ferreira Mendes, Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Oscar Dias Corrêa.¹⁹

Após os debates, a comissão encerrou o anteprojeto encaminhando seu texto final, seguido de relatório, ao Ministro da Justiça.²⁰

Concomitantemente a tais acontecimentos, desde Março de 1997 existia o Projeto de Lei nº 2.872 da Deputada Sandra Starling em tramitação no Congresso Nacional que se destinava, também, à regulamentação da ADPF.²¹

¹⁷ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 3-4; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 348; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 85-86.

¹⁸ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 24; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 349; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 86.

¹⁹ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; MEYER-PFLUG, Samantha. *Revista do Advogado*, p. 190. TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 24; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 349; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 86.

²⁰ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; SARMENTO, Daniel. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 85-86; MEYER-PFLUG, Samantha. *Revista do Advogado*, p. 190; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 4; TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 24-25; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 86-87.

²¹ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 5. TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 30-31; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 349; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 87.

Tal projeto fora aprovado como substitutivo da autoria do Deputado Prisco Viana passando pelo Congresso e pelo Presidente da República, que deu sanção à lei em 03 de dezembro de 1999 vetando, contudo, o inciso II do parágrafo único do art. 1º, o inciso II do art. 2º, o §2º do art. 2º, o §4º do art. 5º, os §§1º e 2º do art. 8º e o art. 9º.²²

1.2 Apreciação da Lei nº 9.882/1999

1.2.1 Objeto

Analisando-se o ordenamento jurídico brasileiro, a adoção de um sistema misto permite a coexistência de dois modelos de controle da constitucionalidade, quais sejam, o concentrado e o difuso.

Além da possibilidade de se realizar um controle difuso de constitucionalidade por juízes e tribunais, podendo, por exemplo, uma questão de inconstitucionalidade chegar ao STF em grau de recurso, existe também, para determinados legitimados, a faculdade de interporem ações de controle concentrado diretamente no STF.

Nesse último caso, aprecia-se a compatibilidade de atos normativos ou omissões legislativas tendo como parâmetro a Constituição.²³ Essa era a base da existência do controle concentrado e, conseqüentemente, o sentido de inconstitucionalidade importava ser alcançado dentro desse âmbito.²⁴

Entretanto, a partir da introdução da ADPF na Constituição de 1988, dentre as competências exclusivas do STF, poder-se-ia questionar o alcance do termo descumprimento, isto é, quais atos poderia este alcançar, se somente atos normativos, omissões legislativas ou se alcançaria além destes.

Como o STF já havia se pronunciado no sentido de que sua regulamentação por lei ordinária era condição para sua utilização, a busca por um sentido, em relação ao referido termo, se inicia no momento em que se visualiza a ADPF como forma de preencher as lacunas do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, assim consideradas por parte da doutrina.

Isso significa que a intenção por detrás da disciplina da ADPF esteve ligada, principalmente, ao desejo de incluir novas possibilidades em termos de controle

²² Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; SARMENTO, Daniel. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 86; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 5-6; TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 32-33; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 349-350; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 87.

²³ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 192.

²⁴ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 192-193.

concentrado de constitucionalidade, fazendo com que certas questões fossem apreciadas diretamente pelo STF e não mais pela via difusa, chegando a este órgão apenas em grau de recurso.

Por sua vez, a Lei nº 9.882/1999 inseriu ao lado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente dessa Constituição o tão almejado incidente de inconstitucionalidade.

Consequentemente, foram estabelecidas duas possibilidades de interposição da ADPF referenciadas por parte da doutrina como sendo uma autônoma e uma incidental.²⁵

No que diz respeito à ADPF autônoma, a doutrina vislumbrou, logo com entusiasmo, a possibilidade da introdução no ordenamento jurídico brasileiro de uma medida de proteção aos direitos do cidadão.²⁶

Analisando-a denota-se, à princípio, que o termo descumprimento foi direcionado ao alcance de ato do Poder Público, noção que englobaria não somente os atos normativos, mas outros que se dirigissem à atuação dos poderes do Estado.

Apesar das tentativas doutrinárias no intuito de compreender ato do Poder Público ao elenco do que poderia ser tutelado em ADPF,²⁷ o fato é que os atos praticados no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário restariam absorvidos na referida expressão.

Dando prosseguimento ao exame da ADPF autônoma, podemos avançar com a ressalva de que esta comporta uma possibilidade preventiva e outra repressiva, quando dispõe no art. 1º da Lei 9.882/99: “a arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Sem maiores complexidades, isso importa que a arguição pode ser manejada antes ou depois da ocorrência da lesão.

²⁵ Nesse sentido, GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 355/358; SARMENTO, Daniel. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 87; TAVARES, André Ramos. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 61-62; RAMOS, Elival da Silva. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 115-116; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 134; MORAES, Alexandre de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 18-19; MEYER-PFLUG, Samantha. *Revista do Advogado*, p. 190; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental: origem e perspectivas*. *Revista da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, ano 33, v. 35, p. 207, 2001.

