

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: PRINCIPAIS ASPECTOS MATERIAIS E PROCEDIMENTAIS

Leonardo Vizeu Figueiredo

*Procurador Federal, lotado na Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANSS
Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá,
Professor-palestrante de Direito Constitucional junto à
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.*

1. Introdução; 2. Objeto e Finalidade; 3. Preceito fundamental; 4. Direito Comparado; 5. Modalidades: 5.1. Autônoma. 5.2. Incidental. 5.3. Aspectos Controversos sobre a ADPF incidental; 6. Aspectos Processuais: 6.1. Legitimação Ativa; 6.2. Legitimação Passiva; 6.3. Litisconsórcio; 6.4. Medida Liminar; 6.5. Pedido de Informações; 6.5. Julgamento. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com a evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, houve radicais mudanças nas relações existentes entre os controles concentrado e difuso. Observe-se que, em que pese ter sido ampliado o rol de legitimados ativos para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como ter sido introduzida na vigente ordem constitucional a Ação Declaratória de Constitucionalidade, subsistia, ainda, um vácuo considerável de matérias que não se encontravam sob o campo de incidência do controle concentrado do Pretório Excelso, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal.

Todavia, tal limbo de questões não se encontrava isento de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, em que pese não serem diretamente objeto do controle de constitucionalidade *in abstracto*, sujeitam-se ao controle difuso, podendo chegar à apreciação do Pretório Excelso, via Recurso Extraordinário.

Foi em resposta a esse quadro de vazio jurisdicional que se optou por ampliar o controle de constitucionalidade na via principal, permitindo que fossem apreciadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, questões, a princípio, fora do campo de incidência das normas de controle de constitucionalidade na via principal, dando à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, §1º, da CRFB, aplicabilidade extensiva e ampliativa, em se comparando a referida ação constitucional, com

institutos similares no Direito Comparado, a teor das disposições contidas na Lei nº 9.882/99.

Desta forma, quando houver divergência quanto à interpretação, aplicação e compatibilidade de normas que, tecnicamente, não estariam sujeitas ao controle concentrado de constitucionalidade, poder-se-á suscitar manifestação do Pretório Excelso sobre o tema, pacificando-se a jurisprudência, uma vez que será decidida a constitucionalidade ou não da norma, cuja decisão terá eficácia *erga omnes*. Observe-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei nº 9.882/99, permite que o Pretório Excelso se manifeste em caráter definitivo, na via concentrada, evitando-se, assim, o emperramento do Judiciário, uma vez que, na via difusa, apenas poderia a Corte Suprema manifestar-se, tão-somente, em sede de última instância, via Recurso Extraordinário. Possibilita-se, destarte, uma prévia interpretação autêntica da Constituição.

2. OBJETO E FINALIDADE

Nos termos da Lei nº 9.882/99, regulamentadora do art. 102, §1º da CRFB, remunerado pela EC nº 03/93, caberá a 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, inclusive leis pré-constitucionais.

Diferentemente do que ocorre no Direito Comparado, no qual os institutos similares têm por objetivo precípuo servir de instrumento de exercício de cidadania perante a Corte de Constitucionalidade, conforme veremos adiante, o caso brasileiro revestiu-se de peculiaridades inerentes à realidade fática de suas Cortes Superiores, fato que reveste a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pátria de circunstâncias que lhes são próprias.

Assim, no caso brasileiro, a ADPF traduz-se em instrumento de ampliação do controle de constitucionalidade concentrado *in abstracto*, além de instrumento de pacificação e harmonização da jurisprudência, não subsistindo, processualmente, sua feição de instrumento de exercício de cidadania perante o órgão de cúpula do Judiciário.

Observe-se que a ADPF objetivou, precipuamente, suplementar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil concentrado no STF, uma vez que as questões que, até então não eram apreciadas *in abstracto* via ADIn e ADC, passaram a sujeitar-se à apreciação do Pretório Excelso.

Outrossim, é de se ressaltar que a ADPF possui dentro do sistema de controle concentrado de constitucionalidade caráter subsidiário, somente sendo admitida quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99). Cumpre ressaltar, por fim, que a Lei nº 9.882/99 é resultante do anteprojeto elaborado pelo Ministro da Justiça, através de comissão presidida pelo Professor Celso Ribeiro de Bastos, tendo como membros Ives Gandra Martins, Arnold Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes.

