



REPENSANDO A ADPF NO COMPLEXO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Professor Doutor André Ramos Tavares ¹

Professor da Faculdade de Direito - UPM

1. IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO¹

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma garantia do processo-constitucional, que visa a preservar a obediência geral devida, pelos atos estatais, às regras e princípios constitucionais considerados fundamentais.

A criação desse mecanismo específico de proteção quanto a determinados preceitos (os de cunho fundamental) significa, sem dúvida, que “se supervalorizam, por via de sua máxima proteção, determinados preceitos” (USERA, 1988: 166). Essa idéia de que há um conjunto de preceitos que merecem proteção mais intensa que os demais preceitos integrantes da Constituição não é inovadora, sendo comum encontrar, na doutrina, uma referência constante a certo núcleo “duro” das constituições, composto por um conjunto de normas constitucionais consideradas essenciais, imprescindíveis, o que normalmente é feito a partir de uma verificação estrutural de tratamento dogmático concedido a certas normas, embora sem ignorar totalmente considerações de cunho axiológico e histórico subjacentes a essas formulações.

¹ Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP, Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP; *Visiting Research Scholar* na *Cardozo School of Law* – New York; Professor Convidado da Universidade de Santiago de Compostela; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

Como instituto criado a partir da Constituição, é preciso conferir-lhe seu matiz a partir de um suporte hermenêutico-constitucional. Sublinhe-se, nesse sentido, que só cabe a argüição quando há descumprimento de preceito fundamental da Constituição do Brasil (especialidade).

2. BREVE NOÇÃO DE DESCUMPRIMENTO

Para fins de argüição, a Constituição referiu-se ao descumprimento de suas cláusulas (preceitos, normas) fundamentais.

A noção de descumprimento não deve ser confundida com a de inconstitucionalidade. O termo “inconstitucionalidade” apresenta um rigor estrito no Direito pátrio, aplicável com exclusividade às situações especificamente delimitadas pela Constituição (e pelo Supremo Tribunal Federal), o que, sinteticamente falando, significa que a inconstitucionalidade é considerada como uma desqualificação intra-sistêmica, restrita, ou seja, atribuível apenas aos atos normativos estatais e não a qualquer comportamento, ainda que estatal (como atos administrativos, atos de execução material dos agentes públicos, etc.).

Já o termo “descumprimento”, utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é conceito que pode ser considerado em uma acepção mais ampla, englobando a violação de norma constitucional fundamental por qualquer comportamento. Nesta acepção mais lata, tanto pode descumprir a Constituição um ato normativo (padrão corrente no controle histórico de constitucionalidade brasileiro) como um ato não-normativo, nesta última categoria incluídos os atos administrativos, de execução material e, ainda, (em tese) os atos dos particulares (excluídos do

âmbito d alcance da ADPF por força do art. 1º da Lei n. 9882/99).

3.DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO AÇÃO DIRETA

A modalidade que se denomina direta ou autônoma de argüição, para se diferenciar daquela que é “subordinada” em seu surgimento (cuja constitucionalidade é questionada por inúmeros autores, mas não será objeto deste estudo) encontra previsão expressa no art. 1º, *caput*, da Lei da Argüição, nos seguintes termos: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Essa é a regra-matriz da argüição autônoma. Diz-se autônoma por não depender da existência de qualquer outro processo anterior, no qual se controverta sobre a aplicação de preceito fundamental, caso em que seria possível, em tese, a propositura da modalidade de argüição incidental (“por derivação”).

Na realidade, a legislação, neste passo, está muito próxima dos próprios termos constitucionais em que o instituto foi vertido, consignando-se o nome deste em sintonia absoluta com o Texto Constitucional, do qual deriva a competência originária para seu conhecimento.

Essa modalidade de argüição realiza o típico e já tradicional controle concentrado, via direta, da constitucionalidade das leis, atos normativos e demais atos de natureza estatal enquadráveis pela legislação específica como objeto válido de análise

por meio de ADPF.

Por esse motivo, poder-se-ia afirmar que a argüição de descumprimento posta-se ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, cada uma delas com campo próprio e específico de incidência possível. É a tese da especialidade do instituto da ADPF (cf. TAVARES, 2001: 248). Um delineamento mais consistente e acertado do espaço de cada um desses mecanismos constitui a principal preocupação deste estudo.