²⁶ Nesse sentido, ROTHENBURG, Walter Claudius. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 201; MORAES, Alexandre de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 15; RAMOS, Elival da Silva. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 115.

²⁷ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 197/202, 205/207; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 72-73; 75-76; 87; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 133-134; 143-149; SARMENTO, Daniel. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 91.

Com relação à expressão “preceito fundamental”, impende registrar que não existe na Lei nº 9.882/1999 uma referência a tais preceitos, isto é, o legislador ordinário não os indicou.

Todavia, durante as discussões para elaboração da referida lei cogitou-se a possibilidade de elencar um rol de preceitos fundamentais.²⁸

Embora a enumeração fosse apenas exemplificativa, considerou-se que não haveria necessidade de estabelecer uma lista de preceitos fundamentais, até porque isso poderia condicionar a consideração sobre tais preceitos.²⁹

Andou bem o legislador ordinário em abster-se ao estabelecimento dos preceitos fundamentais. Primeiro porque, conforme anteriormente asseverado, as normas constitucionais devem ser tidas como um todo, não podendo ser encaradas algumas delas como sendo mais fundamentais do que outras.

Em segundo lugar, não compete ao legislador ordinário determinar restrições ou delimitações, por intermédio de lei infraconstitucional, em relação às normas da Constituição.

Passando à apreciação da ADPF incidental inserida como forma de encurtar o tempo de demora e, portanto, as inseguranças da via difusa, esta teria acrescido uma “terceira via”³⁰ ao sistema de controle de constitucionalidade, considerando-se, nesse aspecto, as possibilidades concentrada e difusa até então existentes.

De acordo com o art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.882/1999 tem-se que:

cabará também Arguição 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 atos anteriores à Constituição.

A partir daí, as relevantes discussões sobre atos normativos travadas na via difusa poderiam, agora, ser levadas ao alcance do STF, diretamente por via da ADPF, para que este órgão as encerrasse definitivamente, independentemente dos atos questionados pertencerem a quaisquer dos entes federativos ou, até mesmo, serem anteriores à Constituição.

Todavia, suspeitamos das boas intenções dos responsáveis pela regulamentação da ADPF através da Lei nº 9.882/1999.

Não partilhamos do argumento da inclusão do incidente de inconstitucionalidade como mais-valia ao sistema de controle da constitucionalidade, tendo em vista que, embora se pudesse considerar eventual prejuízo ao ordenamento jurídico advindo de

²⁸ Nesse sentido, GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 401.

²⁹ Nesse sentido, GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 401-402.

³⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 438.

uma suposta demora da via difusa, não conseguimos constatar que, nesse caso, a busca por uma maior segurança jurídica passaria, necessariamente, por incluir tal incidente.

Embora existissem relatos de que não se sabia, quando da inserção do dispositivo constitucional da ADPF, qual teria sido a intenção do constituinte,³¹ o fato é que o art. 102, §1º, da Carta Constitucional de 1988 só previu uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente desta Constituição e não um incidente de inconstitucionalidade.³²

Da forma como fora pensada e estruturada, a Lei nº 9.882/1999 denota flagrante tentativa de ampliar, por intermédio de legislação infraconstitucional, a competência do STF em termos de controle concentrado de constitucionalidade.

No entanto, tal competência somente poderia ter sido atribuída, senão quando da promulgação da Constituição, por emenda à Carta Constitucional, o que não ocorreu. Até porque, conforme verificado anteriormente, todas as propostas de inclusão do referido incidente não foram aprovadas em Congresso Nacional.

Nesse sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs a ADIn nº 2231-8-DF para afastar a aplicação da ADPF incidental. Apesar de o Ministro Néri da Silveira, relator, ter deferido “em parte, a medida liminar para excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo”, o Ministro Sepúlveda Pertence pediu vista do processo e a referida ação não foi julgada até o presente momento.³³

Ainda que tal utilização se mantenha possível, consideramos que a ADPF incidental constitui um instrumento inconstitucional de concentração do controle de constitucionalidade nas mãos do STF, esmagando a via difusa ao argumento de que seria mais seguro deixar que tal órgão encerrasse, de vez, as questões constitucionais controvertidas.

³¹ GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 345. Conforme revela o autor “ninguém sabia, ao certo, o que efetivamente significava e representava esse novel instituto, e qual a sua efetiva utilidade prática”; TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 19/21. Segundo o autor, “o legislador constituinte parece ter sido consciente de que era necessário não só prever todos os mecanismos de acesso ao Supremo Tribunal Federal, mas também oferecer alguma espécie de “último recurso” para os casos que porventura viessem a necessitar de apreciação pela Corte mas que não obtivessem guarida nos instrumentos então existentes. Muito provavelmente tenha sido essa a razão política pela qual, à época, não se tenha conferido uma precisão conceitual maior ao instituto”.

³² Nesse sentido, LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, p. 215; SILVEIRA, José Néri da. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, p. 191; BARROS, Sérgio Resende de. *Simplificação do controle de constitucionalidade brasileiro. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, 2005, p. 761.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn nº 2231-8-DF. Ministro Néri da Silveira. Plenário, 05.12.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=z2231&processo=2231>>. Acesso em: 05 set. 2011.

