



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO

DIREITO PÚBLICO

MIRELLA VASCONCELOS DE ARAÚJO NOGUEIRA

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SUA
FUNCIONALIDADE**

Salvador

2018

MIRELLA VASCONCELOS DE ARAÚJO NOGUEIRA

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SUA
FUNCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Direito Público, Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em direito público.

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO**MIRELLA VASCONCELOS DE ARAÚJO NOGUEIRA****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SUA
FUNCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau em Especialista
em Direito Público pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

A toda a minha família e amigos, por
todo apoio despendido

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Gabriel Marques, por ter me apoiado, me dando as diretrizes e a luz para que pudesse trilhar o caminho até a conclusão deste trabalho, acreditando sempre ser possível. A minha família e amigos, não tenho palavras para expressar a minha gratidão pelo auxílio nas horas mais difíceis. A todos os que foram envolvidos neste processo de alguma forma, a minha eterno gratidão.

“A força do direito deve superar o direito da força.”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de questionar e analisar a funcionalidade da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei número 9.882 datada de três de dezembro de 1999, a jurisprudência e entendimentos do Supremo Tribunal Federal e as propostas teóricas de Gabriel Dias Marques da Cruz e de André Ramos Tavares. Para isto, discorreremos sobre o histórico do controle de constitucionalidade no Brasil e no Mundo, analisaremos as todas as Constituições brasileiras e suas mudanças ao longo dos anos frente ao instituto do controle de constitucionalidade, trazendo todas as suas inspirações de conteúdo e práticas advindas de outros países, através do direito comparado. Observando a importância da arguição de descumprimento de preceito fundamental, foco máximo deste trabalho, trazendo todo o seu aparato, processual, seu conteúdo material, as controvérsias e dúvidas sobre esta ação, além de conceitua-la semanticamente. Ao fim, uma análise crítica será feita sobre as teorias apresentadas pelos ilustres doutrinadores já colocados e sobre a funcionalidade do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental na atualidade.

Palavras-chave: Arguição de descumprimento de preceito fundamental; controle de constitucionalidade; Funcionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
2.1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO	12
2.2.1 Condições de aplicabilidade das normas constitucionais	17
2.2 DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	19
2.2.2 Características e instrumentos do controle de constitucionalidade	24
3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	34
3.1 DIREITO COMPARADO	37
3.2 CONCEITO SEMÂNTICO	39
3.2.1 “Arguição”	40
3.2.2 “Descumprimento	40
3.2.3 “Preceito Fundamental”	41
3.3 OBJETO DE CONTROLE DA ADPF	44
3.3.1 Atos normativos e não normativos	45
3.3.2 Atos municipais	46
3.3.3 Atos anteriores a Constituição de 1988	47
3.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADPF	48
4 TEORIAS SOBRE A FUNCIONALIDADE DA ADPF	57
4.1 TEORIA APLICADA POR ANDRÉ RAMOS TAVARES	58
4.2 TEORIA APLICADA POR GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ	60
4.3 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS TEORIAS E A FUNCIONALIDADE DA ADPF ..	64
6 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional é um dos mais importantes ramos do direito, porquanto que trata da proteção dos direitos, princípios e regras mais fundamentais de todo o ordenamento.

A Constituição é a base do Estado democrático que existe hoje no Brasil, base nuclear da sociedade e seu funcionamento. Todo o ordenamento jurídico tem como fonte precípua o texto constitucional e pode-se dizer que assim o é desde muito antes do Constitucionalismo moderno.

A noção de Constituição existe pois, desde o tempo dos gregos e romanos, pois, todo estado precisava de normas de organização e fundamentais. Com a evolução das sociedades a Constituição foi tomando contornos cada vez mais essenciais, abarcando cada vez mais normas de fundamental importância para as pessoas e para o Estado em si.

Surge então, na era moderna, o Constitucionalismo, movimento que consagrou a constituição como norma suprema do ordenamento jurídico, em que, todas as outras normas (em sentido generalizado), deveriam observar seu conteúdo e toma-lo como parâmetro.

Este estudo se propõe a entender a importância da Constituição e do movimento da constitucionalidade no mundo moderno, através do aperfeiçoamento de técnicas e fiscalizações provenientes do poder público, para que não houvesse violação de tão importante texto.

A Constituição brasileira, por ser uma constituição analítica, traz em seu bojo uma enorme e massiva gama de direitos fundamentais, princípios fundamentais e organizacionais do estado, tais como o federativo e por isto, foi criado, com inspiração em diversos outros sistemas estrangeiros, um sistema próprio brasileiro de controle de constitucionalidade.

Dentro deste sistema vislumbramos o foco maior do nosso estudo será a Arguição de descumprimento de preceito fundamental, seu objeto, seus aspectos processuais, suas influências estrangeiras e sua relevância e funcionalidade nos dias atuais.

Então, no primeiro capítulo deste estudo, traçaremos um panorama histórico das constituições e suas características em todo o mundo, além de explanar sobre a supremacia constitucional e o movimento do constitucionalismo, seu momento atual e seu surgimento.

Ainda neste capítulo, falaremos especificamente sobre o Controle de Constitucionalidade no Brasil, para tal explanaremos o seu surgimento a partir da história das Constituições brasileiras, pontuando suas evoluções e retrocessos neste aspecto a cada nova Carta federal desde o ano de 1824.

Encerrando o primeiro capítulo traremos dos instrumentos utilizados no controle de constitucionalidade atualmente, tanto no que se refere aos ditos remédios constitucionais, através do controle difuso, como quanto as ações utilizadas no controle concentrado, explanaremos cada um destes e suas específicas funções.

No segundo capítulo adentraremos de fato no foco deste trabalho, traçando dentro de um contexto histórico o surgimento do da Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por ser um instituto que passou alguns anos sem uma regulamentação complementar, tiveram muitos projetos anteriores ao que se apresenta nos dias de hoje, por isso, é importante trazermos todo este aparato.

Além da historicidade desta ação, neste mesmo capítulo apresentaremos suas inspirações no direito comparado, trazendo como exemplos o direito alemão, espanhol, dentre outros.

Após este aspecto histórico, apresentaremos o conceito semântico da ADPF, sendo de sem igual importância, por ser bastante controverso o alcance e significado dos termos que a compõe, por exemplo, “preceitos fundamentais”. Para quem deste, trataremos sobre o objeto e os aspectos processuais inerentes a esta ação específica.

No quarto e último capítulo exporemos teorias de dois brilhantes autores, Gabriel Dias Marques da Cruz e André Ramos Tavares, acerca das mudanças necessárias da ADPF frente ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. E por fim, faremos uma análise crítica sobre as então teorias, e sobre a funcionalidade da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nos dias atuais.

A importância deste estudo advém do aprofundamento que será trabalhado dentro das mais diversas controvérsias dos institutos do Controle de Constitucionalidade e mais especificamente da ADPF, para que possamos analisar as soluções apresentadas pelos doutrinadores em suas duas teorias, e criticamente confrontá-las. Aqui não pretendemos chegar a soluções, mas sim, explanar todo uma situação problema, com dados, jurisprudência e doutrina, e dar a nossa opinião sobre o funcionamento atual da ADPF.

2 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os três poderes são a base do Estado, o poder legislativo, responsável pela efetiva criação das leis através das casas legislativas, o poder executivo, aquele que tem as funções de chefiar o Estado, o governo e a administração pública, conduzindo as atividades dos mesmos, tanto internas, quanto externas. Já o poder judiciário é aquele que tem uma maior interação direta com o cidadão, através da sua atividade jurisdicional, criando, declarando e realizando o direito dentro do caso concreto.

O poder judiciário, atualmente, encontra-se em um patamar muito alto de importância para a vida da sociedade como um todo. O controle de constitucionalidade, se faz essencial para a defesa dos direitos dos cidadãos em face do poder estatal e da própria sociedade, através da busca incessante por justiça e igualdade.

Sendo assim, trazer um aparato histórico se torna fundamental para que se possa entender como o controle de constitucionalidade foi construído, como os institutos surgiram e chegaram ao que se tem hoje, legislativamente falando.

Antes de adentrar nas nuances da problemática deste trabalho, cabe analisar a semântica, os aspectos processuais e objetos da ADPF, para que ao fim, se possa analisar criticamente a sua funcionalidade dentro do contexto atual brasileiro.

2.1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O CONSTITUCIONALISMO

Este primeiro capítulo trata da acepção constitucional de supremacia, de norma hierarquicamente superior a todas as outras dentro de um contexto global e particular de cada Estado, o motivo da sua importância e como foi construída e galgada esta trajetória até os dias de hoje.

“A constituição é norma organizativa da sociedade política e estatal”, diria Manoel Jorge e Silva Neto (2013, 8 edição), sendo por tanto onde se encontram as normas, princípios e direitos mais essenciais existentes no macro sistema brasileiro. Torna-

se, assim, clara, a sua hierarquia diante de todos os demais, tanto material, quanto formalmente.

Materialmente falando pode-se inferir que a sua supremacia advém da submissão de todo o sistema ao conteúdo desta. No aspecto formal, tem –se que para que as normas constitucionais existam, é necessário um tramite legislativo mais cuidadoso, demorado e criterioso.

Para o sociólogo Ferdinand Lassalle (2012, pg 24) a Constituição “real e verdadeira” sempre existiu, não sendo uma criação dos tempos modernos.

Dirley da Cunha Junior (2012, pg 27) o complementa afirmando que a ideia de constituição é mais antiga do que o próprio constitucionalismo em si, vislumbrando como um movimento político- constitucional que trouxe a necessidade de algo que regulamentasse este fenômeno. Para este, “sempre houve e sempre haverá um complexo de normas fundamentais que dizem respeito com a sua estrutura, organização e atividade” (2012, pag. 27).

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, pg 1193) traz que a “constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político”.

Aristóteles, um filósofo extremamente visionário para sua época, trazia que existiam normas que constituíam o próprio poder, organizando e fixando as bases do próprio Estado e normas comuns, que regulamentavam a vida social no seu todo. (CUNHA JUNIOR, 2012, pg 28)

Sendo assim, pode-se concluir, que sempre existiu um poder maior regulador da sociedade, um conjunto de normas respeitadas, porém, não necessariamente escritas. Um fenômeno social e político chamado constitucionalismo antecede logicamente a própria ideia de constituição física.

Importante trazer uma cronologia, que se faz necessária para que possa se entender o caminho trilhado pelo constitucionalismo. Pós Grécia antiga, este perpassou também o Estado absolutista, onde as normas prescindiam a vontade única do soberano, até a revolução francesa, em que se apresentava através do chamado constitucionalismo clássico, conforme entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, base de uma ressignificação social inaugurando teorias de separação de funções estatais e liberdades públicas.

Sob o prisma do ilustre doutrinador:

“Na França, as ideias iluministas transportadas para o contexto político ensejaram o surgimento da *rationalization du pouvoir*, ou racionalização do poder, que significava simplesmente a necessidade de consolidação dos direitos individuais e da tripartição das funções estatais nas constituições” (2013, p. 97 curso de direito constitucional, ed. 8)

Neste entremeio a Declaração francesa, o *Bill of Rights* e a própria constituição Americana de 1787, inauguraram uma era em que a sociedade começou a se preocupar e entender a importância dos direitos individuais.

Dirley da Cunha Junior (2011, pag. 36), vislumbra como ápice do constitucionalismo moderno os importantes marcos trazidos acima, afirmando que este fenômeno político se vincula necessariamente a uma ideia de constituição escrita e que tem como fundamental no seu corpo normativo a organização e limitação do poder estatal, através do estabelecimento de direitos e garantias fundamentais.

O doutrinador afirma que para que obtivesse o efeito desejado, de limitação e controle, precisaria ser uma constituição escrita e rígida, hierarquicamente superior a todas as outras normas. (2011, p. 37)

Visualiza-se aqui uma discrepância de denominações, o constitucionalismo clássico e o moderno se confundem em suas acepções e momentos históricos. Os ilustres doutrinadores não se contradizem, pois, para Manoel Jorge e Silva Neto o chamado constitucionalismo clássico é uma das influências presentes do constitucionalismo moderno, no qual ainda vislumbra mais uma etapa, o constitucionalismo social (2013, p. 100). Ao ver de Dirley da Cunha Junior, o constitucionalismo moderno abrange estes dois últimos. Ou seja, é apenas uma diferença meramente formal de cada autor.