3. PRECEITO FUNDAMENTAL

Uma das grandes dificuldades que se afigura sobre o estudo do tema é exatamente a identificação e a conceituação de preceito fundamental na ordem constitucional.

Por preceito fundamental **entende-se toda norma (princípios e regras) de extração constitucional, qualificada pela sua essencialidade, com primazia axiológica sobre as demais.**

Assim, não há que se confundir preceito fundamental com princípio constitucional. Isto porque, preceito é um termo normativo muito mais amplo que engloba tanto princípios, quanto regras. Na Lição de José Afonso da Silvaⁱ, a expressão preceito fundamental "*É mais ampla, abrange a estes e todas prescrições que dão sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais*".

Observe-se que o Direito é um conjunto de normas de conduta. Por sua vez, as normas são os valores gerais que orientam o direito, como um todo, subdividindo-se em duas espécies, os princípios e as regras. Os princípios são comandos gerais dotados de alto grau de abstração, com amplo campo de incidência e abrangência, servindo como norte para o ordenamento jurídico. Por sua vez, as regras são comandos aplicáveis em um campo de incidência específico, com elementos próximos ao direito comum, capazes de investir um titular em direitos subjetivos. Assim, podemos verificar que a distinção entre princípios e regras, se encontra em seu grau de abstração. Observe-se que, tanto princípios, quanto regras, se concretizam a medida que vão sendo positivados no texto legal, ganhando, assim, compreensão cada vez maior.

Especificamente, no que tange às normas constitucionais, a melhor doutrina nos ensina que não há conflito, tampouco hierarquia normativa, entre os dispositivos constitucionais positivados, em razão do princípio da unidade da Lei Fundamentalⁱⁱ. Todavia, axiologicamente, não há como negar a existência de primazia de valores, entre os diversos dispositivos que foram disciplinados pelo legislador constituinte.

Destarte, é exatamente neste contexto axiológico, no qual a hermenêutica do dispositivo constitucional é permeada de valores morais, sociais, políticos, econômicos, bem como quaisquer outros de relevo para o deslinde da questão, ponderando-se interesses a fim de se efetuar uma precedência condicionada sobre os mesmos, é que o relator irá efetuar um prévio juízo de admissibilidade a fim de verificar se a hipótese realmente se enquadra como arguição de descumprimento preceito fundamental (art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.882/99).

Isto porque, como leciona Humberto Peña de Moraes, cujo pensamento encontra consonância no magistério de Zeno Veloso, a tarefa de se conceituar e enumerar os preceitos fundamentais da Constituição da República é tarefa que não deve ser relegada ao Poder Constituído Legislativo, uma vez que a Lei Fundamental é expressão máxima do Poder Constituinte, que é soberano, supremo e absoluto.

Assim, a tarefa de identificar os preceitos fundamentais fica a cargo da jurisprudência evolutiva e construtiva do Supremo Tribunal Federal, guardião supremo da Lei Fundamental, órgão máximo do Poder Constituído Judiciário, a quem compete fixar a autêntica interpretação da Constituição da República, orientando a jurisprudência das Cortes Inferiores.

Vale transcrever a sempre elucidativa lição de Humberto Peña de Moraes:

"Em atitude convenientemente cautelosa, o legislador ordinário, responsável pela promulgação da Lei nº 8.882/99, deixando de enunciar os preceitos fundamentais, preservou a tarefa construtiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete e guardião da Norma Fundamental, que os relacionaráⁱⁱⁱ."

Dentro desta mesma linha doutrinária, Zeno Veloso nos ensina que:

"Não nos parecia que o legislador ordinário pudesse indicar os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, cujo descumprimento possibilitaria a argüição. Significaria dar prerrogativa ao Congresso Nacional de eger, dentro dos princípios, quais os que são fundamentais, vale dizer, essenciais, preponderantes, superiores. Ora, isto é atribuição do constituinte originário, ou do Supremo Tribunal Federal, guardião principal e intérprete máximo do Texto Magno. Além do mais, não poderia o legislador apresentar um elenco definitivo, um painel pronto e acabado dos preceitos fundamentais, pois a Constituição, apesar do ideal de estabilidade, é um documento histórico-cultural do povo. Embora lentas, as transformações são inevitáveis, ditando, como disse Krüger, uma mudança de natureza das normas constitucionais. O que hoje se pode considerar preceito fundamental, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, pode ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo. (...) Estes são princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira, sem olvidar que há preceitos fundamentais que deles decorrem, havendo necessidade, para descobri-los de ser feita uma inferência, um desenvolvimento por parte do intérprete^{iv}."