1.2.2 Legitimidade para propor a ação

A Lei nº 9.882/1999 permitiu, à princípio, a qualquer cidadão propor a ADPF, além dos legitimados à propositura da ADIn, nos termos do art. 103 da Constituição. Apesar de tal permissão ter constado do art. 2º, inciso II, do projeto de lei que deu origem à Lei nº 9.882/99, este dispositivo fora vetado pelo Presidente da República e confirmado em Congresso Nacional.

Desconsiderou-se, assim, a possibilidade da ADPF funcionar como mecanismo de acesso direto do cidadão à mais alta Corte Constitucional, assim como se pode visualizar em vários países do mundo.³⁴

A mensagem relativa ao veto presidencial, nº 1.807, de 03 de Dezembro de 1999, emitida pelo Presidente ao Senado Federal, teve por base dois argumentos.

O primeiro dizia respeito a que o controle concentrado não seria condizente com um acesso irrestrito dos cidadãos, pois esse acesso individual, sem qualquer parâmetro de controle, levando-se em consideração a amplitude do objeto da ADPF, indicaria um aumento excessivo de processos encaminhados ao STF.³⁵

O segundo, por sua vez, guardava a concepção de que os direitos dos cidadãos estariam resguardados, sem prejuízo do seu acesso ao controle difuso, através da intervenção dos legitimados para a ADIn.³⁶

Em relação ao primeiro argumento, não visualizamos uma suposta inadequação do controle concentrado em relação à possibilidade do cidadão aceder ao STF.

Ao lado da existência de países que apesar de adotarem o controle concentrado de constitucionalidade permitem ao cidadão aceder, diretamente, à mais alta Corte Constitucional, no que diz respeito ao Brasil não visualizamos empecilhos jurídicos que excluam tal acesso, podendo considerar-se as razões do Presidente mais políticas do que de direito.

Porém, embora possamos concordar que um acesso direto ao referido órgão poderia aumentar sua demanda de trabalho, tendo em vista que, provavelmente, tal permissão incentivaria a interposição de mais ações, o fato é que o entupimento do tribunal já se mostra claro, independentemente da ADPF, levando-se em consideração o número de processos que recebe anualmente.³⁷

³⁴ Nesse sentido, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 434; MORAES, Alexandre de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 22; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 23, n. 73, p. 84, nov. 2003.

³⁵ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Mensagem n. 1.807, de 3 de Dezembro de 1999, emitida pelo Presidente da República ao Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 05 set. 2011.

³⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Mensagem n. 1.807, de 3 de Dezembro de 1999, emitida pelo Presidente da República ao Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 05 set. 2011.

³⁷ Supremo Tribunal Federal. *Estatística. Pesquisa por classe processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 05 set. 2011.

Em certa medida, ainda que se reforce o argumento de que não se permitir o acesso do cidadão ao STF, localizamos o Projeto de Lei nº 6.543, de 2006, em tramitação na Câmara dos Deputados que tenta introduzir, novamente, a possibilidade do ingresso de qualquer pessoa ao STF, em função do acréscimo de inciso III ao art. 2º da Lei nº 9.882/99.

Incluir-se-ia, também, §3º ao referido artigo, impondo que a “questão constitucional discutida no caso” teria que atender “aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral” a que se refere o §3º do art. 102 da Constituição, nesses termos:

no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Embora pudéssemos, à partida, saudar tal iniciativa, constatamos que tal projeto desloca um requisito exigido na via difusa para a via concentrada.

Ao relacionar a ADPF, ação de controle concentrado, de competência exclusiva do STF à repercussão geral do recurso extraordinário, torna a suposta habilitação de qualquer pessoa aceder ao STF confusa e restrita.

O recurso extraordinário é o instrumento através do qual a parte leva, a conhecimento do STF, questão constitucional discutida em juízo, que diga respeito a determinadas hipóteses que a Constituição prevê para tal, devendo-se demonstrar a repercussão geral para merecer a apreciação do Supremo, de acordo com o art. 543-A do CPC:

o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. §1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Da forma como se encontra disposta a exigência da repercussão geral, caso tal projeto de lei fosse aprovado, remeter-se-ia à ideia de que a questão constitucional já teria sido discutida em virtude de demanda judicial.

Se levarmos em consideração a permissão do cidadão aceder ao STF, tal como prevista no referido projeto, teríamos que dirigi-la, apenas, para a ADPF incidental, porque pressupõe controvérsia relevante que importa a necessidade de encerramento da questão pelo Supremo.

Em relação à ADPF autônoma isso não se verificaria, pois a ação não fica atrelada à existência de prévia lide, bastando que haja uma lesão ou ameaça a direito resultante de ato do Poder Público.

Nesse sentido, acreditamos que se a função do referido projeto de lei fosse, realmente, permitir a qualquer pessoa aceder ao STF, não se teria conduzido tal permissão ao questionamento de discussões anteriormente postas em juízo através da figura da repercussão geral.