4. CAMPO DE INCIDÊNCIA

4.1. Afastamento do instituto da ação direta de inconstitucionalidade

A hermenêutica mais engajada com o nível de abertura proposto pela Constituição e a busca por uma tutela efetiva da supremacia constitucional permite a leitura de que sempre – *absolutamente sempre* – que houver violação de preceito constitucional fundamental, a medida de controle abstrato-concentrado deva ser a ADPF. As diversas e prováveis oposições (retaliações) à tese serão avaliadas ao longo deste estudo, bem como a opção (de eficácia duvidosa) realizada pela Lei n. 9.882/99 e as diversas leituras doutrinárias que surgiram, algumas das quais despropositadas e outras superficiais.

De imediato, o argumento mais danoso ao cabimento da ADPF é a presença de uma ação própria², que é a ação direta de inconstitucionalidade (por ação, por omissão e mesmo interventiva). Nessa linha de argumentação, ter-se-ia uma (desnecessária) superposição de institutos, vale dizer, constituiria a argüição uma

² Diz-se “própria” a partir de uma leitura histórica.

verdadeira demasia, o que acabaria por relegá-la ao esquecimento e desuso. O argumento, contudo, não oferece grande resistência.

A possibilidade de utilização de duas ações diversas, que pretendem alcançar uma mesma finalidade, dentro da chamada jurisdição constitucional, de há muito já existe no Direito pátrio³.

Independentemente desse argumento, que admitira a ADPF (mas, concomitantemente, um sistema de sobreposição aleatória de ações distintas) tem-se que, com a introdução da ADPF, o mais coerente e constitucionalmente admissível será para ela desviarem-se todos — insista-se uma vez mais — *todos* os casos de descumprimento de preceitos fundamentais da Constituição. A especialidade (e essencialidade) do instituto da ADPF encontra-se, portanto, aqui. É resultado alcançado por uma compreensão sistemática da Constituição e do modelo brasileiro de controle da constitucionalidade. Com essa estruturação a medida estaria, como se percebe, angariando parte do que, *historicamente*, tem pertencido à ação direta dita genérica, e isso pelos motivos doravante enfrentados.

Dessa forma, no que respeita aos *preceitos constitucionais fundamentais*, o objeto da ação genérica teria sido total e exclusivamente absorvido pela argüição. Em outras palavras, atos normativos (leis em especial) violadores de norma constitucional fundamental haveriam de sofrer a reprimenda cabível por meio de provocação pela ADPF, e não mais pela ADIn. Cumpre notar, contudo, que não há equivalência ou simetria entre o antigo (histórico) objeto das ações diretas (relativamente aos preceitos fundamentais) e a atual argüição (nesta perspectiva de ação que

³ Basta constatar, a esse propósito, a ação direta de inconstitucionalidade genérica e a ação direta interventiva.

afastaria a ação direta), já que a esfera de incidência desta engloba também a impugnação de atos concretos, atos estes que nunca estiveram inseridos na ação direta de inconstitucionalidade, assim como também se inserem na argüição as omissões, que tradicionalmente não contavam com remédio específico, senão a partir da própria Carta de 1988, embora considerado mecanismo sem efetividade (inadequado).

Esta tese, da especialidade, opera no âmbito estritamente constitucional. Isso quer significar que se trata de uma interpretação sobre o espaço próprio da ADPF que considera estritamente as normas constitucionais. O mecanismo do § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99, a seguir analisado, geralmente denominado de cláusula da subsidiariedade, seria, nesta medida, inconstitucional.

4.2. Caráter principal: critério constitucional

O novel instituto não se contém em área residual ou subsidiária porque a compreensão da Carta Constitucional não oferece qualquer indício para que assim se pudesse interpretar a posição do instituto no sistema. Trata-se de entendimento sem base constitucional e, nessa linha, permitiria igualmente atribuir caráter secundário à ação direta de inconstitucionalidade, porque é opção nitidamente arbitrária. Afinal, tanto esta quanto a argüição de descumprimento são formulações do mesmo poder constituinte e estão incorporadas a um mesmo documento, do que decorre sua idêntica estatura jurídica. O mero acompanhamento da evolução histórica do controle concentrado, em que se averigua a existência da ação direta e não da argüição, jamais seria argumento suficiente para sustentar, validamente, no âmbito jurídico, a prevalência de um instituto sobre o outro, no Direito Positivo atual, como parecem

sustentar a maioria dos manuais de Direito Constitucional que se debruçaram sobre o assunto. Este é o argumento da “prioridade temporal” (DIMOULIS, 2003: 92). Não seria argumento de todo desconhecido da hermenêutica constitucional, mas representa caminho de há muito abandonado, o privilegiar exclusivamente, e de maneira acrítica, com reprodução mecânica, elementos históricos. A orientação para a compreensão do espaço próprio deste novel instituto não pode ser tão simplista, ignorando revelações dogmáticas e demandas do modelo.