O constitucionalismo moderno ou clássico, se confunde com o momento da Europa em uma efusão no estado liberal, em que Adam Smith e os Iluministas se uniram, para vislumbrar um poder que não deveria intervir nas relações econômicas e ao mesmo tempo traria os direitos individuais do cidadão. Já nas Américas, era pressuposto básico da independência, através de uma mudança drástica, para o rompimento da velha ordem de dominação, fazendo com que a constituição fosse um marco necessário. (Dirley, 2011, p 38)

Em uma próxima etapa a grande Primeira Guerra Mundial surge para declarar o colapso do Estado Liberal, fazendo surgir uma nova ordem mundial. O que antes poderia ser classificado como não intervencionista e liberal, se transmutou para intervencionista e social. Se constituiu o Estado do Bem-Estar Social. (Dirley, 2011, p 39)

O constitucionalismo social, estabelecido, trazia a sua constituição com a função de atuar como sendo a norma hierarquicamente superior do Estado e além disto, unir fatores econômicos, sociais e políticos em seu conteúdo. (Manoel Jorge, 2013, p. 102)

Importante frisar que este marco, também foi influenciado pelo povo, pelas revoluções que aconteceram, a exemplo da Russa e da Mexicana. Cidadãos que não aguentavam mais serem explorados pela força do capital.

Para Manoel Jorge e Silva Neto o constitucionalismo social tem suas bases em três elementos: sociológico, político e jurídico.

“Fundamento sociológico. Funda-se nos movimentos sociais contestadores da estrutura vigente, cujo exemplo mais marcante é a Revolução Socialista Soviética. Fundamento político. É o resultado da decisão adotada pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte. Fundamento Jurídico. Radica-se na necessidade de introduzir na constituição os elementos sociais, como forma de expressar mais marcadamente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim para impedir, inviabilizar ou dificultar a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.” (2013, p. 104)

No Brasil, a Constituição de 1934 teve como parâmetro todo esse turbilhão de mudanças, trouxe em seu corpo delimitações do Estado intervencionista, concatenando direitos e estabelecendo segundo doutrinador Dirley da Cunha Junior “uma conjugação de democracia liberal e democracia social” (2011, p. 39).

Por um outro ângulo, a sociedade já tinha alcançado muito do que anos de luta preconizavam, como conteúdo e as próprias Constituições escritas, porém, ainda se vivia em um Estado em que o que importava não era a justiça em si, mas apenas a legalidade.

Dirley da Cunha Junior define como Estado Legislativo de direito, a questão maior era a validade das leis, a forma e quem as produzia, o princípio da legalidade era pressuposto. (2011, p 40)

A segunda Grande Guerra Mundial e o horror que o mundo conseguiu viver e deixar acontecer, através dos acontecimentos de uma ideia de supremacia ariana alimentada pelo Estado Nazista Alemão, foi um marco para mudanças.

Assim como na primeira grande guerra, o mundo entendeu que era necessário mudar, o ser humano deveria ser o foco principal de todo o sistema.

O neoconstitucionalismo surge então, para afirmar que a dignidade da pessoa humana é o fundamento precípua, inaugurando uma nova ordem jurídica. (Dirley, 2011, 40 pg)

O movimento neoconstitucionalista surge como revolucionário, estabelecendo as bases necessárias para que a Constituição alcançasse o patamar que a tornaria algo muito maior que apenas uma mera “hierarquia superior”.

Importa trazer o entendimento do ilustre doutrinador Dirley da Cunha Junior, que em poucas palavras apresenta com perfeição a resignificação deste novo movimento:

O neoconstitucionalismo, portanto, - a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social (...) (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas(...) (2011, p. 41)

A partir da Constituição Alemã de 1949, pós segunda guerra mundial, e especificamente no Brasil a partir da Constituição de 1988, deu-se início ao que os doutrinadores chamam de constitucionalização do direito. Nada mais significativo para o momento vivido pelo mundo, do que uma mudança de olhar sobre o sistema jurídico, agora submetido aos ditames de uma Constituição completa.

Para José Gomes Canotilho: “(1) as normas de direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*) (...) afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (...)” (2003,. pg 137)

Sendo assim, pode-se concluir, que por ser norma suprema, sua validade se constitui pelo seu processo de construção e produção e não toma como parâmetro nenhuma norma interna do ordenamento jurídico.

Aquém disto, estas normas se tornam fonte do direito infraconstitucional. Se torna fundamento precípua para a base contéudística e formal de todas as normas e princípios do sistema.

Um ponto extremamente essencial desta mudança foi a transformação da Constituição para um texto normativo – axiológico, reconhecendo a existência de princípios intrínsecos e extrínsecos que são norteadores.

As espécies reconhecidas de normas constitucionais seriam agora os princípios e as regras. Os princípios representados pelas normas que em seu bojo trazem os valores fundamentais, as bases para todo o sistema, além de contarem com uma maior abstração em sua interpretação. Para Jorge Miranda, parafraseado por Dirley da Cunha Junior (2011, 5 ed, 150) estas normas seriam normas- princípios, se diferenciando das normas- disposições, que seriam as regras, mais objetivas e densas.

Para que estas normas possam ser então aplicadas, foram criados umas serie de critérios, chamados de condições de aplicabilidade da norma constitucional. De extrema essencialidade pensar sobre esta, pois, a partir do momento em que a constituição se faz aplicável, se faz existente e presente a todos os seus destinatários, existe uma unidade de supremacia.

2.1.1 Condições de aplicabilidade das normas constitucionais

Para a plena realização da constituição, se impuseram condições, para que as normas pudessem ser aplicáveis à sociedade, atingindo o seu objetivo precípua, de permear a todos.

A primeira condição de aplicabilidade das normas, é a validade, em conjunto com a legalidade, formam um conjunto essencial. Para que uma norma seja válida, é preciso que a mesma seja validada por uma norma de superior hierarquia, no caso a Constituição, norma suprema da ordem jurídica brasileira, material e formalmente.

Para que uma Constituição possa ser válida e legítima, tem-se que como critério o poder que lhe constituiu. Para Dirley da Cunha Junior (2011, p. 149):

“ (...) Como norma suprema de uma ordem jurídica, fundamenta-se por sua vez, em um poder legítimo cujo titular é o povo, ou seja, o poder constituinte, entendido como poder político soberano, de caráter inicial, sem limites, autônomo e incondicionado, que cria e elabora a própria constituição.”

Aqui cabe trazer um pequeno histórico sobre o poder constituinte, que teve sua origem na Convenção da Filadélfia no ano de 1787, transformando-se ao longo do tempo e chegando no que atualmente temos hoje no estado de direito.

Para Luzia Cabral Pinto (2000, p. 11): “Não se pode, no entanto, subestimar a importância da teorização do poder constituinte como fundamento originário da ordem constitucional do Estado: essa teorização teve o mérito de trazer a constituição do inconsciente político e social para o consciente jurídico e para o discurso crítico da legitimação”.

Entendendo um pouco melhor o pensamento da autora, observa-se que, na verdade, o poder constituinte sempre existiu nos Estados, porém, a partir do momento que se teoriza, conforme coaduna André Ramos Tavares, se tem a necessária evidência, impedindo que a elaboração do documento maior, a constituição, viesse a ser vista como de ordem divina ou sem parâmetros.

Ou seja, a partir do momento que existe a teorização do poder constituinte originário, este se a vontade de um povo, e sendo assim, atribui-se a Constituição, documento maior produzido por este, legitimidade e validade.

A segunda condição para a aplicabilidade das normas constitucionais é a eficácia, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos.

Fazendo um paralelo relevante, diferencia-se aqui a vigência da norma, isto é, quando ela é válida, enquanto que a sua eficácia se refere a sua real efetividade. Ao ver do Ilustre Doutrinado Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito: “que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma conexão” (CUNHA JUNIOR, 2012, pg 11/12).

Sendo assim, não existe norma válida sem que seja eficaz, pois assim, esta perde totalmente o seu significado e propósito.

Estas três condições para a aplicabilidade da norma constitucional são de extrema importância para que se possa, a partir daqui, adentrar de fato no bojo deste trabalho, pois estes são os pressupostos básicos para o controle de constitucionalidade, que resultara em uma análise específica da ADPF.

2.2 DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade dentro da era moderna, após a constitucionalização dos direitos, do neoconstitucionalismo e outros tantos acontecimentos, cresceu em importância e essencialidade.

O Brasil passou por diversas fases dentro deste contexto, sendo influenciado pelos dois sistemas então existentes, e foi sendo construído e moldado através dos anos, tendo sua maior mudança na Constituição de 1988.

Os doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Branco (2015, p. 1076) nos afirmam que a Constituição imperial de 1824 não trazia nenhum sistema específico para o controle constitucional, sendo uma tarefa do legislativo a produção, interpretação e revogação das leis.

Já a Constituição de 1891 juntamente com o regime republicano trouxe a influência norte americana, através de Rui Barbosa, inaugurando o modelo de controle de constitucionalidade difuso (Mendes; Branco, 2015, p. 1077).

A Constituição provisória de 1890 já apresentava em seu art. 58:

“Art. 58: §1º Das sentenças da justiça dos Estados em ultima instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) Quando se questionar sobre a validade, ou aplicabilidade de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado for contra ella; b) Quando se contestar a validade de leis e actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos os actos , ou leis impugnadas.”

Então, ao surgir a Constituição de 1891 já incorporara a competência do Supremos Tribunal Federal para análise da validade e aplicabilidade das leis federais e tratados internacionais e ainda, em ultima instância das leis estaduais. E ainda, a

competência dos Tribunais Estaduais de também poder exercer o controle, não aplicando as leis as quais não consideravam validas constitucionalmente.

Anos depois, foi publicada a Constituição de 1934, que inovou mais. Mantendo o controle judicial difuso e incidental da constituição, como já conhecido, porém, trouxe um viés interessante, o qual envolvia o senado federal.

O procedimento funcionava da seguinte maneira: A inconstitucionalidade apenas poderia ser declarada pela maioria absoluta nos Tribunais, com isso, quando o Procurador Geral da República comunicasse este fato ao Senado Federal, o mesmo tinha a competência para suspender a aplicabilidade daquela norma, ato, deliberação ou regulamento, total ou parcialmente. Esta ação foi chamada de ação direta interventiva, trazendo para o sistema brasileiro o primeiro passo para o controle concentrado.

Aquém disto, a Constituição manteve em seu bojo, a restrição à participação das mulheres na política, o que para Manuel Jorge e Silva Neto (2013, pg. 122) “uma característica desaprova a legitimidade de qualquer regime democrático: a negativa da participação das mulheres no processo político”.

Em um ato político do Estado Novo, comandado por Getúlio Vargas, o senado e o congresso nacional foram dissolvidos e uma nova Constituição foi imposta ao povo.

A Constituição de 1937 foi contraditória, para José Afonso da Silva (2005, p. 83), tinha como principal meta fortalecer o poder executivo. Para este “Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, como todo Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por meio de decretos(..)”.

Ao ver de Dirley da Cunha Junior (2013, 103), a Constituição Federal de 1937 manteve o modelo de controle trazido na Constituição Federal de 1891, porém, como demonstrado, o poder do judiciário foi reduzido, imprimindo uma supremacia do Poder Executivo em decidir em instancia final sobre as decisões tomadas pelo Tribunal. Sendo assim, como o Poder Legislativo tinha sido dissolvido, o próprio Presidente da República através de decreto lei tomava sua decisão.

Para Manuel Jorge e Silva Neto (2013, pg. 123), houve uma centralização clara do poder, sendo por ele dita como “antidemocrático”. Traz também que a constituição

apresentava um problema formal em sua vigência, pois, para que pudesse ser concluído deveria ter existido um plebiscito, que nunca aconteceu. Sendo assim, formalmente, esta Constituição nunca entrou em vigor.

O Estado novo acontecia em um momento delicado do mundo, e que ocorria a segunda grande guerra mundial, através do estado autoritário de Hitler e do fascismo de Mussolini, que causaram o holocausto e a morte de milhões de pessoas.

Após o final deste grande massacre, o mundo estava pronto para retornar à democracia, almejando nunca mais ter de viver as barbáries ocorridas. No Brasil não foi diferente, Getúlio Vargas enviou ao Congresso uma alteração legislativa, para que fossem convocadas eleições diretas e ainda uma assembleia constituinte:

Art. 77 - O Presidente da República será eleito por sufrágio direto em todo o território nacional; (Lei Constitucional nº 9, 1945).