Passando à apreciação do segundo argumento do Presidente para inviabilizar o acesso direto do cidadão à mais alta Corte do país, visualizamos, em termos de compensação, a referência ao amparo dos direitos dos cidadãos através de certos legitimados, considerando sobrar ainda a possibilidade do controle difuso.

Parece haver, na verdade, uma tentativa de uma certa retribuição no sentido de que, embora tenha-se afastado o cidadão, em contrapartida, este, além de utilizar-se do controle difuso, teria seus direitos resguardados através dos legitimados à ADIn.

Entretanto, não se pode considerar o controle difuso como medida de proteção ao cidadão no contexto da lei que regulamentou a ADPF, isto é, tendo em vista as inovações trazidas pela Lei nº 9.882/1999.

Não há como negar o fato de que houve transferência de hipóteses até então passíveis de controle, apenas, na via difusa, concentrando mais o controle de constitucionalidade no STF.

Além disso, a existência de certos legitimados à propositura da ADPF não significa que os direitos dos cidadãos estarão mais protegidos, até porque, na prática do STF, tem sido verificada uma tendência, cada vez maior, de endurecer os mecanismos de ingresso ao tribunal, estabelecendo-se restrições em relação aos próprios legitimados.

Apesar do art. 103 da Constituição nomear aqueles que estariam habilitados à propositura da ADIn, sem fazer qualquer distinção entre os mesmos, o STF tem determinado algumas limitações, nesse âmbito, ao impingir à ADPF o que vem sendo aplicado à ADIn.

Nesse sentido, aos partidos políticos e às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional exige-se a intermediação de advogado, para proporem a ADPF, em detrimento dos demais legitimados que poderiam fazê-lo sem advogado.³⁸

Além disso, tem-se fixado uma relação de pertinência aos Governadores de Estado e do Distrito Federal, Assembléias Legislativas, Câmara Legislativa Distrital, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Isso tornou obrigatório, por exemplo, que “Governador de um Estado ou a Assembléia Legislativa que impugna ato normativo de outro demonstre a relevância da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei”.³⁹

³⁸ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 91.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 91.

Ou, ainda, “que o objeto da ação de inconstitucionalidade guarde relação de pertinência com a atividade de representação da confederação ou da entidade de classe de âmbito nacional”.⁴⁰

Analisando-se tais restrições, consideramos que o art. 103 da Constituição somente elege quem pode propor a ADIn, sem fazer qualquer diferenciação entre os legitimados.

Isso significa que, embora o STF se valha de certos subterfúgios, ainda que se ponderasse o entupimento do referido órgão e a necessidade de que sua prestação jurisdicional seja razoável, tendo em conta não somente as decisões que emite mas o tempo que gasta, não se pode admitir que sejam impostas restrições não autorizadas pela Constituição.

As medidas jurídicas somente podem ser determinadas quando estão autorizadas legalmente, sendo que, caso contrário, inexistirá argumentação que as sustente.

Logo, o STF não está habilitado a impor a obrigatoriedade de advogado e a relação de pertinência para alguns legitimados em prejuízo de outros.

1.2.3 Subsidiariedade da ação

Segundo dispõe o §1º do art. 4º da Lei nº 9.882/1999, a ADPF não pode ser manejada na medida em que exista “qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Importa-nos questionar, afinal, o significado e possível alcance do referido dispositivo legal. Em princípio, temos que a consideração literal da subsidiariedade afastaria qualquer aplicação da ADPF.⁴¹

Em virtude disso, não se pode considerar qualquer recurso previsto para o processo, toda ação constitucional etc. como capaz de servir de óbice à interposição da ADPF.

A expressão qualquer meio somente deve ser considerada no contexto em que a ação se verifica, isto é, em termos de controle de constitucionalidade. Tal como disposta na Constituição de 1988 e, tendo em vista sua regulamentação através da

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 99.

⁴¹ Nesse sentido, BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e legislação regulamentadora*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 80; GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, p. 414; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 111; MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Revista da Universidade Federal do Paraná*, p. 211; STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLI, t. 2, p. 876, 2000; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 93.

Lei nº 9.882/1999, a ADPF acaba por constituir-se em ação de controle concentrado de constitucionalidade, tal como a ADIn, ADC, dentre outras.⁴²

Isso significa que seu afastamento não sugere qualquer mecanismo jurídico previsto, incluindo o recurso extraordinário.⁴³ Este último, embora esteja atrelado ao controle de constitucionalidade, não deve afastar a ADPF, uma vez que tal recurso está dirigido ao controle difuso e não ao controle concentrado.

Na verdade, acreditamos que a comparação entre meios não pode ser feita, pura e simplesmente, partindo-se de parâmetros diversos. Dentro da sistemática do controle brasileiro de constitucionalidade, cada tipo de controle se processa de determinado modo.

O difuso é feito por qualquer juiz ou tribunal podendo chegar ao STF, em grau de recurso extraordinário, sendo os efeitos *inter partes*. O concentrado, por sua vez, estabelece competência exclusiva do STF para julgar as ações com efeitos *erga omnes*, isto é, válido para todos.