A argüição é medida tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade — ou até de relevância superior, se se quiser atentar para a “qualificação” das normas constitucionais tuteladas (apenas os preceitos fundamentais da Constituição). A afirmação tem como fundamento a posição constitucional do instituto. No próprio art. 102 da Constituição encontra-se a regra matriz tanto da argüição como da ação direta, ambas presentes no texto original da Constituição de 1988.

Quando a Constituição trata da ação direta, estabelece que esta se refere ao caso de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual. Quando a Constituição trata da argüição, estabelece que esta se refere ao caso de descumprimento de preceito fundamental da Constituição. Esta é a situação que deflagra, legitimamente, o cabimento da ADPF: a violação de preceito fundamental. Trata-se de utilizar o que alguns identificaram como sendo o critério da especialidade, que, como mencionado anteriormente, é um argumento exclusivamente constitucional, que procura apurar o espaço que a própria Constituição reservou à ADPF. Mas não é de todo equivocado afirmar que a contemplação constitucional desses dois institutos deixa margem para um possível

choque (no sentido de duplicidade) entre ambos; nem por isso é necessário resgatar o peso histórico de um instituto para promover uma interpretação que evite o atrito. O critério da especialidade atende melhor a esse desiderato.

4.2.1. Restrição legal: entre a subsidiariedade, complementaridade, caráter residual ou secundário

Não obstante tudo quanto foi dito acerca da posição e extensão do instituto, à primeira vista, a Lei da Argüição (Lei n. 9882/99) parece pretender amesquinhar-lhe a dignidade, ao dispor em seu art. 4º que “§ 1º Não será admitida a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

A interpretação da lei poderia ser encontrada no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da argüição *também* (além da hipótese principal conforme a especialidade que restou delineada acima) em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada, o que permitiria o cabimento diretamente pelos interessados (abertura de legitimidade ativa) e/ou o cabimento em face de atos privados violadores de preceitos constitucionais fundamentais (abertura máxima quanto ao objeto). Apesar de ser uma interpretação consentânea com o posicionamento assumido anteriormente (o posicionamento constitucional do critério da especialidade), acabaria por ampliar demasiadamente o cabimento da ADPF, tornando o instituto um sucedâneo geral para os casos de inexistência de mecanismos específicos.

Considerando o precitado dispositivo da Lei, a

doutrina vislumbrou ali uma cláusula de subsidiariedade (nome adotado pela doutrina para sintetizar a essência do dispositivo transcrito), num sentido amplo, por vezes incluindo a idéia de subsidiariedade como cabimento pós-esgotamento dos demais mecanismos, por vezes subsidiariedade como cabimento residual, nas hipóteses para as quais não há outro mecanismo previsto (significado comum de reforço, no caso, reforço do modelo de controle da constitucionalidade)⁴.

Parece certo que o princípio da subsidiariedade, criado exclusivamente pela legislação de regência (e não pela Constituição), pode acabar sendo aplicado para manter-se o *status* histórico da ação direta de inconstitucionalidade, reservando à ADPF apenas um papel “secundário” (outo sentido vulgar de subsidiariedade), com a finalidade de colmatar as lacunas do modelo brasileiro de controle proteção (geral) dos preceitos constitucionais fundamentais. Este tipo de interpretação do transcrito dispositivo não deixa de causar certo embaraço, embora pareça ser o objetivo da legislação amesquinhar a ADPF e reduzi-la a um *status* secundário.

O embaraço está na circunstância de que sempre haverá algum meio capaz de sanar a lesividade a preceito fundamental. Isso porque o modelo brasileiro admite o controle judicial difuso-concreto amplo, a ser realizado no seio de qualquer meio judicial “comum”. Assim, a análise preliminar da subsidiariedade como cabimento residual levaria a uma conclusão genérica pela impossibilidade imanente do uso da ADPF. Se a Lei exclui o cabimento da ADPF quando houver “qualquer outro meio”, e sendo um meio eficaz o controle difuso-concreto promovido em qualquer ação comum (individual ou coletiva), o uso da ADPF restaria bloqueado. “A ADPF

⁴ Foi Dimitri Dimoulis que chamou a atenção para essa divergência doutrinária e jurisprudencial, que não é meramente terminológica (cf. DIMOULIS, 2003: 90-2).

teria, assim, um papel marginal e inglório” (BARROSO, 2006: 253).

Automaticamente se invocaria como única interpretação viável de subsidiariedade a idéia de cabimento após esgotamento das demais instâncias e mecanismos.