Consoante a jurisprudência da Corte de Constitucionalidade:

Argüição de descumprimento de <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - [h1](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - [h3](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. **Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como** <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - [h2](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - [h4](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) **preceito fundamental**. 3. Cabimento da argüição de descumprimento de <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=->

Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Argüição de descumprimento de <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - [h9http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) - [h11preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado. \(Supremo Tribunal Federal; ADPF 1 QO / RJ - RIO DE JANEIRO; QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - \[h0http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\]\(http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\) - \[h2PRECEITO FUNDAMENTAL; Relator\\(a\\): Min. NÉRI DA SILVEIRA; Julgamento: 03/02/2000; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-07-11-2003 PP-00082 EMENT VOL-02131-01 PP-00001\\) – grifamos.\]\(http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\)](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/)

Outrossim, a jurisprudência do Pretório Excelso tem considerado os seguintes pontos, como preceitos fundamentais, a saber: "Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - [h3http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) - [h5preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais", a teor do ementário transcrito:](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/)

"Argüição de Descumprimento de <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - [h1http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) - [h3Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno \(arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição\). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - \[h2http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\]\(http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\) - \[h4Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - \\[h3http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\\]\\(http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\\) - \\[h5preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o\\]\\(http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\\)\]\(http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/\)](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/)

processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. 7. Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a [http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h4](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h4http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h6) <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h6> preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a [http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h5](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h5http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h7) <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h7> preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada". (Supremo Tribunal Federal; ADPF 33 MC / PA – PARÁ; MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE [http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h0](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h0http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h2) <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=%22preceito+fundamental%22&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/h2> PRECEITO FUNDAMENTAL; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 29/10/2003; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-06-08-2004 PP-00020 EMENT VOL-02158-01 PP-00001) - grifamos.

4. DIREITO COMPARADO

No Direito Constitucional comparado, mormente nas Cortes Constitucionais européias, a argüição de descumprimento preceito fundamental encontra institutos símiles, tendo, todavia, maior amplitude, funcionando como instrumento de exercício de cidadania, além de ser fator de ampliação do campo de incidência material do controle concentrado *in abstracto* de constitucionalidade.

Conforme previsto no Direito Alemão, o recurso (ou queixa) constitucional encontra-se previsto no art. 93, alínea 1, n.º 4a, da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, podendo "ser interposto por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos

consagrados no n.º 4 do art. 20º, assim como nos artigos 33º, 38º, 101º, 103º e 104º.” Merece destaque que, no direito tedesco, “um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal”.

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949^v

Article 93 [Compétences de la Cour constitutionnelle fédérale]

(1) La Cour constitutionnelle fédérale statue :

1. sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême ;

2. en cas de divergences d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du gouvernement fédéral, d'un gouvernement de Land, ou d'un tiers des membres du Bundestag ;

2a. en cas de divergences d'opinion sur le point de savoir si une loi satisfait aux conditions de l'article [72](#), al. 2, sur demande du Bundesrat, d'un gouvernement de Land ou de la représentation du peuple d'un Land ;

3. en cas de divergences d'opinion sur les droits et obligations de la Fédération et des Länder, notamment en ce qui concerne l'exécution par les Länder du droit fédéral et l'exercice du contrôle fédéral ;

4. sur les autres litiges de droit public entre la Fédération et les Länder, entre différents Länder ou à l'intérieur d'un Land, lorsqu'ils ne sont justiciables d'aucune autre voie de recours juridictionnel ;

4a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles [20 al. 4](#) , [33](#), [38](#), [101](#), [103](#) et [104](#) ;

4b. sur les recours constitutionnels des communes et des groupements de communes, pour violation par une loi du droit d'auto-administration prévu par l'article [28](#), à condition toutefois, s'il s'agit d'une loi de Land, qu'aucun recours ne puisse être introduit devant le tribunal constitutionnel dudit Land ;

5. dans les autres cas prévus par la présente Loi fondamentale.

(2) La Cour constitutionnelle fédérale intervient en outre dans les autres cas où une loi fédérale lui attribue compétence.

Por sua vez, no Direito espanhol há previsão constitucional para o instituto do recurso de amparo, previsão nos arts. 161, 1, b e 162, 1, b, da Constituição do País, sancionada em 27 de dezembro de 1978.