Tendo em vista que a ADPF se remete ao controle concentrado, seu afastamento deveria se dar, apenas, em relação às outras ações de controle concentrado existentes.

O Supremo, na ADPF nº 33, que teve como Relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julgou que somente as demais ações de controle concentrado seriam capazes de impor a aplicação do princípio da subsidiariedade, afastando a possibilidade de utilização da ADPF.⁴⁴

Consideramos, também, que não cabe a inclusão de indagações a respeito da capacidade ou eficiência do meio para repelir a lesividade.

O §1º do art. 4º deve ser compreendido, apenas, como uma forma de afastar uma aproximação indevida entre a via difusa e a concentrada, sendo que a base de comparação, portanto, entre as ações de controle concentrado somente poderia indicar uma análise em termos de objeto.

No que diz respeito, por exemplo, à ADIn e à ADPF, é possível verificar certa sobreposição de hipóteses no sentido de que ambas poderiam ser utilizadas para pleitear a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, no que toca aos atos posteriores à Constituição. Nesse caso, tal coincidência pressuporia o afastamento da ADPF, pois a ADIn já existe para tal hipótese.⁴⁵

⁴² Nesse sentido, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 439.

⁴³ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de integração*, p. 96.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 33-PA. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Plenário DJ, 06 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=33&processo=33>>. Acesso em: 1º abr. 2010; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*.

⁴⁵ Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 103; MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 114; MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Revista da Universidade Federal do Paraná*, p. 212; MENDES, Gilmar Ferreira. *Temas de Integração*, p. 95.

1.2.4 Decisões na ADPF

1.2.4.1 De caráter provisório

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de concessão das denominadas cautelares foi dada a partir da Emenda nº 07/1977, nas representações oferecidas pelo PGR.⁴⁶

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988, possibilitou-se a referida concessão nas ações diretas de inconstitucionalidade, nos termos do art. 102, I, “p”, da Constituição de 1988.

A Lei nº 9.882/1999, por sua vez, dispôs que o STF, por maioria absoluta de seus membros, poderá “deferir pedido de medida liminar” na ADPF, de acordo com o art. 5º, *caput*, da referida lei.

À partida, poderíamos pensar que a utilização alternada dos termos cautelar e liminar tivesse sido feita em virtude da distinção entre tais figuras jurídicas, isto é, como se estivéssemos a tratar de institutos completamente apartados.

Todavia, somente o exame do ordenamento jurídico será capaz de revelar se a utilização dos referidos termos é relevante ou se, ao contrário, o legislador não teve cuidado ao aproveitá-los.

Analisando-se certas normas processuais brasileiras tem-se que as cautelares são tratadas no Livro III, Do Processo Cautelar, do Código de Processo Civil. Podem ser intentadas “antes ou no curso do processo principal” estando, sempre, dependentes deste, nos termos do art. 796 do referido diploma legal.

Isso significa que as cautelares, da forma como encontram-se dispostas, teriam a função de permitir a viabilidade do processo. O próprio STF tem admitido a concessão de tais medidas consideradas necessárias para a “proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa”, nos termos do art. 21, IV, do RISTF.

Cabe registrar, também, que existe uma vinculação da medida cautelar ao termo liminar quando determina-se que a cautelar poderá ser concedida pelo juiz “liminarmente ou após justificção prévia”, de acordo com o art. 804 do CPC.

A referência à possibilidade da medida cautelar ser concedida, liminarmente, outra correspondência não poderia ter, senão, ao momento da concessão, isto é, à permissão de que esta seja atribuída desde logo.

Aproximando-se as noções de cautelar e liminar, enquanto a primeira se refere à decisão de caráter provisório em que se busca a prevenção daquilo que se pretende em juízo, a liminar, por sua vez, parece ser concernente ao momento em que será deferido o pedido.

⁴⁶ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 119; TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, p. 342.

Assim, a chamada liminar na ADPF corresponde, na verdade, à medida cautelar quando supõe através da nomeação e consideração de algumas medidas, estar protegendo e viabilizando o objeto da ADPF, nos termos do art. 5º, §3º:

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

Por outro lado, apesar de termos afastado, à princípio, uma suposta confusão entre os termos acima dispostos, importa-nos considerar que a Constituição permitiu, apenas, a medida cautelar no caso das ações diretas de inconstitucionalidade.

A Emenda nº 03/1993, que incluiu a ADC e fez com que a ADPF passasse a configurar o §1º do art. 102 da Constituição, não trouxe a possibilidade de concessão da cautelar.

Entretanto, o STF tem considerado viável que tal medida seja deferida tanto para a ADC⁴⁷ quanto para a ADPF.⁴⁸ Mesmo antes de existir autorização constitucional, nesse sentido, a cautelar era considerada passível de concessão no âmbito do controle abstrato de normas.⁴⁹

Embora pudéssemos considerar, à partida, a linha argumentativa do STF utilizada, desde então, compreendendo o poder de cautela como “inerente à própria atividade jurisdicional”,⁵⁰ permitindo, assim, a medida cautelar em ADPF, não concordamos com os contornos adotados para tal medida.