Adveio assim, a Constituição de 1946, resgatando ideias de controle difuso, através do Poder Judiciário, mantendo todas as normas trazidas pelas constituições de 1891 e 1934, e excluindo, por fim, toda a regulamentação autoritária da constituição de 1937.

Através da Emenda Constitucional de nº 16, o controle concentrado – abstrato foi implementado, através do controle de atos normativos, estaduais ou federais através da representação genérica de inconstitucionalidade, sendo esta julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Também, trouxe a possibilidade dos Estados membros efetuarem o controle de constitucionalidade dos seus municípios, através dos Tribunais de Justiça estaduais.

Para Dirley da Cunha Junior: “Destarte, já aqui se encontrava perfeitamente definido um modelo misto ou eclético de controle judicial de constitucionalidade, que combinava os sistemas difuso-incidental (..) e concentrado- principal (..), no entanto encontrava-se até então limitado às ações diretas de inconstitucionalidade por ação e interventiva”. (2012, pg 105).

Esta nova constituição precisava do apoio popular, por isso, além do controle de constitucionalidade e suas inovações trouxe também, em seu art. 141, §35:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. (Constituição de 1946)

Sendo assim trouxe como princípio basilar o direito de ação, Manuel Jorge e Silva Neto complementa ainda: “Deveras, converter-se-ia em insólito instrumento de retórica afirmar, com pompa que garantido estaria o acesso ao Judiciário, quando, desde os tempos mais remotos, sabe-se que a barreira econômica é circunstância a impedi-lo absolutamente” (2013, pg 125).

Por fim, a nova lei mãe, trouxe também a Justiça do Trabalho em caráter jurisdicional.

Esta Constituição vigorou pelos 20 anos seguintes, até o advento da Constituição de 1967, cujo contexto histórico anterior é importante para a compreensão dos seus desígnios.

Ensina Manuel Jorge e Silva Neto, que: “Transformar um regime é responsabilidade do povo e não do governo. Foi o que se observou do episódio de agosto de 1962: uma massa enorme de congressistas aceitando o parlamentarismo como medida de salvação nacional contra uma possível guerra civil.” (2013, pg. 125)

Toda esta situação de mercê política, acarretou por fim, o Golpe Militar de 1964, o que acarretou uma serie de perseguições políticas, atos de repressão, entre outras barbáries.

O projeto desta nova Constituição militar foi proposto por Castelo Branco, até então, Presidente, e enviado ao Congresso Nacional para aprovação. Mais uma vez, um texto que fortalecia o Poder Executivo e os decretos-lei, tornando a atuação dos demais poderes secundários. (Silva Neto, 2013, pg 125)

Especificamente tratado de controle de constitucionalidade, foi excluído do rol a possibilidade do controle de constitucionalidade ser feito pelos Estados aos Municípios. Porém, em 1969, a emenda nº 01, trouxe a possibilidade de intervenção em caso de inobservância dos princípios sensíveis indicados na constituição estadual.

A emenda nº 7 foi inovadora, trazendo a competência do Supremo Tribunal Federal julgar representação de interpretação de lei ou ato normativo federal e estadual e ainda, a possibilidade de medidas cautelares nas representações diretas de inconstitucionalidade.

Em 1985, a emenda nº 26, deu um novo rumo a um regime que já estava com seus dias contados, exaurido, convocando assim uma Assembleia Nacional Constituinte. Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco: “Os anseios de libertação política de toda a cidadania, pacificação e integração social ganharam preponderância sobre as inquietações ligadas a conflitos sociopolíticos, que marcaram o período histórico que se encerrava.” (2015, pg 102).

Depois de um período turbulento de um Regime Militar, o Brasil em 1988, inaugurou sua nova constituição que é vigente até os dias de hoje, contendo em seu bojo diversas inovações relativas a controle de constitucionalidade e outros muitos aspectos.

Esta manteve o misto de controle concentrado- abstrato com o controle difuso-incidental, porém, ampliou ambos através de novas competências e novas possibilidade de ação.

Quanto ao controle difuso-incidental qualquer juiz ou tribunal pode exercê-lo, através de uma demanda judicial, existe a possibilidade de controle de constitucionalidade de atos e omissões do poder público.

Já em relação do controle concentrado, apenas poderá ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em face de atos normativos federais e estaduais e os Tribunais Estaduais e Distrito Federal os atos normativos estaduais e municipais tomando como parâmetro as constituições estaduais.

Tem-se hoje algumas ações que são de extrema importância para a compreensão geral do controle de constitucionalidade: Ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Dirley da Cunha Junior afirma que no Brasil a jurisdição constitucional pode ser exercida por qualquer órgão do poder judiciário, independente da instância. Porém,

com tantas ações que são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, contemplando diversos legitimados, diminui e muito o rol de possibilidades do controle difuso, mas, isto não quer dizer que não possam. (2012, pg. 107)

2.2.2 Características e instrumentos do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade no Brasil é diverso, misto, por isso, muito específico quando comparado a outros no mundo.

O controle de constitucionalidade intitulado de difuso- incidental teve sua origem nos Estados Unidos da América, através do caso emblemático *Marbury vs. Madison*, tendo sido alegado pelo Juiz John Marshall a supremacia da constituição em face das demais leis e necessidade de proteção da mesma.

Pode-se descrevê-lo como algo que ocorre dentro de um processo em tramite, com partes e uma demanda específica, em que incidentalmente, existe o controle de constitucionalidade de ato ou omissão do poder público.

Este incidente pode ser proposto pelas partes, antes do julgamento de mérito, através de uma peça de defesa ou recurso em qualquer instância. Conforme afirma Dirley da Cunha Junior: “É um antecedente lógico e uma *conditio sine qua non* da resolução do conflito.” (2012, pg 120)

A provocação deste tipo de controle se dá por lógica, através de uma excepcionalidade dentro daquela demanda. Sendo assim, como já tratado acima, esta pode ser conduzida em qualquer litígio, desde que para a solução do mesmo seja necessário o exame da eficácia da lei, não sendo o objeto principal.

A competência para realizar o controle difuso é de qualquer juiz ou tribunal, sendo este segundo existe uma regra de quórum a ser seguida, trazida no art. 97 da Constituição Federal, a maioria absoluta dos seus membros.

No Brasil, o meio comum para a utilização deste controle é através dos remédios constitucionais, segundo Dirley da Cunha Junior ensina, são também chamadas de ações constitucionais de garantia, em razão da maior rapidez na sua resolução.

Estes remédios podem ser de titularidade individual ou coletiva, em favor de direitos subjetivos assegurados a estas. (2012, pg 121/122)

A ação popular é um destes instrumentos, no bojo da lei nº 4.717/65, em que existe a defesa do interesse geral, anulando ou antever ato lesivo ao patrimônio público, aos bens de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultura.

Na visão dos ilustres doutrinadores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco: “A ação popular é um instrumento típico da cidadania e somente pode ser proposta pelo cidadão, aqui entendido como aquele que não apresente pendências no que concerne as obrigações cívicas, militares e eleitorais que, por lei, sejam exigíveis.”

O segundo instrumento é o mandado de segurança, trazido pela lei nº 12.016/09, pode ser coletivo ou individual, e protege os direitos fundamentais de forma célere. Surgiu primeiramente na Constituição de 1934, como uma invenção genuinamente brasileira e foi levado a todas as outras.

Para que possa ser utilizado o direito fundamental objeto deste tem de ser líquido e certo, ou seja, não necessitam de dilação probatória e por si só o direito já se comprova, pré-constituída. É um remédio residual e visa combater atos omissivos ou comissivos de autoridade pública ou agente delegado, por ilegalidade ou abuso de poder.

O terceiro remédio constitucional é a ação civil pública, um dos meios mais eficazes de defesa coletiva dos direitos fundamentais e efetivação das normas constitucionais. Advém da lei nº 7.347/85, que fixou um rol de possíveis objetos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social.

Os legítimos para propositura desta ação são o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito públicos, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as associações (com algumas limitações).

Com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, esta ação passou a ter um novo objeto, os direitos individuais homogêneos, dos artigos 81 ao 104, conforme abaixo:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei. Art. 102. Os legitimados a agir na forma deste código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

As sentenças em casos de ação civil pública também seguem uma regra específica no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas

e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Ao tratar que a sentença proferida em ação civil pública terá efeitos *erga omnes*, temos que limitá-la à competência territorial do órgão que a prolatou. Caso seja julgada improcedente por insuficiência probatória, não haverá coisa julgada e qualquer legitimado poderá nova ação, desde que com novas provas (CUNHA JUNIOR, 2012, pg 127)

Além de ser um instrumento completo e eficaz, a ação civil pública dá aos órgãos judiciais uma análise completa da situação trazendo efetivação dos direitos fundamentais e sociais através de decisões e políticas públicas.

O mandado de injunção é o quarto instrumento, disposto na Constituição. José Afonso da Silva ensina que: “Constitui um remédio constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade é conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional (...).” (2005, pg 448).

Este foi um dos primeiros instrumentos de controle efetivo dos direitos fundamentais, a posição do Supremo Tribunal Federal sofreu uma evolução teórica durante os anos. Antes, em suas decisões apenas se posicionava quanto a reconhecer a mora do poder público frente àquele objeto. Com a mudança de entendimento, em 2007, começou a adotar uma posição concretista, adotando soluções reais. Um exemplo excelente é o MI 670/ 708/ 712 que tratou sobre a greve dos servidores públicos, decidindo que deveriam utilizar analogamente as regras de greve de empresas privadas.

Segue um pequeno grifo do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do MI 670:

“Não resta dúvida, a meu ver, de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário. No que se refere aos efeitos da decisão em mandado de injunção, ponto que considero nodal neste julgamento, é possível identificar-se três correntes de pensamento. 2 Para a primeira delas, a decisão nessa espécie de ação seria meramente declaratória, ou seja, teria como escopo tão-somente declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa e de dar ciência dela ao órgão competente, para as providências cabíveis. Tal concepção, defendida por adeptos de uma visão mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, e já contemplada em julgado desta Corte, 3 tem sido considerada ineficaz, por frustrar a expectativa do impetrante de lograr uma tutela efetiva do direito cujo exercício é obstado pela ausência de norma regulamentadora. A segunda corrente, por sua vez, admite a remoção, pelo Judiciário, do referido obstáculo, viabilizando o exercício do direito no caso concreto. Ultrapassa, assim, a apontada fragilidade da solução aventada pela primeira corrente, uma vez que supera a inefetividade da decisão judicial ao conferir-lhe uma natureza condenatória. Dentre os autores que defendem essa concepção, pode-se mencionar Celso Agrícola Barbi, 4 Flávia Piovesan 5 e José Afonso da Silva. A terceira corrente, por fim, entende competir ao Judiciário elaborar a norma faltante para disciplinar a matéria pendente de regulamentação, suprimindo, desse modo, a omissão do legislador. A decisão judicial ostentará, então, caráter constitutivo, podendo ser adotada com validade erga omnes ou limitada à situação concreta. É a posição de José Ignácio Botelho de Mesquita, encampada pelo Ministro Eros Grau em seu voto no MI 712, bem como pelo Ministro Gilmar Mendes, para a solucionar este caso. (<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/mi670lew.pdf>)”

O idôneo jurista nos apresenta em seu voto as três teorias que doutrinariamente existem no Brasil, porém, ainda não existe um entendimento pacífico, até os dias atuais, sobre qual desta utilizar. Atualmente, a mais utilizada seria a corrente número dois, o qual afirma que o judiciário pode retirar o obstáculo do caminho, sem que seja necessário legislar.

Pode-se afirmar que o objeto do mandado de injunção é a inexistência de lei, complementar ou ordinária que seja necessária para regulamentação de um direito e sua total eficácia.

Por fim, é importante diferenciar o MI da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto aos seus legitimados. No Mandado de Injunção tem-se o legitimado individual, àquele que esta com direito pendente de eficácia por conta de falta de regulamentação ou coletivo, em que os legitimados estão dispostos no art. 5º, LXX. Além disto existe mais dois pontos, quanto à eficácia da decisão, no MI será sempre entre as partes, diferente da ADO que terá eficácia erga omnes e vinculante e

quanto ao tipo de processo, um será através de um processo subjetivo, ou seja, um caso real e o outro através de um processo objetivo, respectivamente.