Com base nessa construção, negou-se seguimento à ADPF n. 3, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra reiteradas decisões do Tribunal de Justiça desse Estado – em sede de mecanismo processual estadual denominado *reclamação* – que favoreciam servidores prejudicados com o regime instituído pela EC n. 19, de 04/06/1998. Compreendeu-se que ainda haveria outros meios judiciais aptos a sanar a lesividade, ajuizáveis frente à própria Corte estadual (agravo regimental, mandado de segurança) e perante o STF (ADIn em face dos dispositivos da Constituição do Estado e do Regimento Interno do TJ que instituía a Reclamação)⁵.

Indeferiu-se, de plano, da mesma forma, a ADPF n. 12, ajuizada contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que mantinha cassação de segurança concedida para declarar nula a eleição para a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa catarinense. Nesse caso, o relator da ADPF, Min. ILMAR GALVÃO, compreendeu ser cabível o agravo regimental, que, inclusive, havia sido interposto e aguardava julgamento⁶.

Registre-se, ainda, a ADPF n. 18, cujo objetivo era desconstituir ato de Governador, pelo qual se determinava a lavratura de ato de demissão de policial civil. Negou-se seguimento à argüição porque não fora exaurida a via ordinária, na qual se pleiteava a mesma tutela: “Se ainda não ocorreu o cumprimento da decisão judicial do primeiro grau referente à tutela antecipada

⁵ ADPF 3 QO/CE, Min. rel. Sydney Sanches, j. 18 maio 2000.

⁶ ADPF 12/DF, Min. rel. Ilmar Galvão, j. 20 mar 2001.

concedida, também, não seria a medida judicial ora ajuizada no STF a via adequada a assegurar a imediata execução do *decisum*⁷.

Observe-se que, em todos esses casos, a subsidiariedade chegou a ser testada no âmbito das ações e recursos processuais subjetivos. Subsidiariedade, aqui, é a idéia de que “a ADPF não deve perturbar os preexistentes mecanismos de controle da constitucionalidade” (DIMOULIS, 2003: 90). Em outras palavras, transparece a tese de que após o esgotamento das vias ordinárias haveria, ainda, a possibilidade de propositura da argüição. Essa interpretação, contudo, considera a chamada cláusula da subsidiariedade, como mencionado inicialmente, como um esgotamento de instância jurisdicional, alocando a ADPF como mais um instrumento, complementar aos existentes, desde que esgotadas as demais possibilidades existentes. Nessa medida, permite a leitura da argüição como uma espécie “recursal” final, após o exaurimento de mecanismos existentes. Assim compreendida, a ADPF seria um mecanismo de achincalhamento da Justiça brasileira.

Há, na doutrina, quem sustente, nessa exata linha de pensamento, que se ainda couberem ações ou recursos (individuais ou coletivos) não caberá nesse momento a ADPF e, após se verificar eventual ineficácia prática desses mecanismos, poder-se-á utilizar a ADPF. Nesse sentido parece posicionar-se Alexandre de Moraes, seguindo alguma das diversas decisões distintas do STF na matéria: “o princípio da subsidiariedade exige, portanto, o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceito fundamental (...) Caso os mecanismos utilizados, de maneira exaustiva, mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da argüição” (MORAES, 2006: 734). Ora, esgotamento de

⁷ ADPF 18 AgRg/CE, Min. rel. Néri da Silveira, j. 24 set. 2001.

vias existentes (como mandado de segurança, *habeas data* e ações comuns em geral nas quais se realiza o controle concreto de constitucionalidade) pressupõe que há mecanismos (vias) existentes para sanar a suposta lesão. Se o interessado ou lesado não obteve êxito, nas ações e processos que promoveu, por esse raciocínio, poderia fazer uso de novo instrumento, a ADPF.

O argumento não procede. Não se deve olvidar que a Lei não fala em subsidiariedade, mas sim em não cabimento no caso de haver outro instrumento capaz de sanar a lesão ao preceito fundamental. Logo, o problema dogmático não está em interpretar o polissêmico termo “subsidiariedade”, mas sim o dispositivo transcrito anteriormente, que só admite o cabimento da ADPF quando não houver outros mecanismos (“outro meio eficaz”). Se estes existem, não cabe a ADPF (após exaurimento dos mecanismos que existem). Esgotamento dos meios existentes (e eventual sucumbência, falha de decisão, etc.), como quer parte da doutrina e sinalizou inicialmente o STF, não é a mesma coisa que não existência de meios, como declara a Lei.