Levando-se em consideração o §3º do art. 5º, é permitido aos Ministros do Supremo suspender processos, efeitos de decisões judiciais ou qualquer outra medida que tenha relação com o objecto da ADPF proposta, ressalvando-se, apenas, a coisa julgada.

Além disso, o §1º do art. 5º da Lei nº 9.882/1999 permite que tais interferências extremas sejam impostas, inclusive, unicamente pela decisão do relator:

o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. §1º 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.

⁴⁷ Nesse sentido, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 407.

⁴⁸ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 124.

⁴⁹ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 119.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, p. 121.

Por isso, ainda que ponderássemos de forma benéfica a introdução de medida cautelar na ADPF, tendo em conta os supostos benefícios que poderiam advir da prevenção do que se pretende tutelar por intermédio da ação, não acreditamos que o §3º do art. 5º possa ser considerado no âmbito do poder de cautela do STF, tendo em vista que extrapola o alcance de uma cautelar.

A partir do momento em que foram determinadas medidas que vão além daquelas necessárias à prevenção do objecto que se pleiteia através da ADPF, não há como considerar a existência de cautelar propriamente dita.

Por outro lado, não visualizamos qualquer intenção de conceder aos legitimados uma prevenção do processo.

Ao contrário, suspeitamos do propósito de afastar os litigantes, cada vez mais, da discussão de questões respeitantes ao controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a Constituição está a ser violada não apenas pela supressão da jurisdição ordinária, afastando-se a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal realizar o controle difuso, como pela desconsideração do direito dos litigantes de terem acesso ao devido processo legal nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição de 1988.

O Conselho Federal da OAB defendeu, também, através da ADIn nº 2231-8-DF, a inconstitucionalidade do §3º do art. 5º.⁵¹

Todavia, como a ação não foi posta, até então, em julgamento, isso significa que tal dispositivo legal continua a ser considerado válido e, portanto, aplicável.

De nossa parte propugnamos pela desaplicação do §3º do art. 5º em virtude de flagrante inconstitucionalidade.

1.2.4.2 Definitiva de mérito

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade determina que uma norma em afronta à Constituição terá sua eficácia afastada através da imposição do efeito *erga omnes*, “alcançando todos os órgãos do Estado, com valor de coisa julgada”.⁵²

Entretanto, a partir da EC nº 03/93 a doutrina acredita ter sido inserido o efeito vinculante de acordo com o art. 102, §2º, da Constituição, à época, tal como no ordenamento alemão, fazendo com que a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado passasse a corresponder a “um juízo legislativo abstrato”.⁵³

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn. 2231-8-DF. Ministro Néri da Silveira. Plenário, 05 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2231&processo=2231>>. Acesso em: 05 set. 2011.

⁵² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 396.

⁵³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 396.

Nesse sentido, o STF acabou por considerar a existência de um “princípio de hierarquia judicial”,⁵⁴ importando que se devesse obediência aos julgados do Supremo.

Posteriormente, através da Emenda nº 45/2004, tal efeito vinculante foi ampliado para alcançar, também, os julgamentos da ADIn, modificando-se o art. 102, §2º da Constituição de 1988, nesses termos:

as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse cenário, surge a Lei nº 9.882/1999 estabelecendo, nos termos do art. 10º, §3º, que a decisão da ADPF “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”, bem como determinando que os Ministros do STF, em julgamento, ditarão as condições e o modo pelo qual o preceito deverá ser, a partir de então, interpretado e aplicado de acordo com o art. 10º, *caput*: “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

Levando-se em consideração o §3º do art. 10, impende registrar que a Constituição de 1988 previu o efeito vinculante, apenas, dirigido à ADIn e à ADC relativamente ao Judiciário e aos demais órgãos da Administração Pública, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição atual.

Em virtude de tal previsão constitucional, a introdução do efeito vinculante por intermédio da Lei nº 9.882/1999 desrespeita a Constituição atual. Tal inserção somente faria sentido por via de emenda à Constituição, uma vez que não cabe ao legislador ordinário estabelecer medidas que influenciam, diretamente, a jurisdição constitucional.

Ainda que pudéssemos considerar a admissão do efeito vinculante por meio da Lei nº 9.882/1999, existiria um excesso, visto que tal efeito não poderia ser extensível a todos os poderes do Estado, até porque a própria Constituição, em seu art. 102, §2º, o dirige, apenas, ao Poder Judiciário e aos demais órgãos da Administração Pública.

De nossa parte declaramos, desde já, a inconstitucionalidade da introdução de efeito vinculante não autorizado pela Constituição para a ADPF, o que implica a desaplicação do §3º do art. 10 da Lei nº 9.882/1999 e, conseqüentemente, do

⁵⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 398.

art. 10, *caput*, da referida lei. Nesse sentido, a ADIn nº 2.231-8-DF foi, também, utilizada para impugnar tais dispositivos legais.