Existem ainda mais dois remédios constitucionais importantes, que seria o Habeas Datas e o Habeas Corpus, porém, são bem específicos, o primeiro diz respeito a liberdade de informação e o segundo a liberdade de locomoção. Apenas devem ser utilizados com estes dois temas.

O controle de constitucionalidade concentrado- abstrato tem origem na Áustria, sendo considerado atualmente o sistema europeu, pois, é utilizado em diversos países. Kelsen teve uma importante participação na criação do mesmo.

Manuel Jorge e Silva Neto traz que: “A fiscalização da constitucionalidade, todavia, pode consumir-se abstratamente, quando o propósito em si da ação está jungindo à declaração, em tese da compatibilidade vertical ou não de uma lei ou ato do Poder público com a Constituição”. (2013, pg 238)

Ou seja, pode-se concluir que diferentemente do controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade é o objeto principal da demanda, o que faz com que seus efeitos sejam erga omnes e vinculantes, sendo de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal o controle jurisdicional e dos Tribunais de Justiça estaduais e cada ação tem legitimados e características específicas.

A primeira delas é a ação direta de inconstitucionalidade, sendo esta a mais antiga do sistema brasileira, primariamente chamada de representação genérica de inconstitucionalidade, foi instaurada pela emenda nº 16 de 1965 e atualmente se encontra no art. 102, I, alínea a da Constituição.

É a defesa genérica da norma constitucional em face de leis e atos normativos do poder público federal ou estadual, tendo por finalidade resolver a incompatibilidade entre estas, prezando pela supremacia constitucional.

O processo desta é objetivo, ou seja, tem como único objetivo a análise de constitucionalidade da lei, não contendo litígio ou partes.

O Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar as leis e atos normativos estaduais e federais face a constituição federal, já os Tribunais estaduais e Distrito federal tem competência para julgar as leis e atos normativos municipais face a constituição estadual (caso se igualem à Constituição federal deverá através de

recurso extraordinário alertar o Supremo Tribunal Federal). Existe exceções, como é o caso do decreto autônomo, no qual não se ampara em lei, em sentido material e formal e ainda, as leis para serem parâmetro de análise desta ação, precisam ser em sentido material e formal. (Silva Neto, 2013, pg 242)

A legitimidade para a propositura da ADI (Ação direta de Inconstitucionalidade) esta disposta na Constituição no art. 103, incisos de I à IX. Existem dois tipos de legitimados, os especiais, que precisam comprovar a pertinência temática, ou seja, interesse do grupo ou categoria e o objeto da ação. E os legitimados universais, que não tem este critério.

Neste caso, a participação do Procurador Geral da Republica é obrigatória, assim como a do Advogado Geral da União, que deverá ser ouvido, necessariamente terá que defender a presunção de constitucionalidade da lei, segundo art. 131 da Constituição, a não ser que, já exista entendimento da Corte Constitucional pela sua inconstitucionalidade. (CUNHA JUNIOR, 2012, pg 211)

A lei nº 9.868/99 trata do procedimento de julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Após ser proposta a ação, o relator solicitará informações aos órgãos ou autoridades do qual foi emanado o ato ou a lei. Não se admite a intervenção de terceiros, art. 10, contudo, através da relevância da matéria, o relator pode aceitar manifestações por escrito ou oral dos *amicus curiae*. Havendo medida cautelar, esta deve ser submetida ao pleno do tribunal e a uma audiência com os órgãos ou autoridades para prestar informações, caso esteja em recesso, o tribunal poderá deferir a medida sem esta. Depois do prazo de informação, será a vez do advogado geral da união e do procurador geral da república se pronunciarem, no prazo de quinze dias.

Após prolatada a decisão do Supremo Tribunal Federal, esta tem efeito erga omnes, vinculante, através do art. 28 da lei 9.868/99 e § 2º do art. 102, da Constituição Federal e ainda *ex tunc*, ou seja, efeito retroativo e nulidade absoluta. Porém, no Brasil, este último tópico pode ser moldado pelo poder judiciário, também chamado de modulação da eficácia temporal, sendo assim, a inconstitucionalidade pode advir de qualquer momento. (CUNHA JUNIOR, 2012, pg 243) Caso haja descumprimento, é cabível a reclamação constitucional, assegurando assim a autoridade da decisão.

A segunda ação é a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que teve sua origem na Constituição portuguesa de 1976, disposta na Constituição Federal no art. 103, § 2º e na Lei 9.868/99.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A finalidade precípua desta ação é combater as omissões legislativas que comprometem a eficácia da Constituição.

Importante frisar que esta foi adicionada à Lei 9.868/99 pela Lei 12.063/09, ou seja, quase dez anos depois. Utiliza-se de alguns dos procedimentos da ADI, no que é compatível com o objeto da ação, como afirma o art. 12-E desta lei.

Quanto aos legitimados, serão os mesmos já dispostos acima, correntes no artigo 103, incisos de I a IX da Constituição federal, também divididos em especiais e universais. Assim como, tem-se também a obrigatoriedade da participação do Procurador Geral da República.

No art. 12 – B da Lei 9.868/99, se expressa claramente, que na inicial de uma ADO, é necessário que conste a omissão constitucional, seja ela total ou parcial, quanto ao dever de legislar ou quanto à adoção de providências administrativas. Ou seja, diferentemente da ADI, esta ação de propões e tentar suprir uma omissão legislativa que está tornando ineficaz algum direito constitucional.

Conforme a teoria de José Afonso da Silva, as normas constitucionais aqui aplicáveis são aquelas ditas de eficácia limitada, ou seja, para que sejam cem por cento eficazes, necessitam de um complemento legislativo.

Outro ponto relevante, está disposto no art. 12-E, §2º, da mesma lei, o qual afirma que o relator *poderá* solicitar a manifestação do Advogado Geral da União. Assim, explica Dirley da Cunha Junior: “Ocorre, todavia, que na ação de inconstitucionalidade por omissão não há ato inquinado de inconstitucionalidade para ser defendido, mas sim um não-ato inconstitucional.” (2012, pg 252)

Sendo assim, o Advogado Geral da União, não teria um papel específico nesta ação, na defesa de leis ou atos, como ocorre na ADI. A não ser que a dita omissão seja parcial.

No caso da ADO, não será admitida a intervenção de terceiros e, caso o relator necessite de maiores informações, solicitará um perito ou uma comissão de peritos para emanar pareceres sobre o tema.

A medida cautelar é um ponto de controvérsias, pois, o Supremo Tribunal Federal entendia que era incompatível com o objeto da ADO. Porém, o art. 12 – F adicionado na lei, traz um caso excepcional de urgência e relevância, em que se torna cabível o enfrentamento da concessão da medida cautelar, apenas sendo possível por decisão da maioria absoluta do tribunal e após a audiências com os envolvidos. (CUNHA JUNIOR, 2012, pg 253/254)

Ao ser declara a inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal dará ao órgão ou autoridade competente, ciência, para que sejam adotadas providências necessárias. Cabe salientar, que o STF não tem competência para obrigar o poder legislativo a produzir leis ou aplicar sanções por isto, porém, no caso de órgãos administrativos, existe a mandatória vinculante e o prazo de 30 dias.

Por fim, ao tratar de políticas públicas, José Gomes Canottilho traz que:

“Esta problemática – inconstitucionalidade das políticas públicas – não é desconhecida na nossa jurisprudência constitucional e não é desconhecida na doutrina. (...) O relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão prova a dificuldade no controle das políticas públicas. Estas reconduzem-se fundamentalmente a um conjunto de decisões e ações adotadas pelo Governo para influir sobre um determinado problema. Os juízes não podem se transformar com conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de ação.” (2003, pg 946)

O ilustre doutrinador clarifica que, as omissões não podem e não devem invadir um programa político de ação governamental, como são as políticas públicas.

A última ação que será tratada neste capítulo é a ação declaratória de constitucionalidade, que foi inserida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 03 de 1993.

Houve muita controvérsia em sua criação, pois, muitos juristas acreditavam que seu objeto já era pauta de outras ações e que não seria necessária uma ação puramente para declarar a constitucionalidade de uma norma.

Para Dirley da Cunha Júnior:” Cuida-se de uma ação declaratória de constitucionalidade, enfim, de uma nova ação objetiva de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, por meio da qual se pode provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, com vista à declaração definitiva da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal.” (2012, pg 300)

Os legitimados para propor a ADC são os mesmos da ADI e da ADO, tudo isto, posto a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que deu uma nova redação ao art. 103, caput. Importante colocar, que na ADC, não existem legitimados passivos, pois, apenas visa a declaração da constitucionalidade, não sendo necessário chamar ao feito órgãos ou autoridades.

O objeto desta ação, também se distingue dos demais, visto que apenas leis e atos normativos federais serão aqui considerados. Porém, as Constituições estaduais podem estabelecer a ADC, aqui sendo considerado como parâmetro as constituições estaduais e a competência exclusiva dos Tribunais de justiça para julgar.

Igualmente a ADI e ADO, a Ação declaratória de constitucionalidade também requer a manifestação do Procurador Geral da República. Existem a possibilidade de medida cautelar, seguindo o disposto no art. 21 da Lei 9.868.

A decisão final da ação de ADC, requer o quórum de maioria absoluta do STF, sem exceções. Esta é irrecurável, erga omnes e vinculantes, caso seja declarada constitucional, a eficácia será ex tunc, ou seja, retroativa. Caso seja declarada a inconstitucionalidade, pode haver a modulação dos efeitos, a partir do voto de dois terços dos ministros.

3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, foi inaugurada no Brasil juntamente com a Constituição de 1988, não havia, portanto, previsão ou menção da mesma em anteriores cartas constitucionais.

Atualmente se encontra no art. 102, § 1º que dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Fabio Cesar dos Santos Oliveira apresenta um contexto histórico de contornos interessantes, visto que, o Brasil havia acabado de sair de uma ditadura militar, a Constituição de 1988 foi produzida com o peso de inaugurar uma nova ordem, frente aos anseios vividos pela sociedade. Ou seja, tinha como objetivo “retomada do regime democrático, instrumentalizando as reivindicações reprimidas dos grupos de diferentes matizes em busca de uma atuação efetiva na dinâmica política que haveria porvir.” (2004, pg 77)

A Assembleia Constituinte tinha por fim, um difícil papel, de buscar retomar princípios sociais e econômicos que haviam sido perdidos durante os 20 anos do regime ditatorial.

André Ramos Tavares complementando a história, traz que por trás da Constituição de 1988, existiram diversos projetos e comissões. A primeira delas foi a Afonso Arinos ou Comissão Provisória de Estudos Constitucionais mesmo sendo de caráter meramente opinativo, foi um grande começo. (2001, pg 16)

O ilustre autor, pontua ainda, que na Constituição de 1967, continha um instrumento chamado de “arguição de relevância de questão federal”, no art. 278, e que mesmo com a aproximação nominal, jamais pode ser confundido com a atual “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. (2001, pg 16)

O projeto “A”, primeiro projeto aprovado da Constituição, não abarcada nas competências do STF a ADPF. Este projeto, porém, sofreu uma emenda coletiva, no art. 124: “Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental

decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". (2001, pg 19)

O projeto "B" já não sofreu com muitas modificações. O art. 108 foi o dispositivo escolhido para abarcar a ADPF. O texto definitivo da Constituição de 1988 foi revisitado muitas vezes até o ano de 1993, porém, permaneceu intacta.

O Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento:

AI-AgRg 145.860, rel. min. Marco Aurélio, j. em 09/02/1993, DJ de 12/03/1993: "A previsão do parágrafo único do artigo 103 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora". No mesmo sentido, Pet-AgRg 1.140, rel. min. Sydney Sanches, j. em 02/05/1996, DJ de 31/05/1996: "1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: 'a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei'. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, 'caput'). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei".

Ou seja, a ADPF foi tida como norma de eficácia limitada e para que pudesse se tornar um instrumento efetivo do controle do concentrado, era necessário a criação de uma lei para complementá-la.

Houveram diversas tentativas, até que O Ministro da Justiça Iris Rezende editou a portaria nº 572 em 1997, constituindo uma Comissão Especial para apresentar sugestões sobre a regulamentação do dispositivo art. 102, §1º.