Ademais, constatando que, em todos mecanismos existentes e exercitáveis por qualquer interessado, a discussão constitucional pode ser reconduzida ao STF, fica difícil imaginar uma ineficácia desses mecanismos que não seja uma ineficácia do próprio STF (o que levaria a um critério circular – em torno do próprio STF – de cabimento da ADPF). A única ressalva ocorreria se os próprios limites formais da ação (desenho constitucional ou legal da mesa) fossem os responsáveis por essa ineficácia das decisões finais (por exemplo, no mandado de injunção não se supre a omissão). Contudo, nesta única hipótese consistente de ineficácia dos mecanismos existentes, que geraria uma situação de

subsidiariedade supostamente consistente, esta conclusão já poderia ser antecipada independentemente de se percorrerem as vias existentes, porque o problema é de limites do próprio mecanismo ordinário; eles já são conhecidos *a priori*, independentemente do uso efetivo (esgotamento) do mecanismo e, pois, não podem impedir o cabimento da ADPF. Como bem colocou Luís Roberto Barroso: “A subsidiariedade será ilegítima se for tomada em sentido literal radical, tornando imprestável a argüição. Trata-se, portanto, de uma questão de razoabilidade da interpretação” (BARROSO, 2006: 252). É possível, em face da atual modelagem do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, sustentar, como se verá adiante, a interpretação conforme a Constituição do disposto no §1º do art. 4º da Lei n. 9882/99.

Parte da doutrina, mais atenta às complexidades do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e as múltiplas imbricações dos diversos mecanismos, também percebeu a dificuldade. Lenio Streck concluiu, nesse sentido, “que a exigência que a lei regulamentadora faz do esgotamento das vias judiciais pode tornar a ADPF inócua e desnecessária, uma vez que existe o recurso extraordinário como meio de levar as discussões acerca da violação da Constituição até a instância máxima que é o STF” (STRECK, 2004: 813-4)

Ainda nessa linha de inconsistência da idéia de subsidiariedade como prévio exaurimento de instâncias e instrumentos, deve-se recordar que a ADPF tem legitimidade ativa restrita (embora dela participem algumas entidades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais). Isso significa que propor a subsidiariedade como prévio esgotamento dos instrumentos de controle difuso-concreto existentes significa sustentar, com certo

cinismo, que, ineficazes estes, a ADPF poderá ser utilizada. Mas não poderá, porque o interessado não pode propô-la, salvo revisão da lei ou da jurisprudência do STF no que tange à legitimidade ativa restrita. Logo, de nada adianta falar em subsidiariedade como exigência de prévio esgotamento dos mecanismos existentes se, após superar essa (inconsistente) exigência o interessado não pode usar a ADPF por haver uma outra restrição, de cunho formal, quanto à legitimidade ativa da ADPF. A doutrina que defende este posicionamento de subsidiariedade como exaurimento prévio precisaria enfrentar e solucionar este último problema da modalidade direta de argüição.

Por isso surgiu uma composição doutrinária, no sentido de acoplar, ao dispositivo em apreço, um “complemento interpretativo”, qual seja, a idéia de que não se trata de qualquer subsidiariedade, mas de residualidade dentro do universo do controle abstrato-concentrado, que compreende a ADPF como um instrumento a ser utilizado quando houver lacunas no controle especificamente abstrato-concentrado de constitucionalidade. Logo, subsidiariedade propriamente não seria (porque em todas as situações o instituto será utilizado em paralelo com as ações “comuns”); tratar-se-ia, antes, de mera opção por restringir a utilização desse novo instituto às “vagas” do sistema de controle abstrato-concentrado.

Um esclarecimento acerca do teste da residualidade foi apresentado pelo Ministro GILMAR MENDES, na ADPF n. 33 (decisão referendada pelo Plenário do STF), quando apontou a necessidade de interpretar-se o art. 4.º, § 1.º no “contexto da ordem constitucional global”. Ou seja, uma vez que a ADPF tem caráter objetivo, o meio processual que, em seu lugar, possa cumprir o efeito de sanar a

lesividade de forma eficaz, deve igualmente fazê-lo *de forma geral, ampla, imediata*. Por esse motivo, a revelação de subsidiariedade deve se dar, em especial, em relação aos demais processos objetivos previstos na Constituição (ADIn, ADIn por omissão, ADCon):

“Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da argüição de preceito fundamental. Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

“Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, no mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma plethora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias”⁸.