Contudo, levando-se em consideração a permanência da validade do art. 10, *caput*, e §3º da Lei nº 9.882/1999, bem como a aplicabilidade do art. 102, §2º, da Constituição de 1988, que inseriu o efeito vinculante para a ADIn e ADC, importa-nos questionar as consequências de tal efeito para o ordenamento jurídico.

Uma decisão proferida pelo STF em controle concentrado terá que ser considerada não apenas em relação à sua parte dispositiva mas, também, quanto aos seus fundamentos determinantes, tal como estabelece o efeito vinculante.⁵⁵

Da forma como se encontra estruturado o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, o efeito vinculante constitui-se em afronta direta não apenas à função jurisdicional, principalmente à ordinária, mas também ao exercício de direitos dos litigantes. Uma vez condicionado o modo de pensar o Direito, retira-se dos juízes qualquer atribuição que não seja a repetição das decisões do Supremo em seus julgamentos, inutilizando-se sua função.

Por outro lado, não foi levado em conta que a jurisdição ordinária, ao realizar um controle difuso, lida com fatos concretos que, diretamente, influenciam na decisão do magistrado.

Nesse sentido, prejudicam-se, também, os litigantes na medida em que são desmerecidas as características do caso concreto. Isso significa que embora certas particularidades do caso pudessem levar o juiz à alcançar fundamento diverso daquele preconizado pelo Supremo, o magistrado estaria preso dentro daqueles parâmetros.

Diante do exposto, acreditamos que não deve ser feita qualquer distinção entre o efeito *erga omnes* e o efeito vinculante, alcançando, ambos, apenas a parte dispositiva da decisão.⁵⁶ O texto do art. 102, §2º, da Constituição, na parte em que estabelece a produção de “eficácia contra todos e efeito vinculante”, deve ser interpretado como se o efeito vinculante reforçasse, apenas, a consideração em relação ao efeito *erga omnes*.⁵⁷

1.2.4.3 Manipulação das decisões

A Lei nº 9.882/1999, apesar da previsão do efeito vinculante aos julgados do Supremo, estabelece, também, a possibilidade de tal órgão manipular as suas decisões de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle concentrado.

⁵⁵ Nesse sentido, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 402. PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 402.

⁵⁶ Nesse sentido, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 404.

⁵⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 406.

Para além do acatamento obrigatório das decisões e, conseqüentemente, das interpretações do STF, tal órgão estaria habilitado a modular os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade, tanto no que diz respeito à sua amplitude, quanto em relação à sua eficácia temporal.

Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade poderia ter seus efeitos restritos ou sua eficácia disposta a partir de seu trânsito em julgado ou, então, tendo em vista outro momento que viesse a ser fixado, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.882/1999.

No que diz respeito à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade a Lei nº 9.868/1999, responsável pela regulamentação da ADIn e ADC, incluiu algumas técnicas de interpretação, quais sejam, a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto de acordo com o art. 28, parágrafo único da referida lei.⁵⁸

Embora a citada lei não se refira, expressamente, à uma determinada maneira de interpretar-se, é claro que a intenção do legislador ordinário foi permitir que o julgador não ficasse condicionado à declaração ou não da inconstitucionalidade, pura e simplesmente.

Apesar de concordarmos que com o intuito de se evitar maiores prejuízos aos direitos dos cidadãos seria plausível que o STF, dentro de certos parâmetros, estivesse habilitado a utilizar uma técnica de interpretação, não parece crível fazê-lo por meio de lei ordinária mas, sim, por via de emenda à Constituição.

Por outro lado, quanto à eficácia temporal de uma decisão de inconstitucionalidade, importa-nos referir a existência de dois modelos, quais sejam, o americano que confere eficácia *ex tunc*, nesse âmbito, bem como o austríaco que permite, nesse caso, dispor sobre os efeitos e a eficácia de suas decisões.⁵⁹

No Brasil, ainda que pudéssemos considerar, à partida, que não existe regra expressa na Constituição determinando a obrigatoriedade de um ato inconstitucional ser considerado nulo ou anulável, sempre lidamos com o modelo americano,⁶⁰ prevalecendo a “ideia de que o ato inconstitucional não produz efeitos desde a origem — devendo ser declarado nulo sempre *ex tunc*,

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 05 set. 2011.

⁵⁹ Nesse sentido, BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de *descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 191; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 415; BARROS, Sérgio Resende de. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, p. 754/756; SEGADO, Francisco Fernández. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su genesis en el pasado siglo. *Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra Ed., 1997. v. 2, p. 980; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 904.

⁶⁰ Nesse sentido, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Revista do Advogado*, p. 84.

seja entre as partes, seja para todos, não importando seja o controle difuso ou concentrado”.⁶¹

Em virtude disso, não concordamos que o legislador ordinário possa contrariar arraigada prática constitucional, não tanto pela inclusão em si mas pela forma como fora realizada.

A despeito de visualizarmos tal inserção de forma positiva⁶² no que respeita à adequação da realidade social às disposições normativas, esta somente poderia ter sido feita através de emenda à Constituição.