A comissão foi composta pelos Juristas Celso Bastos, Ives Gandra, Arnoldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes, e tinha o prazo de 30 dias para concluir o projeto.

Em novembro do mesmo ano, apresentaram uma proposta de um anteprojeto, em que se enumeravam os ditos "preceitos fundamentais" quais sejam: soberania nacional, estado democrático de direito, separação e harmonia entre os poderes, dignidade dos poderes, dignidade da pessoa humana, isonomia, não-subalternização das funções jurisdicionais, legalidade e moralidade administrativas, busca da economicidade na Administração e acesso ao Judiciário e ampla defesa, em um rol meramente exemplificativo.

Porém, cada um dos juristas tinha sua própria opinião, e é importante trazê-las para que se possa entender o pensamento sobre aquele instituto até o momento completamente novo.

Para Oscar Dias Corrêa deveria ser de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal a escolha do que representaria “preceitos fundamentais”, a proposição deveria ser feita dentro de um processo em tramite, porém, da decisão a quo caberia agravo de instrumento diretamente para o STF. Caso considerasse procedente, o juízo a quo deveria sobrestar o processo, assegurar a eficácia do direito e enviar a arguição ao STF no prazo de 5 dias. Dentro do STF existiria uma comissão, que faria um novo juízo de admissibilidade, sendo positiva, iria a plenário para votação. (TAVARES, 2001, pg 26)

Ao ver se Ives Gandra Martins, entendia que deveria haver um alargamento dos legitimados, se igualando aos da ação direta de inconstitucionalidade. Além disto, existia um certo receio quanto ao rol dos preceitos fundamentais, sem apresentar de fato uma solução. (TAVARES, 2001, pg 27)

Gilmar Ferreira Mendes foi de encontro ao rol exemplificativo de preceitos fundamentais e que ao final, foram retirados do texto. Mantidos na redação final do anteprojeto, a legitimidade ampla, popular, a possibilidade de liminar, por decisão da maioria absoluta.

Este texto foi enviado ao Supremo Tribunal Federal e ao Congresso Nacional para apreciação, e neste último sofreu algumas modificações, prevalecendo a opinião geral da comissão. A presidência vetou alguns dispositivos, e finalmente foi sancionada, promulgada e publicada a Lei 9.868/99.

Segundo o doutrinador Fabio Cesar dos Santos Oliveira: “A remissão enunciada pelo §1º, do artigo 102, à apreciação da Arguição de descumprimento de preceito fundamental “na forma da lei” resultou em um estado de latência desta ação que perdurou por onze anos até a edição da Lei 9.868/99.

Apenas de forma ilustrativa, vale destacar aqui o projeto de lei que tramitava no Congresso Nacional de autoria da Deputada Sandra Starling. Ao ver de André Ramos Tavares, o projeto era simplista, com apenas três artigos, e carregava uma discrepância gigantesca do apresentado pela comissão. O descumprimento de

preceito fundamental aqui tinha como base a interpretação ou aplicação dos regimentos internos das casas, ou seja, dentro de um processo legislativo (2001, pg 30/31). Sendo assim, haveria uma restrição ainda maior dos legitimados e do próprio âmbito de atuação da arguição.

Um segundo projeto, foi o de Prisco Viana, segundo Gabriel Dias Marques da Cruz, se aproximou bastante das ideias da comissão, e foi utilizado como comparativo por Gilmar Mendes. (2011, pg 36).

Dirley da Cunha Júnior evidencia que mesmo com as modificações na legislação da ADPF:

“(...) o novo instituto, ainda que deficientemente regulado, introduziu significativas e requintadas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Cumpre por hora, apenas registrar que a lei de processo e julgamento da arguição possibilitou o controle concentrado-incidental junto ao Supremo Tribunal Federal, permitindo a resolução antecipada de controvérsias constitucionais relevantes, instaladas em qualquer processo judicial concreto (...)”. (2012, pg 309)

Ou seja, mesmo com todos os percalços do trajeto, a ADPF tem enorme relevância dentro da jurisdição constitucional brasileira e mesmo sendo completamente inovadora no direito mundial, pode-se apontar algumas inspirações, que serão tratadas no próximo tópico deste estudo.

3.1 DIREITO COMPARADO

A jurisdição constitucional é, atualmente, um traço comum entre muitos ordenamentos em diversas partes do mundo, por conta da essencialidade dos direitos fundamentais.

A doutrina brasileira experienciou bastante antes de chegar a uma ideia do que representaria e como funcionaria a Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Dentre todas as considerações feitas, alguns institutos estrangeiros foram essenciais para a conclusão deste.

Na visão de Dirley da Cunha Júnior, a criação da ADPF é puramente brasileira, porém, é possível encontrar na legislação estrangeira alguns institutos cujos

sentidos e experiências em suas origens podem auxiliar na maneira com é compreendido o instituto brasileiro.

O primeiro a ser citado é a jurisdição constitucional Suíça, que para Fabio Cesar dos Santos Oliveira, conseguiu se manter conforme suas características originais, que preservam os direitos fundamentais desde o ano de 1848. Através de diversos aprimoramentos, competências já foram da assembleia federal, depois disto, através da revisão constitucional de competência do Tribunal Federal. Atualmente utilizam o recurso de direito público de competência do Tribunal Federal. (2004, pg 85)

Este recurso é a *última ratio*, ou seja, é um instituto subsidiário, apenas se pode chegar até este, após exaurir todas as vias ordinárias. As sentenças que declaram a inconstitucionalidade de alguma lei, tem efeitos erga omnes, mas, caso seja um ato considerado inconstitucional, a autoridade de onde emanou é que decidirá os efeitos. (OLIVEIRA, 2004, pg 87)

Dirley da Cunha Júnior apresenta o sistema norte americano, chamado de *writ of certiorari*, que consiste em um pedido formulado à Suprema Corte, similar ao Supremo Tribunal Federal, pelas partes de um processo em tramite. Quanto à decisão final, algumas considerações, caso não haja decisão, o Tribunal decidirá, porém, caso haja decisão o Tribunal pode suprimir a questão. (2012, pg 309)

O ilustre doutrinado traz também a *Popularklage*, advindo do direito bávaro, similar a ação popular, que tem como objetivo a supressão de leis e atos normativos lesivos aos direitos fundamentais. E além, o *Beschwerde*, que tem sua fonte no direito austríaco, como recurso constitucional, por meio do qual o particular pode provocar o Tribunal Constitucional para impugnar uma lei que viola direitos fundamentais, sendo subsidiária. (2012, pg 310)

André Ramos Tavares discorre acerca do direito Alemão, que prevê em seu art. 93, I, 4º- A a competência do seu Tribunal Constitucional Federal, o instrumento é o recurso constitucional, podendo ser proposto por qualquer cidadão, com base na atuação do poder pública frente à violação de direitos fundamentais ou de direitos específicos. Para tal, é importante o esgotamento de todas as outras instancias, e ainda que a violação seja individual, a não ser que se torne interesse nacional. O

autor afirma ainda que “Relevância constitucional fundamental” passa a ser exercida uma ampla margem de discricionariedade pelo Tribunal”. (2001, pg 43/46)

Neste sentido, é o instituto que mais se equipara ao brasileiro, além do exemplificado acima, as decisões anulam o ato ou lei. José Afonso da Silva, ao se referir ao art. 102, § 1º: “A lei prevista bem poderia vir a ter a importância da Lei de 17.4.51 da República Federativa da Alemanha que institui o *Verfassungsbeschwerde*, que se traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade, é mais que isso (2003, pg 560)

Para Dirley da Cunha Júnior: “uma ação de garantia concreta dos direitos fundamentais, que pode ser diretamente ajuizada no Tribunal Constitucional, para atacar qualquer ato do poder público, até mesmo a lei, desempenhando uma dupla função: Uma função subjetiva de defesa de direitos subjetivos e uma função objetiva de tutela da supremacia da constituição.” (2012, pg 311)

Percebe-se claramente, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, tem o amago de tentar exibir esta dupla função, ao mesmo tempo que defende a integridade da Constituição, o faz também através da garantia dos direitos violados.

Por fim, este sistema se assemelha e muito ao que existe hoje no Brasil, sendo uma fonte inspiradora deste instituto e do próprio sistema brasileiro como um todo.

3.3 CONCEITO SEMÂNTICO

O conceito semântico se faz extremamente oportuno neste trabalho, visto que, se tratando de algo tão inovador, é necessário definir os seus significados, da forma mais abrangente possível.

Até os dias atuais, permanecem, mesmo dentro do Poder Judiciários, muitas dúvidas acerca do que seria de fato este instituto e para isso, a análise nuclear semântica se torna essencial para que depois possa ser compreendido e composto o seu todo.

Importante frisar, que estas dúvidas, levam muitas vezes à não aceitabilidade do instituto dentro do direito pátrio e até mesmo dentro do Tribunal. Quando não se compreende algo, torna-se extremamente difícil se lidar.

Para isto, este tópico será voltado especificamente ao trabalho semântico da Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.3.1 “Arguição”

O termo “arguição neste contexto deve ser visto como uma ação, segundo o Dicionário Aurélio, significa o ato de arguir, imputação, ou seja, um ato em defesa da constituição.

No direito brasileiro o existem diversas interpretações para este primeiro núcleo semântico: 1. arguição pública, que é realizada pelo Senado Federal para determinados cargos específicos, este posto no sentido de sabatina, questionamento. 2. Arguição de relevância, não mais prevista na Constituição atual, mas que tinha o mesmo significado da repercussão geral no recurso extraordinário brasileiro, revelando o sentido de exigir uma visão da importância da matéria. 3. E por fim, Arguição de descumprimento, sendo a ação, o instrumento de defesa. (CRUZ, 2011, pg 43)

Para este trabalho, especificamente, se reconhece a utilização da terceira hipótese, ou seja, a arguição aqui entendida como ação, direito de provocação do controle jurisdicional.

3.3.2 “Descumprimento”

O termo “descumprimento” pode ser interpretado amplamente neste contexto constitucional. Ao significar o ato de não cumprir, transgredir, aponta que haveria uma relação de desconformidade, entre dois polos. No caso em questão, violação direta ao texto constitucional

Existe um questionamento na doutrina quanto a utilização de descumprimento, frente à inconstitucionalidade. Dirley da Cunha Júnior, traz que a inconstitucionalidade no controle concentrado se limita à lei e atos normativos lesivos à constituição, o descumprimento, da constituição, pode ser resultado da

elaboração de uma lei ou ato normativo, da prática de uma lei ou ato normativo e ainda, de decisões judiciais. (2012, pg 319)

Gabriel Dias Marques da Cruz apresenta duas correntes sobre o tema: a primeira entende a inconstitucionalidade como parte do descumprimento, tendo este último, uma gama maior de possibilidades. A segunda teoria entende de forma reversa, o descumprimento faria parte do todo da inconstitucionalidade.

A Lei 9.868/99 trouxe em seu corpo, visando ADIN e ADC, apenas a possibilidade de defesa da constituição através da sua violação por meio de lei e atos normativos, daí esta confusão terminológica, pois, o descumprimento frente a constituição, apresenta apenas seus parâmetros, e não seu objeto de controle, tornado – a múltipla de interpretações dentro do que se apresenta como “atos do poder público”.

Em discordância com a maioria da doutrina, na visão de que, ambos os conceitos aqui discutidos, tem o mesmo papel, apresentar relações de incompatibilidade com a Constituição.

Ao ver de Gabriel Dias Marques da Cruz:

“Com base no texto constitucional, não há razão para que se realiza uma distinção entre descumprimento e inconstitucionalidade. A lei regulamentadora, ao optar por uma interpretação ampliadora do objeto de tutela via ADPF, conferiu ênfase para uma noção mais abrangente do termo “descumprimento”. Contudo, essa opção interpretativa feita pela legislação, por si só, não autoriza a conclusão de que o termo “descumprimento” tenha, naturalmente, teor abrangente da noção de inconstitucionalidade.” (2011, pg 47)

A maioria da doutrina acredita que a terminologia do descumprimento é mais abrangente e a inconstitucionalidade seria a violação específica de leis e atos normativos.

3.3.3 “Preceito fundamental”

O ponto mais polêmico deste estudo semântico é definir o que a locução “preceito fundamental” representa. Além de entender seu significado puro, ainda terão que ser exploradas quais as suas espécies.