CONSTITUCIÓN^{vi}

Artículo 161.

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.

1. *Están legitimados:*

(...)

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Ainda segundo o magistério de Zeno Veloso^{vii}:

"O amparo é um procedimento especial que, embora denominado recurso, representa um processo substantivo e independente, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição (princípio da igualdade, direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade religiosa, ideológica e de culto, à liberdade e à segurança, à honra, à intimidade e à própria imagem, à inviolabilidade do domicílio etc.)", podendo "ser interposto por qualquer pessoa (natural ou jurídica) que invoque um legítimo interesse, bem como pelo Defensor do Podo e pelo Ministério Público, sendo indispensável "esgotar, previamente, as vias judiciais."

O recurso constitucional austríaco surgiu no Império, em 1867 (Lei do Tribunal Constitucional), sendo previsto na Constituição de 1920 (art. 144), bem como na Lei do Tribunal Constitucional de 1953.

Austria - Constitution^{viii}

Article 144 Administrative Jurisdiction

The Constitutional Court pronounces on rulings by administrative authorities in so far as the applicant alleges an infringement by the ruling of a constitutionally guaranteed right or the infringement of personal rights on the score of an illegal ordinance, an unconstitutional law, or an unlawful treaty. On the same premises, the Court likewise pronounces on complaints against the exercise of direct administrative power and compulsion against a particular individual. The complaint can only be filed after all other stages of legal remedy, in so far as such come into consideration, have been exhausted.

The Constitutional Court can, before the proceedings, decide to reject a hearing of the complaint if it has no reasonable prospect of success. The rejection of the hearing is inadmissible if it concerns a case that according to Article 133 is barred from the competence of the Administrative Court.

If the Constitutional Court finds that a right within the meaning of Paragraph has not been infringed by the challenged ruling or the exercises of direct administrative power and compulsion, and if it does not concern a case that in accordance with Article 133 is barred from the competence of the Administrative Court, the Court shall, on the request of the applicant, at the same time as it rejects the plea transfer the complaint to the Administrative Court for decision whether the applicant, by the ruling or the exercise of direct administrative power and compulsion, sustained the infringement of any other right. This applies analogously in the case of decisions in accordance with Paragraph .

Por fim, cumpre ressaltar que em relação aos nossos países fronteiriços, a Constituição da Argentina garante ação de amparo (art. 43), com o objetivo de proteger direitos constitucionalmente conferidos, mormente direitos de 3ª geração e de incidência coletiva.

Constitución Nacional^x

Art. 43. - *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Merece destaque que, no Direito Constitucional pátrio, a argüição de descumprimento de preceito fundamental assume, tão-somente, feição de instituto de ampliação do controle concentrado *in abstracto* de constitucionalidade, não fazendo as vezes de instrumento de exercício de cidadania. Isto porque, a redação originária do art. 2º, II, do Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos, de maio de 1997, Projeto de Lei nº 17, de 1999

(nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados)^x, que estabelecia que qualquer pessoa lesada ou ameaçada em decorrência de ato do Poder Público poderia propor a ADPF, restou vetada pelo chefe do Executivo, conforme Mensagem de Veto nº 1.087, a seguir transcrita:

"Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal".

Decidi vetar os dispositivos a seguir transcritos:

(...)

Inciso II do art. 2º

"Art. 2º (...)

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público".

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 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”.

5. MODALIDADES

Na qualidade de feito objetivo, a ADPF pode ser acionada sob duas modalidades, a direta (autônoma) e a indireta (incidental).

5.1. DIRETA OU AUTÔNOMA

À luz do disposto no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, a argüição de descumprimento de preceito fundamental autônoma é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Observe-se que sua feição autônoma decorre exatamente do fato de a ação objetiva ser deflagrada sem estar vinculada a outro feito em andamento. Outrossim, somente poderá ser acionada esta via de controle concentrado quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (princípio da subsidiariedade - art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99), ficando seu juízo de admissibilidade sujeito à prévia verificação por parte do relator da violação a preceito constitucional, conforme já dito.

Destaque-se que não é a mera existência de ação em trâmite no Judiciário que dará a eventual ADPF feição incidental, mas a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

5.2. INDIRETA OU INCIDENTAL

A argüição de descumprimento de preceito fundamental incidental tem previsão no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99, permitindo a deflagração da argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, suscitada em sede de controle difuso, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à CRFB, constituindo a decisão prévia antecedente lógico do julgamento do pleito, no que atine à questão de fundo.