Nesse sentido, consideramos que não compete ao legislador ordinário abarcar a possibilidade da modulação dos efeitos ou da eficácia das decisões de inconstitucionalidade, tendo em vista as condições que julga ser pertinentes, como a definição de maioria de dois terços, assim como razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Uma modificação, nesses termos, pode gerar absurdos maiores como, por exemplo, embora se decida pela inconstitucionalidade de um tributo, sua cobrança permanece válida.⁶³

Nesse sentido, considerando-se o art. 11 da Lei nº 9.882/1999 em afronta à Constituição, propugnamos pelo seu afastamento.

Considerações finais

O cenário que envolveu a regulamentação da ADPF é, sem sombra de dúvida, a principal condicionante à feitura da Lei nº 9.882/1999. De fato, parte da doutrina somente se viu instigada a determinar a ADPF a partir do momento em que surgiu o problema da chamada guerra de liminares, passados alguns anos da promulgação da Constituição de 1988.

Nesse contexto, desejava-se incluir um incidente de inconstitucionalidade para evitar a multiplicação de processos encaminhados ao STF.

Contudo, tendo sido malsucedidas as tentativas da introdução de tal incidente durante a Revisão Constitucional de 1994, a doutrina utilizou-se da previsão constitucional da ADPF para viabilizá-la. Esse foi o objetivo que desencadeou todo o pensamento e, conseqüentemente, toda a estruturação da ADPF por intermédio da Lei nº 9.882/1999.

No que diz respeito à citada lei, foram introduzidas duas possibilidades de utilização da ADPF, quais sejam, uma autônoma correspondente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente desta Constituição e uma

⁶¹ BARROS, Sérgio Resende de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 191.

⁶² Nesse sentido, BARROS, Sérgio Resende de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, p. 191.

⁶³ Nesse sentido, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 423.

incidental, inconstitucional, utilizada como forma de inserir novas hipóteses, até então impugnáveis apenas na via difusa, ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Desconsiderou-se, também, a possibilidade do cidadão aceder ao STF e, nesse caso, a ADPF subsistiu somente como uma ação tal como a ADIn, ADC etc.

Isso confirma não apenas as verdadeiras intenções por trás da regulamentação desta mas, também, sugere que o caráter subsidiário da medida, ao acarretar a comparação entre o objeto da ADPF e das demais ações existentes na ordem jurídica, importe sua inutilização em caso de coincidência.

Além disso, as demais regras concernentes à cautelar, ao efeito vinculante e à possibilidade de manipulação das decisões, todas em afronta à Constituição, servem de base para que o STF possa, com o máximo de liberdade possível, julgar as questões constitucionais consideradas relevantes.

Nesse sentido, verificamos que as normas dispostas pela referida lei se dirigem a permitir a apreciação pelo STF de eventuais questões constitucionais controversas que possam corresponder ao aumento dos processos dirigidos ao órgão.

The Convenience of Not Fighting Certain Vices of Unconstitutionality – Analysis of the Complaint of Noncompliance of Fundamental Precept from the Law N. 9.882/1999

Abstract: This paper aims to address the institute referred to in article 102, §1º of the Constitutional Charter of 1988, which enabled the Supreme Court to judge complaint of noncompliance of fundamental precept deriving from this Constitution. We base on the Law n. 9.882/99, which regulates the ADPF, and our disposal will be directed to meet the real reasons that led to its making, as well as the study of the main legal provisions. Our perspective is to analyze the ordinary legislation referred, wishing pointing out the present unconstitutionality vices, as well as, inevitably, highlight some interests that make it impossible to fight them.

Key words: Complaint of noncompliance of fundamental precept. Law n. 9.882/1999. Unconstitutionality vices.

Referências

BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade brasileiro. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Lisboa: Coimbra, 2005. p. 737-764.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. A arguição de descumprimento de preceito fundamental: origem e perspectivas. *Revista da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, ano 33, v. 35, p. 205-218, 2001.
- GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 23, n. 73, p. 82-88, nov. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm>. Acesso em: 05 set. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei. *Temas de Integração*, n. 21, 1º semestre 2006, p. 35-98.
- MEYER-PFLUG, Samantha. Da eficácia das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 23, n. 73, nov. 2003, p. 189-198.
- MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei 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. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Jurisdição constitucional, decisões judiciais vinculantes e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- 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. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 198-238.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a 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. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85-108.
- SEGADO, Francisco Fernández. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su genesis en el pasado siglo. In: *Perspectivas constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra Ed., 1997. v. 2.
- SILVEIRA, José Néri da. Aspectos da definição e objecto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, t. 1, p. 181-192, jan.-jun. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLI, t. 2, p. 867-886, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de preceito fundamental*: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99). São Paulo: Saraiva, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

AMARAL, Karina Almeida do. A conveniência de não combater certos vícios de inconstitucionalidade: análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental a partir da Lei nº 9.882/1999. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 239-263, out./dez. 2014.

Recebido em: 23.10.2012

Aprovado em: 02.07.2014