Dirley da Cunha Júnior assevera que é importante compreender que a Constituição é uma lei maior fundamental, que contém em seu bojo normas fundamentais, não existindo hierarquia entre elas, mas sim, uma unidade Constitucional de preceitos constitucionais. (2012, pg 315)

André Ramos Tavares complementa afirmando que a Constituição é uma ordem de valores, e daí pode – se extrair quais os princípios fundamentais estão conectados com os valores da sociedade e do Estado. (2001, pg 103)

Mauro Cappelletti parafraseado por André Ramos Tavares, traz que: “Pode-se dizer que, de mera proclamação jurídica de normas com superioridade hierárquica em relação às demais, a inspiração humana alcançou, ainda, aquilo que se mostrara, até então, historicamente improvável: traçar valores supremos, e que assumem uma importância ainda maior em relação às demais normas constitucionais (..). (2001, pg 105)

Além de ter para si a competência de processar e julgar tais ações, o Supremo Tribunal Federal teria também a missão de identificar quais seriam os preceitos fundamentais? André Ramos Tavares acredita que sim, pois, acredita não caber ao legislador esta tarefa, visto que, haveria uma repetição da constituição, ao tratar de todos os ditos preceitos constitucionais e mais, poderia haver um alargamento do objeto de forma inconsequente. Concordando assim, que é do STF a difícil tarefa de interpretar, processar e julgar tal instituto. (2001, pg 113/114)

De outro ângulo, Manuel Jorge e Silva Neto entende que “é importante reconhecer o caráter político impresso na interpretação da Constituição”, não acreditando que os juízes teriam o poder de construir teses dentro do ordenamento, como ocorre no sistema jurídico norte americano.

Porém, retornando ao foco principal, que é definir semanticamente o que seria preceito, que não encontra base em nenhuma modalidade expressa na legislação e ainda, não é explanado pela Constituição.

A palavra “preceito”, em si, conforme o Dicionário Aurélio, significa o que se recomenda praticar, regra, norma, uma lição. “Preceituar”, o verbo, significa ditar, determinar, ou seja, correspondem ao que se deve fazer, ser.

E o que seriam “fundamentais”? Em sua origem, “fundamental”, expressa o que é fundamento, base, alicerce, indispensável, de caráter essencial.

Concluindo que, semanticamente, a junção de ambos, seria um dever -ser essencial para a base do Estado e da sociedade pátria. Sendo assim, pode-se concluir, que na Constituição existem preceitos que são fundamentais e os preceitos que não o são, o que faz com que alguns doutrinadores entendam que existe uma hierarquia axiológica.

Dirley da Cunha Júnior pontua ainda, que os preceitos são categorias normativas, envolvendo princípios e regras, então, não apenas os princípios fundamentais podem ser tidos como preceitos, mas também as regras. Além disto, afirma que os preceitos podem ser explícitos ou implícitos dentro da Carta Magna.

A jurisprudência comprova que existe toda uma complexidade acerca desta definição, como no ADPF 33, no voto do Ilustre Ministro Gilmar Mendes:

Arguição de Descumprimento de Preceito 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. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição 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 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 preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada (STF - ADPF: 33 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 29/10/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-08-2004 PP-00020 EMENT VOL-02158-01 PP-00001)

Através deste voto, o próprio autor exemplifica preceitos fundamentais, mas não contextualiza como foram escolhidos, sendo necessário um amplo estudo e aprofundamento de sistema jurisdicional brasileiro como um todo, para que possam tentar encontrar uma conclusão.

As mais diversas espécies de preceitos fundamentais foram discutidas pela doutrina e pela jurisprudência, alguns acreditam que poderia existir uma definição ampla, capaz de trazer um conceito. Outros vislumbram que o rol de preceitos fundamentais seriam as cláusulas pétreas, os direitos fundamentais, os princípios fundamentais, os relacionados a estrutura da federação, participação política e organização dos poderes.

Gabriel Dias Marques da Cruz, entende que esta diferenciação se dá em espécies através da definição de normas materialmente constitucionais, que a depender do interprete seriam mais e mais amplas, abrangendo diversas possibilidades. Ele frisa, que é impossível construir uma fundamentação teórica pronta e acabada, pois, existe a mutabilidade da constituição, dos direitos e da própria sociedade, mudando por fim, a visão do que seria fundamental a partir da história. (2011, pg 55)

Por fim, a conclusão que pode-se traçar a partir de toda esta discussão e embasamento teórico é que nem a lei 9.868/99 e nem a Constituição Federal deixa claro ou delimita o que seriam os preceitos fundamentais, sendo assim, a jurisprudência, tem o importante papel, juntamente com a doutrina de ser o pioneiro, para que assim possam efetivamente serem os guardiões da Constituição.

3.4 OBJETO DE CONTROLE DA ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental trouxe mudanças significativas ao sistema brasileiro, transformando o controle de constitucionalidade, ampliando seus objetos.

A Constituição, ao descrever a Arguição de preceito fundamental, apresenta como objeto “atos do poder público. Sendo assim, vislumbra-se todos os atos do poder público, sendo eles normativos ou não. Ou seja, qualquer ato ou omissão do poder

público, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à carta magna, federal, estadual ou municipal e por fim, advindo de qualquer órgão ou entidade.

Cabe aqui elucidar o posicionamento do Ministro Celso de Mello relator na ADIn 466:

“A questão suscitada pelo ajuizamento da presente ação direta – que visa impugnar, em tese, mera proposta de emenda à constituição – impões a análise do tema concernente ao tempo ou momento de instauração do controle normativo abstrato. Sob este aspecto J.J CANOTILHO (“op. cit”, p. 710) – “pode fazer -se antes dos diplomas entrarem em vigor – “controle preventivo” – ou depois de as normas serem plenamente válidas e eficazes – “controle sucessivo”. (...) O direito constitucional positivo brasileira, ao longo da sua evolução histórica, jamais autorizou – assim como a nova Constituição promulgada em 1988 não o admite – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal (...). “ (STF - ADI: 466, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 03/04/1991, Data de Publicação: DJ 10/05/91 E – 1618 -1)

A conclusão que se pode chegar neste ponto, é que, não é todo ato do poder público que pode ser tocado pelo controle jurisdicional. Neste caso, o Ministro Celso de Mello enuncia brilhantemente o entendimento do Supremo Tribunal Federal frente à questão das proposições normativas, que não podem ser objetos deste controle antes da sua vigência.

Por fim, a Lei 9.868/99 limitou o objeto aos atos do poder público, excluindo destes os atos particulares, sendo assim, o legislador deixou uma mudança importante para trás, pois, a ADPF poderia vir a ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais face estes atos.

O próximo passo dentro deste referido tópico é a análise específica de alguns atos relevante, que podem ser objeto da Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.4.1. Atos normativos e não normativos

Conforme já disposto no tópico anterior, todos os atos normativos que sejam advindos do poder público podem fazer parte do bojo de controle da ADPF.

Atos normativos legais tais como, emenda constitucional, leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, resoluções e decretos legislativos. Além destes, os atos normativos infralegais, decretos, as portarias, os despachos e pareceres normativos, entre tantos outros.

Na opinião do doutrinador Dirley da Cunha Júnior, existe uma mudança clara, uma inovação no contexto do controle de constitucionalidade abstrato, visto que, anteriormente o entendimento do Supremo Tribunal Federal era de restringir e não admitir que a legislação infralegal pudesse ser alvo do controle jurisdicional, afirmando que, ao ponto que estes atos regulamentam respectivas leis, o objeto de parâmetro deveriam ser as mesmas, tornando-se uma ilegalidade e não uma inconstitucionalidade.

Para o autor: “A posição do Supremo Tribunal Federal resultava por flexibilizar o princípio da legalidade, compreendido tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei, quanto sob a modalidade do princípio da reserva legal, esvaziando o próprio significado deste princípio constitucional (...) E sob o frágil argumento de ausência de violação direta à Constituição” (2012, pg 336)

Sendo assim, com a criação da ADPF esta visão se transformou, ampliando os conceitos e reformulando uma visão claramente ultrapassada o STF frente ao controle jurisdicional.

Os atos não normativos também fazem parte do conteúdo que pode sofrer o controle jurisdicional por meio da ADPF, atos concretos ou individuais do Estado e da Administração pública, atos administrativos, atos regidos pelo direito privado, decisões judiciais, atos políticos, as omissões e tantos outros, desde que violem preceitos fundamentais.

3.4.2. Atos municipais

Os atos municipais não fazem parte do contexto de nenhuma outra ação do controle de constitucionalidade concreto – abstrato, sendo por fim, apenas objeto do controle de constitucionalidade estadual, de competência dos Tribunais específicos e do controle incidental frente a carta federal.

A Constituição federal não especificou amplamente os objetos que poderiam ser fonte da arguição de preceito fundamental, diferentemente do que a Lei 9.868/99 fez com as demais ações. A ADI especificamente lida com atos federais e estaduais, assim como a ADC e a ADO. Neste contexto, a ADPF mais uma vez inova, trazendo os atos e leis municipais para serem contestados frente à Constituição federal.

Para Fabio Cesar dos Santos Oliveira, ao aceitar lei ou ato normativo ou não municipais, se está preenchendo uma lacuna deixada no âmbito da ADI, que excluía estas normas do sistema do controle abstrato frente ao Supremo Tribunal Federal, que apenas poderiam ser conhecidas mediante Recurso Extraordinário. Para este: “Ao fazer menção expressa de que exercício da ADPF seria disciplinado “na forma da lei”, o constituinte concedeu permissão ao legislador para abarcar hipóteses em que se verificassem violação às normas constitucionais que, no entanto, não eram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal”. (2004, pg 132)

Frisa-se que a importância maior aqui é que, com a decisão que será proferida erga omnes, existirá uma diminuição abrupta dos recursos que chegarão ao STF para serem julgados. Sendo assim, por meio da ADPF existe uma efetivação e celeridade maior nos processos que abarquem este conteúdo.

3.4.3. Atos anteriores à Constituição de 1988

Este é um ponto extremamente controverso dentro da sistemática brasileira, analisar atos e leis anteriores à Constituição vigente.

O Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da nova Carta Federal, entendia que não seria possível a análise do que fora pré-constitucional, sob o argumento que seriam revogadas por conta da sua incompatibilidade com a nova norma.

O *leading case* que foi essencial para a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi a ADIn nº 02, que segue:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em

face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (STF - ADI: 2 DF, Relator: Min. PAULO BROSSARD, Data de Julgamento: 06/02/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-11-1997 PP-60585 EMENT VOL-01892-01 PP-00001)

Neste mesmo julgamento, alguns Ministros como Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Néri da Silveira, foram de encontro ao posicionamento do relator, afirmando que este tipo de conflito, entre direito pré-constitucional e nova Constituição deveria ser solucionado por meio dos princípios do direito intertemporal. Porém, ao final de muitos debates e discordâncias, prevaleceu a tese que até hoje é aceita pelo Supremo Tribunal Federal, de que é possível sim, utilizar o controle de constitucionalidade abstrato sob o direito anterior a Constituição vigente.

O ilustre doutrinado Dirley da Cunha Júnior, explana com maestria que:

“O equívoco do STF residia no fato de que as questões de inconstitucionalidade não se resolvem no plano do direito intertemporal ou do critério cronológico do *lex posterior derogat lex priori*, e sim no plano do critério hierárquico ou da validade. O juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é um juízo acerca da validade de uma lei ou de um ato do poder público em face da Constituição que lhe serve de fundamento. Assim, se uma lei anterior, em face da nova Constituição, pede seu fundamento de validade, por não se compatibilizar materialmente com a nova ordem jurídico- constitucional, ela é inválida, ou seja, inconstitucional.” (2012, pg 340)

Depois de brilhante explanação, fácil compreender que o critério cronológico não poderia ser aplicado, visto que, era necessário normas de igual hierarquia e materialmente contraditórias, o que não se aplica quando se coloca frente a frente a Constituição e uma lei ordinária, sendo assim, não poderia haver revogação automática.

3.5 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADPF

Os aspectos processuais da ADPF foram introduzidos no sistema jurisdicional brasileiro pela Lei 9.882/99, trazendo características e regulamentações específicas.

Neste diapasão, será averiguado aqui a ADPF como parte do Controle Jurisdicional Concentrado, posto seu caráter ambivalente, trazido pela doutrina. A ambivalência da ação se apresenta com duas espécies, nominadas pela doutrina como autônoma e incidental.