Constitui-se, assim, em incidente processual que permite ao Pretório Excelso fixar, por antecipação, a interpretação autêntica a ser dada ao deslinde da questão, sem que, necessariamente, tenha que se percorrer todo o trâmite processual até a interposição de Recurso Extraordinário, havendo cisão de competência vertical do órgão judicial originário para o Pretório Excelso. Traduz-se, portanto, tal questão prejudicial, em instrumento de harmonização

e pacificação da jurisprudência, que será previamente fixada pelo Supremo Tribunal Federal, evitando-se, destarte, decisões contraditórias nas Cortes Inferiores, bem como futura enxurrada de Recursos Extraordinários na Corte de Constitucionalidade.

A legitimidade ativa para propositura da ADPF perante o STF encontra-se disciplinada no art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99. Observe-se que o inciso II ("qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público") foi objeto de veto presidencial, via Mensagem de Veto nº 1.087.

Assim, somente podem propor a ADPF os legitimados ativos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, CRFB). Ao interessado que se considerar ameaçado ou lesionado, resta, tão-somente, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei nº 9.882/99, representar ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

Corroborando o acima exposto, merece destaque o ementário a seguir exposto, extraído da jurisprudência do Pretório Excelso:

*"DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEGUINTE DA LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, "CAPUT" E INCISO XIV, 100, § 2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. 1. A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Esse texto foi reproduzido como § 1º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993. 2. A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. **No art. 1º estatuiu: "Art. 1º - A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público." Trata-se, nesse caso, de Argüição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição.** 3. **Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei nº 9.882/99, "in verbis": "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."** 4. **Cuida-se aí, não de uma Ação***

autônoma, qual a prevista no "caput" do art. 1o da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. 5. O caso presente não é de Arguição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados. 6. Cogita-se, isto sim, de Arguição autônoma prevista no "caput" do art. 1o da Lei. 7. Dispõe, contudo, o § 1o do art. 4o do diploma em questão: "§ 1o - Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. 9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> [h2http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) [h4](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/)Inconstitucionalidade do art. 108, VII, "i", da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, "j", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. É que, segundo entendimento desta Corte, não compete aos Tribunais legislar sobre Direito processual, senão quando expressamente autorizados pela Constituição (RTJs 112/504, 117/921, 119/1145). Assim, também, os Estados, mesmo em suas Constituições. 11. E as decisões atacadas foram proferidas em processos de Reclamação. 12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar". (STF; <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> [h1http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/) [h3](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=adpf+e+inconstitucionalidade&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/)ADPF 3 QO / CE – CEARÁ; QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL; Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES; Julgamento: 18/05/2000; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-27-02-2004, PP-00020 EMENT VOL-02141-01 PP-00001).

5.3 ASPECTOS CONTROVERSOS SOBRE A ADPF INCIDENTAL

Tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil, a teor do disposto no art. 102, I, a, não inclui no rol de matérias sujeitas a controle *in abstracto* de constitucionalidade as leis, atos e normas municipais, bem como que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não ser cabível conhecer, em sede de via principal de verificação

constitucional, matérias referentes ao direito pré-constitucional, somado ao fato de que somente por emenda a constituição poder-se-ia, a princípio, ampliar o leque de competências funcionais do Supremo Tribunal Federal, houve, tanto em sede doutrinária, quanto em sede jurisprudencial, controvérsias sobre a compatibilidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 9.882/99 com o Texto Maior.

Frise-se que a própria Lei nº 9.882/99 é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 2.231-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil). Outrossim, consoante noticiado no Informativo nº 253 do Pretório Excelso, o Exmo. Min. Relator Néri da Silveira proferiu no seguinte sentido, estando o feito, atualmente, concluso com o Ministro Sepúlveda Pertence, em razão de pedido de vista:

*"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 qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.").* – grifamos.