É importante notar, porém, que o entendimento manifestado pelo Ministro admite o cabimento da ADPF para os casos em que a impugnação do ato pela via ordinária (concreta) não seja suficiente para sanar a lesividade de forma objetiva (geral e definitiva), para “solver de uma vez por todas, a controvérsia”. Isso fica claro com o teor da decisão liminar, proferida pelo mesmo Ministro (GILMAR MENDES), na ADPF n. 76:

“(...) a ADPF é destinada, basicamente, a resguardar a integridade da ordem jurídico-constitucional. Destarte, não tendo havido qualquer impugnação dos atos singulares ordinários, que,

⁸ ADPF 33 MC/PA, Min. rel. Gilmar Mendes, j. 29 out. 2003.

reitere-se, in casu, seria apta para solver a controvérsia de forma plena, não há como justificar, na espécie, a utilização da ADPF em face do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Parece evidente que referido instituto, cuja nobreza é dispensável destacar, não pode ser utilizado para suprir inércia ou omissão de eventual interessado. Como o instituto da ADPF assume feição eminentemente objetiva, o juízo de relevância deve ser interpretado como requisito implícito de admissibilidade do pedido. Seria possível admitir, em tese, a propositura de ADPF diretamente contra ato do Poder Público, nas hipóteses em que, em razão da relevância da matéria, a adoção da via ordinária acarrete danos de difícil reparação à ordem jurídica. O caso em apreço, contudo, revela que as medidas ordinárias à disposição da ora requerente - e, não utilizadas - poderiam ter plena eficácia. Ressalte-se que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro. No presente caso, afigura-se de solar evidência a falta de relevância jurídica para a instauração da ADPF. Assim, tendo em vista a existência, pelo menos em tese, de outras medidas processuais cabíveis e efetivas para questionar os atos em apreço, entendo que o conhecimento do presente pedido de ADPF não é compatível com uma interpretação adequada do princípio da subsidiariedade”⁹.

Embora permaneça a referência à “feição eminentemente objetiva”, esta tese é usada no sentido de verificar se a medida existente seria capaz de sanar a lesividade de forma global, efetiva, atendendo ao interesse público na supremacia da Constituição. Logo, o universo de verificação do § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99 não

⁹ ADPF 76/TO, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 13 fev. 2006, original não grifado.

é apenas o do controle abstrato-concentrado, é a totalidade dos instrumentos e garantias judiciais existentes. Mas não para fins de um cabimento por sobreposição a todos demais mecanismos, quando estes falharem (na percepção do interessado, claro).

Considera-se, nessa visão, que mecanismos de controle concreto, individual, com efeitos restritos, não podem ser considerados como mecanismos principais (aptos a sanarem a lesividade de maneira eficaz), afastando a argüição, por desatendimento ao do § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99. Não porque o teste da cláusula legal restritiva seja próprio do processo objetivo, mas sim porque os mecanismos comuns do controle concreto-difuso não apresentam a “globalidade” mencionada (uma espécie de residualidade qualificada pelo resultado). E isso já pode ser constatado sem precisar aguardar o uso desses mecanismos; basta a mera verificação dos efeitos (sempre concretos) das decisões assim proferidas nessas ações comuns. Ou seja, é preciso verificar os mecanismos em termos de produção e efeitos e possibilidade (ou não) de estancar a lesão a preceito fundamental. Não basta, portanto, a existência de mecanismos que combatam a lesão a preceito fundamental. É preciso indagar acerca de sua eficácia, da força e extensão do mecanismo (de sua decisão). É necessário que haja pelo menos um mecanismo que possa apresentar “solução imediata e abrangente, nas hipóteses em que o interesse público relevante ou a segurança jurídica assim o exijam” (BARROSO, 2006: 255). Se existem mecanismos concretos mas estes só podem viabilizar o respeito a preceito fundamental para casos ajuizados individualmente, a argüição permanece como solução viável e principal. Há, aqui, nesse sentido, uma relevância da argüição, se se quiser, ou simplesmente um caráter principal da argüição.

Foi pioneira, no STF, a voz do Ministro CELSO DE MELLO no realçar que a existência de outros meios processuais (no universo do controle difuso e concentrado), por si só, não basta para que incida a cláusula do § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99. Não porque estes outros meios (comuns) devam ser pura e simplesmente (arbitrariamente) desconsiderados no teste da complementaridade ou subsidiariedade, mas exatamente porque é imprescindível que tais instrumentos apresentem real eficácia (alcance jurídico; produção dos resultados desejados) para sanar a lesividade. E este é o sentido do § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99 que deve ser adotado. Nas suas palavras: “(...) o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

“Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição”¹⁰.

Note-se, portanto, que o voto fala em “dimensão estritamente objetiva”, no mesmo sentido do voto do Min. GILMAR MENDES, ou seja, realça que a ação está inserida no contexto do controle abstrato-concentrado. Mas esta idéia é imediatamente

¹⁰ ADPF 17 AgRg/AP, Min. rel. Celso de Mello, j. 05 jun. 2002.

conectada a um específico sistema de proteção dos direitos fundamentais. A partir destas premissas é preciso aquilatar a real eficácia, das demais medidas invocáveis ou invocadas, na realização de direitos, valores e preceitos básicos, comparando-as em termos de possuírem a mesma expressividade que a decisão em ADPF.