A ADPF autônoma é aquela que se insere no processo de controle concentrado de inconstitucionalidade, questionando de forma direta a constitucionalidade de algum ato do poder público. Ou pode a ADPF incidental, quando ocorre dentro de um processo em tramite, trata como questão prejudicial, que leva a suspensão do mesmo até uma decisão definitiva.

Será tratado neste tópico apenas uma parte sucinta de como se processa a dita ADPF incidental, que tem como norma constitucional o art. 97 e complemento no CPC.

Em um processo corrente, quando houver arguição acerca da inconstitucionalidade, tem-se três caminhos a serem seguidos: O primeiro quando se considera a constitucionalidade, devendo o processo seguir normalmente o seu fluxo. O segundo quando se considera a inconstitucionalidade, o processo deve ser suspenso, a questão deverá ser enviada ao Pleno ou Órgão colegiado do tribunal, para que seja decidido quanto à preliminar, averiguando ser possível ou não o processo voltar ao seu caminho. O terceiro caminho ocorre quando existe uma decisão anterior sobre aquela questão, pelo STF ou pelo próprio Tribunal, podendo-se reconhecer de pronto a inconstitucionalidade de forma autônoma. (CRUZ, 2011, pg 70)

Um ponto importante a ser posto, é que, todos os parâmetros utilizados para a Arguição autônoma, são também utilizados na Arguição incidental, como, legitimidade, competência de julgamento, procedimento, objeto, questões acerca da medida liminar, objeto, decisão e inclusive e essencial, seus efeitos.

J. J. Gomes Canotilho brilhantemente infere que a arguição incidental fez nascer uma espécie de controle misto. (2003, pg 921) E Dirley da Cunha Júnior o complementa afirmando que na verdade, a Arguição incidental permite ao STF uma

decisão antecipada sobre as questões constitucionais, pois, o recurso extraordinário demoraria anos.

Porém, mesmo com todo este aparato positivo frente à arguição incidental, o art. 1º da Lei 9.882/99 foi questionado diante do STF a sua constitucionalidade, na ADIn 2.231 – DF:

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 arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição 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 arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os 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 arguição 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 arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada."). ADInMC 2.231-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.

O julgamento desta ADI 2.231 não foi concluído ainda, por conta do pedido de vistas de um dos Ministros. Porém, o voto do relator já clarifica bastante a ideia que a doutrina vem defendendo e que é aplicada pelos tribunais pátrios.

Partindo para o próximo passo dentro dos aspectos processuais, tem -se a legitimidade para a propositura da ação. O art. 2º da Lei 9.882/99 "Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

O inciso dois que tinha o seguinte texto: Art.2º, II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público. Foi vetado pelo Presidente da República, pois, já existia para os cidadãos a arguição incidental. A doutrina criticou muito esta decisão, Gabriel Dias Marques da Cruz, afirma que manter o inciso segundo beneficiaria todo uma população através da tomada de consciência sobre a necessidade de proteção da Constituição. (2011, pg 77)

Porém, por outro lado, observa-se que o número de ações poderia ser ampliado de forma exponencial, afetando o Supremo Tribunal que já tem tantas atribuições.

O ilustre autor citado, afirma que para que fosse possível dirimir a quantidade de ações, seria necessário um mecanismo de filtragem de ações mais eficiente, para que apenas chegasse ao STF o que realmente fosse de sua atribuição e competência, sem vícios. (2011, pg 77)

Já foi tratado no capítulo anterior, quando descrevemos a ADI, ADC E ADO, quanto aos legitimados o art. 103º, I à IX da Constituição Federal e sobre a pertinência temática de alguns deles. O mesmo se aplica a ADPF na sua íntegra.

O papel do Procurador Geral da República é essencial dentro dos processos que envolvem a ADPF. Este terá uma dupla função, pode ser o proponente da ação, conforme previsto no art. 103, VI em conjunto com o art. 2º, I da Lei 9.882, como terá também o papel de se manifestar nos demais processos, fiscalizando o teor do feito.

O Advogado Geral da União, na ADPF não tem um papel obrigatório, pelo menos não estabelecido pela Lei 9.882, que traz em seu art. 5º, §: § 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.”. Ou seja, existe a possibilidade de oitiva. O art. 103, § 3º apenas traz a sua obrigatoriedade quando for em defesa da lei, o que pode não ocorrer nos casos da ADPF.

Quanto a oitiva dos órgãos e entidades, a Lei 9.882 previu:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito 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. § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

A quem da possibilidade de oitiva obrigatória dos envolvidos pela própria lei ou ato impugnado, tem -se diversas outras possibilidades, trazendo um debate mais completo, para auxiliar os julgadores a tomarem a melhor e mais completa decisão.

O *amicus curiae* é um instituto muito importante que foi trazido pela lei, pois, abarca pessoas com conhecimentos elevados sobre as matérias, assim como, pesquisadores, entidades de classe e etc.

Dentre os aspectos processuais a “decisão liminar, final e seus efeitos” é um elemento de extrema importância. Na ADPF a decisão liminar esta abarcada no art. 4º da lei tão citada, 9.882/99, e prevê que só pode ser indeferida em casos de não cabimento da ADPF para o pleito, petição inepta e na falta de algum requisito essencial para o ajuizamento da ação.

Para haver deferimento da liminar monocraticamente, art. 5, caput e § 1º, três critérios são necessários, o primeiro é a extrema urgência, o segundo é perigo de grave lesão e o terceiro é quando o Tribunal está em período de recesso, em todos os casos o Pleno precisa confirmar a decisão, através de maioria absoluta. O mesmo quórum é exigido para o deferimento da liminar primariamente pelo Pleno.

Já a decisão final, esta prevista no art. 8º da lei suprema mencionada, que regulamenta a presença de no mínimo dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, oito membros, para que possa ser instaurada a sessão de julgamento.

O quórum necessário para o julgamento em si, no texto originário da lei, era a manifestação de dois terços dos Ministros, e estava abarcado no §1º do art. 8, porém, foi retirado por veto presidencial com o argumento de que seria maior que o utilizado para a ADI. A maioria da doutrina aceitou o veto como uma decisão, pois, o excesso de quórum poderia dificultar o processo de votação. Por fim, o quórum será o da maioria absoluta.

O conteúdo da decisão final da ADPF vai além do simplório, diria, ato de reconhecer ou não o descumprimento do preceito fundamental em questão, pois, é necessário comunicar as autoridades ou órgãos responsáveis para que cesse a violação. Para tanto, o art. 10 da lei 9.882/99 traça um passo a passo:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1o O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2o Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3o A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

A decisão tem de fixar o modo e as condições de interpretação e aplicação do objeto que foi violado, após isto, devem ser notificados os responsáveis e finalmente

destaca que a decisão terá efeito erga omnes e vinculante, ou seja, obrigatórios para todos do Poder Público. Caso o objeto seja um ato normativo, o *decisium* opera retroativamente e alcançando todos os atos desde o nascimento.

Porém, é possível segundo o artigo 11 da referida lei, que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos da decisão prolatada, considerando dois critérios polêmicos e subjetivos, o da segurança jurídica e excepcional interesse social. Gabriel Dias Marques da Cruz afirma que parte da doutrina considerou o dispositivo inconstitucional, por trazer uma competência para o STF por meio de legislação infraconstitucional. Por outro lado, existem correntes doutrinárias que defende a mudança, por conta de todo o dinamismo e flexibilidade que a mesma trouxe, por conta de questões complexas indesejadas que poderiam surgir com a retroatividade dos efeitos da decisão. (2011, 100/101)

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou a respeito do tema, porém, pela tendência analisada neste estudo, vislumbra-se que a flexibilidade e o dinamismo frente a estas questões é algo que vem sendo bem aceito, através da inclinação pela anulabilidade da lei inconstitucional.

Por fim, o artigo 4º, §1º da Lei 9.882/99, prevê o seguinte:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

O que significa dizer, que a ADPF só poderá ser utilizada caso não haja nenhum outro meio disponível no sistema jurisdicional para a proteção do que se pretende.

Dirley da Cunha Júnior, explana com maestria sobre a questão: “Tal disposição consagra o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, em face do qual, a arguição só pode ser admitida na hipótese de inexistir no sistema jurídico, outro meio eficaz e célere capaz de sana, completa, eficaz e definitivamente, a lesão a preceito fundamental. (2012, pg 362)

O Supremo Tribunal Federal, em conformidade com o que determina o artigo descrito acima, indeferiu liminarmente a ADPF 13, motivada pelo princípio da subsidiariedade, segundo o voto do Ministro Ilmar Galvão:

Vistos, etc. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Mesa da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo contra ato do Conselho Superior da Magistratura paulista, consubstanciado na edição do Provimento nº 747, de 28 de novembro de 2000, que reorganizou as delegações de registros e de notas no Estado. Alega a argüente que o ato de poder impugnado é lesivo aos preceitos fundamentais expressos nos arts. 2º e 5º, caput, da Constituição Federal, que consagram, respectivamente, os princípios da separação dos poderes e da legalidade. A argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Carta da República e regulada pela Lei nº 9.882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado, conforme dicção expressa do art. 4º, § 1º, da mencionada Lei nº 9.882/99. No caso dos autos, a impugnação suscitada pela Mesa da Assembleia Legislativa de São Paulo poderia ser manifestada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, meio eficaz bastante para sanar eventual lesividade do provimento sob enfoque. Registre-se, por outro lado, que o mencionado Provimento nº 747/2000 é objeto da ADI 2.415, de que sou Relator, formalizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG. Evidente, desse modo, a ausência do requisito previsto no referido art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, uma vez que os efeitos lesivos do ato impugnado podem ser sanados por meio eficaz que não a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do artigo 4º, da Lei nº 9.882/99, determinando o arquivamento do feito. Publique-se. Brasília, 29 de março de 2001. Ministro ILMAR GALVÃO Relator (STF - ADPF: 13 SP, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 29/03/2001, Data de Publicação: DJ 05/04/2001 P-00004)

Existem, porém, duas teorias sobre a questão tratada pelo princípio da subsidiariedade; A primeira se apresenta afirmando que grande parte das vezes é possível recorrer a outro meio, ação ou recurso, no campo do controle jurisdicional, esvaziando assim o objeto da Arguição. A segunda teoria seria de que a ADPF seria subsidiária apenas dentro das ações cabíveis para o controle de constitucionalidade principal, no qual faz parte o processo objetivo. (CRUZ, 2011, pg 97)

Gabriel Dias Marque da Cruz, afirma que concorda com a crítica feita pela doutrina, ao tratar uma ação que tem por função proteger preceitos fundamentais, algo tão importante, como subsidiária, ou seja, através do esgotamento de outros meios. Para ele fica claro, que o controle de constitucionalidade no Brasil necessita de uma reformulação. (2011, pg 98)

Dirley da Cunha Júnior inova, com uma visão completamente diferente. Para ele, o princípio da subsidiariedade se aplicaria apenas a arguição em seu caráter incidental

(comportando exceções). O legislador teria a intenção de criar uma ação exclusiva e própria para a proteção dos preceitos fundamentais, sendo assim, as outras ações, como ADI, ADC, ADO, seriam subsidiárias à ADPF, ficando com a proteção das demais normas.