Outrossim, o Exmo. Min. Carlos Britto, nos autos da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que versa sobre a questão dos fetos anencéfalos, manifestou juízo contrário à constitucionalidade do instituto, em que pese admitir a tramitação do mesmo enquanto não julgada a referida ADIn nº 2.231-DF:

*"Antes, porém, do voto que me cabe proferir, **permito-me dizer o que sempre tenho dito a respeito da natureza jurídica da ADPF. Ela ostenta uma multifuncionalidade legal que me parece de duvidosa constitucionalidade.** Entretanto, como se encontra pendente de julgamento a ADIN nº 2.231-DF, manejada, especificamente, contra a lei instituidora dela própria, ADPF (lei 9.982/99), e tomando em linha de conta o fato de que há decisões plenárias a prestigiar os desígnios da mesma lei 9.882/92, que tenho feito? **Tenho me rendido ao princípio constitucional da presunção de validade dos atos legislativos, de***

sorte a momentaneamente acatar o instituto da ADPF tal como positivamente gizado. Logo, a ADPF enquanto mecanismo processual apto a ensejar tanto a abertura do processo de controle concentrado de constitucionalidade quanto a instauração do processo de controle desconcentrado (comumente designado por "difuso" e em caráter "incidental"), ambos de índole jurisdicional".
– grifamos.

Em sede doutrinária, temos vozes de escol posicionando-se tanto a favor, quanto contra a constitucionalidade da ADPF incidental.

Conforme leciona com propriedade o Professor Humberto Peña de Moraes, refletindo o magistério de Gilmar Ferreira Mendes:

"Ao lado da modalidade direta, a Lei n.º 9.882/99 cogitou, do mesmo modo, da argüição de descumprimento de preceito fundamental indireta ou incidental, o que fez no art. 1º, p. único, do seu texto. O instituto em comento permite a deflagração da argüição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, suscitada em sede de controle difuso, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Lex Legum, constituindo a decisão prévia antecedente lógico do julgamento do pleito, no que atine à questão de fundo. Esta modalidade apropriada de argüição permite, assim, a antecipação do deslinde de questão constitucional prévia, por acórdão do Supremo Tribunal Federal, necessário ao julgamento final do pleito, arredando dessa forma, a necessidade de que seja percorrido todo um iter procedimental, até que a decisão definitiva da Corte seja comunicada ao Senado Federal, que poderá suspender, sendo hipótese de lei ou ato normativo, a eficácia do ato indigitado,[22] com a vantagem adicional da eficácia erga omnes e do efeito vinculante. Exalçando a excelência da solução oferecida pela lei, nesse particular, estadeou o Prof. Gilmar Ferreira Mendes que a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, através da argüição de descumprimento de preceito fundamental, evita "que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal." Outro destacado aspecto desse influente instituto reside na competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para dirimir questões constitucionais contravindas sobre lei ou ato normativo municipal, como alternativa à extensão dessa atribuição aos Tribunais estaduais para o controle de constitucionalidade, por via de ação direta, de normas comunais em face da Constituição Federal. Acentue-se que o ajuizamento da argüição indireta ou incidental junto ao Supremo Tribunal Federal, submetendo a questão constitucional ao exame da Suprema Corte, permitido pelo novo instituto, gera o que o Prof. Arnoldo Wald classificou de "cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes", uma cisão funcional, em última análise, no plano vertical. Dá-se, aqui, o que o Prof. J.J. Gomes Canotilho denomina de controle misto, pelo qual se "Permite o trânsito do controlo difuso para o controlo concentrado", do qual resulta a generalização dos efeitos jurídicos da decisão, com força vinculante. Instituiu-se, assim, uma ponte

entre os sistemas difuso e o concentrado, posto que a decisão que vier a ser prolatada pela Excelsa Corte se projetará sobre as ações em curso”.^{xi}

Nessa linha, segundo Zeno Veloso:

*“O direito ordinário pré-constitucional, cuja recepção pela Constituição seja controvertida, e relevante o fundamento da controvérsia, poderá ser levado, diretamente, para análise do STF, através de argüição, e poderá ser declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado. **É preciso destacar, chamar bem a atenção para o fato de que a Lei 9.882/99, no aludido art. 1º, parágrafo único, inc. I, introduziu em nosso direito um novo mecanismo, com o objetivo de dar decisão rápida a um problema relevante de ordem constitucional.**”*^{xii}

Em sentido contrário, destacamos o pensamento de Alexandre de Moraes

“O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de Emenda à Constituição. (...) Em ambas as hipóteses o Supremo Tribunal Federal já havia decidido faltar-lhe competência para essa análise, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, por ausência de previsão expressa na Constituição Federal, não sendo admissível que o legislador ordinário, por meio de uma manobra terminológica amplie essa competência sem alterar o art. 102, I a da CF”^{xiii}.