Seguindo tal idéia, o STF, por maioria, admitiu a ADPF n. 4, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista em face da MP n. 2019-1, de 20/04/2000 (que dispôs sobre o valor do salário mínimo). De acordo com a tese que prevaleceu, a ADIn por omissão – cabível para contestar a suficiência do salário mínimo –, com sua natureza constitutiva de apenas uma mora legislativa oficial, não seria capaz de tornar efetivo o direito constitucionalmente assegurado (como efetivamente não foi). A ADPF poderia, nesse caso, gerar efeitos para além dos atribuídos pelo art. 103, § 2.º, da CF, à ADIn por omissão (dar ciência ao poder competente), resultando em medida de fato eficaz para sanar a lesão impugnada¹¹.

Note-se o alcance desta tese do § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99: há implicações inclusive no controle abstrato. Admite-se a arguição de descumprimento mesmo havendo outra ação direta (controle abstrato-concentrado) justamente porque seu teste de cabimento está mais fortemente conectado com a eficácia dentro do sistema que a ação em apreço possa oferecer (e não apenas com a presença de outra ação que possa questionar o ato impugnável mas cuja decisão final não tenha a mesma expressividade que a decisão em ADPF).

Nesse sentido, o voto do Min. rel Cezar Peluso acaba por ser esclarecedor, considerando que o § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99 “diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que

¹¹ ADPF 4, Min. rel. Ellen Gracie, j. 17 abr. 2002.

resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude que a própria ADPF”.

Portanto, a ADPF não será apenas mais um dos mecanismos de controle abstrato-concentrado da constitucionalidade dos atos normativos. Percebe-se, desta feita, que a referência, *prima facie* apertada, do art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99, quanto ao uso da ADPF, pode e deve ser abrandada – como efetivamente vem sendo – pela inserção de outros elementos, tais como a forma ampla, geral e imediata ou modo eficaz e real, ou expressividade da medida comparada com a ADPF para fins de subsidiariedade ou não.

Assim, a ADPF, consoante esta tese, parcialmente já encampada pelo STF (mas não totalmente aclarada) é sempre cabível quando houver a necessidade (interesse público na conformação constitucional do Direito) de um instrumento para combater determinada lesão à Constituição (em seus preceitos fundamentais) que não possa ser combatida (de forma definitiva, amplamente e com o mesmo grau de satisfatoriedade) por meio dos demais instrumentos jurisdicionais existentes com a mesma expressividade que o será por meio da ADPF (caso paradigmático da omissão inconstitucional), presente o interesse público nesse tipo de solução.

Impõe e corrobora essa conclusão – de que se trata de medida diferenciada dentro do controle abstrato da constitucionalidade – a referência do art. 10, da Lei, que, em seu *caput*, determina: “Julgada a ação far-se-á comunicação (...) fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”. Logo, mais do que apenas promover um controle de constitucionalidade, e declarar que determinado ato normativo viola preceito fundamental (conteúdo corrente do controle de

constitucionalidade promovido pelas demais ações diretas) é preciso que a decisão indique também como interpretar e aplicar o preceito fundamental violado. A decisão em ADPF transborda, pois, dos contornos clássicos das decisões em processo objetivo, quanto ao seu núcleo mínimo.

Entendida a subsidiariedade, de que se fala genericamente, como sendo especificamente um caso de residualidade qualificada (pelo resultado final e sua expressividade normativa), a ADPF assume caráter principal, jamais secundário (ou subsidiário). Esta tese (residualidade qualificada) deve ser compreendida em conjunto (e não como opções distintas para um mesmo problema) com a tese da especialidade (campos específicos de incidência para a ADIn e para a ADPF). Isso porque consoante o argumento da especialidade, o recorte opera no âmbito dos preceitos fundamentais. A proteção que se pode promover por meio da ADPF é apenas em relação aos preceitos fundamentais. Nesse sentido, a conclusão final acaba por ser reconduzida à idéia inicial aqui exposta de ter a ADPF caráter principal, inclusive em relação à ação direta (particularmente por força do diferencial presente na decisão a ser prolatada em ADPF, que extravasa os limites estritos do controle abstrato de constitucionalidade desenvolvido, no Brasil, por meio da ADIn)¹².

5. CONCEITO

Neste momento, já se está apto a fornecer um conceito bastante preciso da argüição de descumprimento de preceito fundamental, tendo-se realizado o estudo, até aqui, de seus principais aspectos.