Assim, até o Supremo Tribunal Federal julgar o mérito da ADIn nº 2.231/DF, ou manifestar-se em sede de liminar em medida cautelar na referida ação objetiva, pelo princípio da presunção de constitucionalidade das normas, a ADPF em modalidade incidental continuará tendo eficácia e seguindo seu trâmite normal.

Não há como se negar, todavia, a utilidade que o instrumento representa como meio de tornar mais célere e efetiva a prestação da tutela jurisdicional, evitando, outrossim, o surgimento de decisões judiciais conflitantes, em relação a matéria de direito, uma vez que a interpretação autêntica do Pretório Excelso é antecipada no curso da querela judicial.

6. ASPECTOS PROCESSUAIS

6.1. LEGITIMAÇÃO ATIVA

A legitimação processual ativa para a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em qualquer de suas modalidades, a teor do disposto no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, foi conferida aos mesmos legitimados para a deflagração da ação direta de inconstitucionalidade, art. 103, CRFB.

Destarte, encontram-se legitimados para deflagrar o controle de constitucionalidade via argüição de descumprimento de preceito fundamental,

os seguintes legitimados: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em que pese ter sido objeto de veto presidencial a deflagração por qualquer parte interessada, lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público (art. 2º, II, da Lei nº 9.882/99), resta facultado a qualquer interessado, lesado ou ameaçado de lesão por ato do Poder Público, através de representação, encarecer a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos da pretensão, decidirá do cabimento, ou não, do seu ingresso em juízo (art. 2º, §1º, da Lei nº 9.882/99).

Mister ressaltar que, o Pretório Excelso, havendo erigido a demonstração de pertinência temática como condição objetiva de requisito qualificador da legitimidade ativa *ad causam* para a deflagração do controle *in abstracto*, circunstância aplicável à hipótese, a ela submeteu as ações ajuizadas por Mesa de Assembléia Legislativa e a da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por Governador de Estado e do Distrito Federal, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional (RTJ 158/441).

Outrossim, ainda dentro da orientação jurisprudencial da Corte de Constitucionalidade, adequando-se à argüição de descumprimento de preceito fundamental, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ativamente legitimados, possuem, ademais, capacidade processual plena, além de postulatória, podendo, em conseqüência, praticar, na ação, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado (RTJ 144/3 e 163/434).

Uma vez proposta a argüição de descumprimento telada, fica vedada a desistência da mesma, conforme disposto no art. 169, §1º, do Regimento Interno do STF.

6.2 LEGITIMAÇÃO PASSIVA

Tratando-se de processo objetivo, conforme já dito, no qual não se cogita em partes subjetivas, para fins didáticos, mister se faz o estudo da legitimidade passiva na argüição de descumprimento de preceito fundamental, ainda que em caráter meramente formal.

Na lição de J.J. Gomes Canotilho^{xiv}:

"Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo e de normas não é um processo contraditório, no qual as partes "litigam" pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direitos

subjectivamente relevantes. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objectivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva)."

Destarte, são legitimados passivos, nesta modalidade de tutela, uma vez que sujeitos à prestarem informações nos autos, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.882/99, as entidades, órgãos e autoridades responsáveis pela edição do ato objeto do controle, que traduza-se em lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental.

6.3. LITISCONSÓRCIO

Afigura-se possível a formação de litisconsórcio ativo e passivo, na ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, sem descaracterizar a natureza de processo objetivo própria da medida, mediante as seguintes ressalvas.

Em relação ao pólo ativo, a relação litisconsorcial, tão-somente, poderá ser instaurada entre aqueles que disponham, autonomamente, de qualidade para fazer deflagrar esta ação de caráter objetivo. Em outras palavras, será possibilitada somente às entidades, órgãos e autoridades relacionada no art. 103 da Constituição Federal, nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, conforme já visto.

Na perspectiva passiva, observando-se que se cuida de ação de caráter objetivo, a formação litisconsorcial legitimar-se-á, apenas, no que tange às entidades, órgãos e autoridades das quais teria emanado o ato enfrentado, a teor da jurisprudência do Pretório Excelso (ADIn nº 1.254-1/RJ, DOU 20.06.95).

6.4. MEDIDA LIMINAR

A Lei nº 9.882/99, nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, prevê a possibilidade da concessão de medida liminar, por decisão da maioria absoluta dos membros do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

A medida cautelar 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente de coisa julgada.

Outrossim, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso da Suprema Corte, o relator poderá conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99).

6.5. PEDIDO DE INFORMAÇÕES

Consoante previsão contida no art. 6º da Lei nº 9.882/99, apreciado o pedido de liminar, sendo o caso, o relator da matéria solicitará as informações

às autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado, que devem ser prestadas no prazo de dez dias.

Outrossim, poderá o relator, mister se faça necessário, segundo seu prudente entendimento, ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria, nos termos do art. 6º, §1º, da Lei nº 9.882/99.

Aplica-se, nestes casos, o mesmo trâmite que foi estabelecido para o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da declaratória de constitucionalidade, nos termos do art. 9º, § 1º, combinado com o art. 20, §1º, Lei nº 9.868/99.

Mister se faz, na argüição de descumprimento de preceito fundamental, a audiência prévia do Procurador-Geral da República, como em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, §1º, CRFB).

6.5. JULGAMENTO

Encerrados os trâmites preambulares, a argüição de descumprimento de preceito fundamental será submetida ao Pleno do Supremo Tribunal Federal para julgamento (art. 97, CRFB). Efetuado o julgamento, com a presença de, pelo menos oito Ministros (art. 8º da Lei nº 9.882/99 combinado com o art. 173 da RISTF), o pedido da argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser julgada procedente ou improcedente, a depender dos votos de, pelo menos, seis dos seus integrantes.

Em se julgando procedente o pedido, nos termo do art. 10, *caput*, §1º, da Lei nº 9.882/99, comunicar-se-á às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação da lei ou do ato em face de preceito fundamental constante no texto constitucional, determinando o presidente da Corte o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

A referida decisão será dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, em todas as esferas e níveis, sendo, demais disso, irrecorrível e irrescindível, nos termos do art. 10, §3º e do art. 12, ambos da Lei nº 9.882/99. Destaque-se o cabimento de embargos declaratórios, com o fito de, tão-somente, aclarar o julgado.

Ressalte-se que, ao proceder a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, no trâmite do processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus membros, efetuar a restrição de efeitos da mesma ou decidir, ainda, que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro termo que venha a ser fixado.

7. CONCLUSÃO

Em que pese as controvérsias sobre o tema, depreende-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instituto ampliativo do rol de controle concentrado de constitucionalidade, traduzindo-se em importante mecanismo de pacificação e harmonização da aplicação do Direito.

Todavia, vale registrar a crítica pela restrição a utilização do instituto pelo cidadão, ante o veto presidencial que limitou a legitimidade ativa aos termos do art. 103 da CRFB.

8. BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro. 2004.
- MORAES, Humberto Peña. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – apontamentos para a compreensão do tema*. Artigo disponível em www.nagib.net, consulta realizada em 08.03.2005, às 16:00 horas.
- SLAIB FILHO, Nagib, *Direito Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

ⁱ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 530.

ⁱⁱ Neste sentido:

SLAIB FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 337.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 199. p. 188 e seg.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002. p. 27 e seg.

ⁱⁱⁱ MORAES, Humberto Peña. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – apontamentos para a compreensão do tema*. Artigo disponível em www.nagib.net, consulta realizada em 08.03.2005, às 16:00 horas.

^{iv} VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 295 e 296.

^v Fonte: www.planalto.gov.br/legislação/constituição/constituiçõesdeoutros países, consulta em 11/03/2005, as 14:00 horas.

^{vi} Fonte: www.planalto.gov.br/legislação/constituição/constituiçõesdeoutros países, consulta em 11/03/2005, as 14:00 horas.

^{vii} VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 298.

^{viii} Fonte: www.planalto.gov.br/legislação/constituição/constituiçõesdeoutros países, consulta em 11/03/2005, as 14:00 horas.

^{ix} Fonte: www.planalto.gov.br/legislação/constituição/constituiçõesdeoutros países, consulta em 11/03/2005, as 14:00 horas.

^x Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos, de maio de 1997.

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de Descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição.

Art. 2º. Podem propor argüição de descumprimento de Preceito fundamental:

I – os legitimados para a ação direta de Inconstitucionalidade;

II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada em decorrência de Ato do Poder Público.

^{xi} MORAES, Humberto Peña. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental – apontamentos para a compreensão do tema*. Artigo disponível em www.nagib.net, consulta realizada em 08.03.2005, às 16:00 horas.

^{xii} VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 300 e 301.

^{xiii} MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Atlas. 2001. p. 620.

^{xiv} CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 943 e 944.