¹² Tese que defendi desde o primeiro momento: v. TAVARES, 2001: 236-49.

A argüição é ação (podendo assumir a feição de incidente constitucional), de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo com eficácia final ampliada em relação aos tradicionais mecanismos de controle abstrato; tem como fundamento o descumprimento de preceito constitucional, considerado assim aquele preceito que consagre valores basilares para o Direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal, quando direta a modalidade (ou por atos normativos, quando se tratar de argüição na modalidade incidental) aplicando-se, por força de lei, o teste da subsidiariedade (sendo referencial válido, para o uso deste teste, haver no sistema judicial a possibilidade de sanar plenamente a lesão a preceito fundamental por outro mecanismo).

6.OBJETO DA ADPF

A legislação, no que tange à modalidade direta de ADPF, foi enfática ao prever, em seu art. 1º, que caberá ADPF em face de ato do Poder Público. Note-se, aqui, a extensão desse termo, que não se circunscreve apenas aos atos *normativos* do Poder Público. Portanto, e como primeira conclusão, a ADPF poderá servir para impugnar atos não-normativos, como os atos administrativos e os atos concretos, desde que emanados do Poder Público. Trata-se, já aqui, de atos não impugnáveis por via da ação direta de inconstitucionalidade.

Aplicando-se a tese de que a ADPF deve apenas colmatar as lacunas deixadas pela ADIn, devem também ser incluídos como atos sindicáveis doravante pelo novel instituto alguns atos normativos (tipicamente leis): os atos normativos editados

anteriormente a 1988, os atos normativos “secundários” e os atos normativos municipais. Isso porque representam um conjunto de atos que, embora normativos, estão à margem do controle abstrato-concentrado brasileiro.

Lembre-se, contudo, que sempre haverá de se comprovar a violação de preceito fundamental da Constituição, não de um preceito constitucional qualquer. Em outras palavras, não basta, para o cabimento (ainda que residual) da ADPF, comprovar a violação a norma constitucional. A violação deve ser de norma considerada relevante (fundamentalidade como elemento de bloqueio do cabimento da ADPF).

No que tange aos atos sindicáveis por meio da ADPF, inclua-se o já mencionado juízo de admissibilidade positivo quanto à ADPF 4, que cuidava de um caso especial de omissão inconstitucional (o que obriga a incluir também a omissão inconstitucional como uma hipótese que enseja o cabimento da ADPF).

Deve-se mencionar, ainda, o julgamento da ADPF 33, em 7 de dezembro de 2005, que, no mérito, julgou procedente, por unanimidade, o pedido de declaração de ilegitimidade de decreto anterior à Constituição de 1988, a partir da data de entrada em vigor desta (sem se pronunciar sobre o período anterior, mantendo a orientação, aqui, de que o controle abstrato não serve à tutela da Constituição anterior, mas apenas à atual). Esse caso é importante na medida em que demonstra o cabimento da ADPF tanto em face de atos anteriores a 1988 como em face de decretos. No mesmo sentido já havia sido a posição do STF, embora em juízo de admissibilidade, quanto ao Código Penal (anterior a 1988), no caso do feto anencéfalo (ADPF 54) e quanto ao suposto monopólio dos

correios (ADPF 46), que examina a suposta recepção de lei anterior a 1988 (Lei n. 6538/78).

7. DO JULGAMENTO E DOS EFEITOS DA DECISÃO

O quórum de instalação da sessão de julgamento, o quórum para julgamento e os efeitos da decisão obedecem o padrão geral do processo objetivo, já analisado. Assim, inicia-se o julgamento desde que presentes oito ministros (art. 8º da Lei n. 9.882/99), e, para a decisão, exige-se o voto de pelo menos seis dos ministros.

Lembre-se, ainda, do já referido art. 10, da Lei, que diferencia o conteúdo da decisão em ADPF do conteúdo das demais decisões de controle abstrato-concentrado de constitucionalidade: “Julgada a ação far-se-á comunicação (...) fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”

A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99), alcançando, na dicção da lei, “os demais órgãos do Poder Público”, o que tornaria, nesse ponto, a decisão em ADPF, mais ampla que a proferida em ADIn ou ADC, nas quais a vinculação opera “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Cumprir observar, aqui, que a EC n. 45/2.004 teve evidente preocupação em sistematizar, harmonizar e constitucionalizar os elementos das diversas ações diretas (como legitimidade ativa e efeitos das decisões), mas olvidou-se, por completo, da ADPF, cuja regulamentação permanece apenas na legislação especial mencionada.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e Silêncios Constitucionais no exemplo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. p. 79-99.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.