Fabio Cesar dos Santos Oliveira compara o direito brasileiro com o espanhol, trazendo como parâmetro do recurso de amparo, meio subsidiário, pelo qual se protegem direitos fundamentais frente ao Tribunal Constitucional Federal. Pontua que: “(...) Em face da coexistência de outros meios jurídicos aptos a reparar a lesão arguida, deveria resguardar sua competência para exercê-la após o prévio esgotamento das vias judiciais comuns, pois, caso fosse antecipado o julgamento da questão constitucional, seria privada, dos juízes e Tribunais inferiores, a competência na qual foram constitucionalmente investidos” (2004, pg 163)

O Ministro Celso de Mello se posiciona de forma contundente no seu voto como relator da ADPF 17:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF,ART. 102, § 1º). AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99,ART. 4º, § 1º). EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO.- O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3-CE, ADPF 12-DF e ADPF 13-SP.A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental. O Governador do Estado do Amapá ajuizou a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, com o objetivo de obter a declaração de nulidade dos atos de nomeação e de investidura de seis (6) Desembargadores do Tribunal de Justiça local, em ordem a viabilizar - segundo sustenta - a cessação de gravíssimas transgressões que teriam sido praticadas, naquela unidade da Federação, contra princípios constitucionais de valor essencial, consagrados nos arts. 1º, III, e 5º, XXXVII, LIII e LIV, todos da Carta Política (fls. 8/11). Pretende-se, ainda, em consequência da invalidação dos atos em questão, que se restaure o status quo ante, para permitir, ao Chefe do Poder Executivo local, a instalação, em bases legítimas, do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, com estrita observância do art. 235, incisos V e VI, da Constituição da República (fls. 65). Cabe examinar, preliminarmente, a admissibilidade, no caso, da argüição de descumprimento de preceito

fundamental, em face do que se contém no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que assim dispõe: "Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade." Ve-se, pois, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada, se se demonstrar que, por parte do interessado, houve o prévio exaurimento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento positivo, capazes de fazer cessar a situação de lesividade ou de potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados. Foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade, não conheceu, quer em sede plenária (ADPF 3-CE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES), quer, ainda, em decisões monocráticas (ADPF 12-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO -ADPF 13-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), de argüições de descumprimento de preceito fundamental, precisamente por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais - tais como o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade (por violação positiva da Carta Política), o agravo regimental e o recurso extraordinário (que admitem, excepcionalmente, a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) e a reclamação -, todos eles aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados. Como precedentemente enfatizado, o princípio da subsidiariedade - que rege a instauração do processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental - acha-se consagrado no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que condiciona, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor. O legislador, ao dispor sobre a disciplina formal desse novo instrumento processual, previsto no art. 102, § 1º, da Carta Política, estabeleceu, no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que não será admitida a argüição de descumprimento de preceito fundamental, "quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que 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. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público. Essa, porém, não é a situação que se registra na presente causa, eis que o argüente dispõe de meio processual idôneo, capaz de afastar, de maneira efetiva e real, a situação de lesividade que por ele é ora denunciada neste processo. (...) 20 de setembro de 2001. Ministro CELSO DE MELLO Relator 6 (STF - ADPF: 17 AP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/09/2001, Data de Publicação: DJ 28/09/2001 PP-00064)

O Ministro se mostra muito coerente e consciente do papel importantíssimo da arguição de descumprimento e do próprio STF na interpretação deste frente ao princípio da subsidiariedade, e exprime que, deve existir uma flexibilização visto que, a mera possibilidade de existirem outros meios não legitima a não utilização da ADPF. Mas, ainda assim, não chegou a um consenso real sobre o tema, deixando claro ser algo discricionário que deve ser observado com cautela pelo Tribunal.

4 TEORIAS SOBRE A FUNCIONALIDADE DA ADPF

Diversas são as controversas sobre a Arguição de descumprimento de preceito fundamental, como podemos descrever ao longo deste estudo. Existem questões relativas ao seu conteúdo semântico, quanto ao seu objeto, quando a sua utilização subsidiária e estas problemáticas não tem uma teoria utilizada em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Por isso, mesmo depois de todo um estudo severo e amplo abarcando diversos grandes autores do Direito Constitucional e especificamente do Controle de Constitucionalidade, faz essencial a presença destas duas brilhantes teorias.

André Ramos Tavares, através da manutenção da ADPF, vislumbrando uma nova visão sobre o instituto e sobre todo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pondo no mais alto patamar a ação que acredita defender os mais importantes pontos da Constituição brasileira.

Gabriel Dias Marques da Cruz, vem com mudanças, através da extinção completa do instituto da ADPF, acreditando que não existe mais espaço para as confusões terminológicas e principiológicas existentes, propondo por fim, uma abordagem de repaginação no sistema de controle de constitucionalidade como um todo e manutenção dos preceitos fundamentais como objeto de uma ação pré-existente.

Ambas as teorias têm seus méritos, porém, o Supremo Tribunal Federal ainda não se debruçou sobre o instituto da ADPF como já deveria ter sido feito a anos atrás, permanece por fim, diversos julgados, com entendimentos diversos e debates intensos, que acabam por não levar o conteúdo protegido por esta ao patamar de máxima importância que necessita.

Discorrerei sobre cada uma delas e seus pontos importantes e a maneira como os autores entendem que deveria se dar esta mudança, a partir daí, farei uma análise crítica sobre as teorias e sobre a funcionalidade da ADPF nos dias de atuais.

4.1 TEORIA APLICADA POR ANDRÉ RAMOS TAVARES

O ilustre autor é o primeiro a adotar uma posição teórica sobre o tema, André Ramos Tavares na sua obra “Tratado da Arguição de Preceito Fundamental, Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99”, inova trazendo soluções para o funcionamento da ADPF.

O autor começa ilustrando que:

“A arguição não é instituto de caráter “residual” em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Dai o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a arguição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações” (2001, pg 238)

Sendo assim, o autor entende que dentre todas as ações a de maior relevância seria a ADPF, visto que as outras ações seriam subsidiárias frente a ela, por força de lei e por conta das normas constitucionais aplicadas à proteção desta. Pontuando ainda, que o Artigo 4º da Lei 9.868/99 possibilita o cabimento da arguição em outras possibilidades, quando não houver outro meio eficiente. (2001, pg 244)

Conceitua os preceitos fundamentais como sendo formado por princípios e regras que tem como conteúdo os valores essenciais (materialmente) de todo o ordenamento jurídico, nomeando-os de princípios e regras jurídico- constitucionais de caráter fundamental. (2001, pg 245)

Afirma que é necessários mudanças de parâmetros para que o sistema brasileiro possa ser dinâmico, não se prendendo a uma prática jurídica consolidada através da história, exemplificando com a ADI, antigamente chamada de representação inconstitucionalidade, na qual tinha por objeto os princípios constitucionais, porém, ao ser transcrita para a Constituição, teve seu objeto ampliado, porque houve uma evolução ao ver do novo junto a jurisprudência e a doutrina. (2001, pg 247)

O autor trabalha bastante a ideia de que a mudança é algo positivo para o sistema e que é preciso aprender a superar os preconceitos e pré-conceitos concebidos como verdades, sem se desviar dos grandes pilares que regem o sistema do controle de constitucionalidade. (2001, pg 248)

Nesta teoria a ADPF é posta como ação principal do controle, que protege os fundamentos básicos da constituição, seus pilares, principalmente por se tratar de uma carta analítica.

O autor define a ADPF como: “uma ação judicial, de competência ordinária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo, cujo fundamento é o descumprimento de preceito constitucional que consagra valores basilares do Direito Pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal.” (2001, pg 249)

Propõe o princípio da simetria frente a esta ação, ou seja, que todas as Cartas Estaduais tenham previsão da ADPF para que possam proteger seus preceitos essenciais (e até mesmo elenca-los) dos atos públicos, através de um rito próprio, sendo de competência dos Tribunais de Justiça o seu julgamento, e preferencial – como ocorreu com as ações diretas interventivas estatais. (2001, pg 250)

O autor traz a possibilidade de a arguição ter um caráter avocatório, ou seja, sempre que a questão constitucional se fizer relevante surgir de um processo de cunho subjetivo, caberia ao Supremo Tribunal Federal suspender o processo ou, mesmo que já exista decisão, reexamina-lo. (2001, pg 255)

Este ponto, é complexo e este mesmo apresenta as críticas doutrinárias frente ao caráter avocatório, que atualmente não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, ao observar do autor, seria uma forma de tornar ainda mais célere e eficiente o processo de análise e julgamento da violação constitucional.

Preconiza o doutrinador que haveriam duas modalidades de arguição de preceito fundamental, a autônoma e a incidental. Sendo a autônoma uma ação teria seu objeto ligado diretamente à violação da constituição e a incidental, na qual seria necessário um processo subjetivo para que pudesse ser observada a violação de preceito fundamental e então suscitada o descumprimento. Após alcançarem o

âmbito do Supremo Tribunal Federal, ambas andariam sobre o mesmo rito processual, análise e admissibilidade. (2001, pg 281 e seguintes)

Quanto ao processo da ADPF, o autor não se preocupa em aplicar mudanças significativas, mantendo a competência do Supremo Tribunal Federal, o juízo prévio de admissibilidade, a participação do Procurador Geral da República, a oitiva dos órgãos ou entidades envolvidas, e em caso de necessidade de maiores informações de entidades externas ao processo.

A teoria do ilustre autor inova ao perceber a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental como essencial e tendo máxima importância frente às demais ações, visto ter como o objeto de parâmetro a violação de bens constitucionais fundamentais.

Por ser um dos pioneiros, o autor não apresenta em seu livro críticas a outras teorias, pois, ao tempo, acredito não ter havido nenhuma. Gabriel Dias Marques da Cruz, como veremos a seguir, traz todo um embasamento teórico crítico frente à teoria apresentada por André Ramos Tavares, que é de extrema importância ser posto neste estudo, para melhor compreensão das ideias do autor.

4.2 TEORIA APLICADA POR GABRIEL DIAS MARQUE DA CRUZ

O brilhante autor, Gabriel Dias Marques da Cruz em sua obra “Arguição de descumprimento de preceito fundamental, lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro”, traz algumas noções básicas sobre a ADPF, uma crítica a teoria de André Ramo Tavares e inova, trabalhando uma teoria de sua autoria.

Quanto aos questionamentos feitos à teoria aplicada por André Ramos Tavares, o autor coloca alguns pontos a serem pensado: Considerar o sistema como um todo e não em parte, manutenção de ações em duplicidade e a inviabilidade de proteção dos preceitos fundamentais.

Afirma que: “Conceber a arguição de descumprimento sirva como medida principal na tutela dos princípios e regras fundamentais presentes em uma constituição analítica como a Carta brasileira de 1988 e exigir, ainda, maior celeridade em seu

processamento judicial significaria prestigiar uma ação ao preço de relegar as outras ao esquecimento completo” (2011, pg 110).

Sendo assim, restaria para as outras ações os preceitos não fundamentais constitucionais, o que esvaziaria o conteúdo das outras ações da jurisdição constitucional.

Para o autor, é importante que o Supremo Tribunal Federal lide com ações relevantes em que sejam prestigiadas todas as ações e que não haja entre elas uma sobreposição ou desproporção em número de ações. Atualmente, ele demonstra através de dados retirados do site do próprio STF, que entre 870 ADIs julgadas integral ou parcialmente procedentes, tem-se 6 ADCs julgadas, e nestes mesmos moldes 5 ADPFs. Ademais, nota-se ainda, uma desproporção entre as ações do controle de constitucionalidade e os remédios constitucionais, que se apresentam em número astronomicamente maior. (2011, pg 112)

Vale ressaltar que o estudo é do ano de 2011, e que naturalmente estes dados estão defasados hoje em dia. Mas, o que se pretende demonstrar aqui, é a discrepância, que de fato é enorme.

Quanto a manutenção da duplicidade de ações, o autor relata que não se justifica no âmbito do controle de constitucionalidade, enfatiza também que a intenção do doutrinador André Ramos Tavares foi de tentar compatibilizar algo que a Constituição criou, porém, não atacando o efetivo problema que está na indeterminação quanto a colocação de cada ação. (2011, pg 113)

Todas as ações são frutos de um mesmo poder constituinte, estando dispostas no mesmo art. 102, da Constituição, fazendo parte de um mesmo sistema de controle jurisdicional, porém, a solução para o doutrinador Gabriel Dias Marques da Cruz seria a final a eliminação de uma das ações, pois a manutenção apenas está trazendo dúvidas e dificuldades interpretativas, como acontece atualmente. (2011, pg 113)

Ao ver do autor, existe sim uma inviabilidade da proteção específica dos preceitos fundamentais, segundo este: “da noção de preceito fundamental, oportunidade que ficou demonstrada a inutilidade, por razões pragmáticas, da previsão da categoria como requisito a ser demonstrado para ajuizamento da arguição, pelo fato de ser

quase sempre admissível.” (2011, pg 114) Ou seja, este considera que existe uma incerteza, indeterminação quanto a este conceito, sendo assim, a ADPF não teria tutela determinável, não existiria um critério delimitador, e quase toda a Constituição poderia ser objeto de sua proteção.

Partindo para a proposta do autor, especificamente, este, parte da premissa que a ADPF é insuficiente normativamente falando, e que para melhorar as normas que abarcam o controle concentrado perante o STF, é necessária uma real mudança. (2011, pg 115)

A tese defendida é de que “(...) para aperfeiçoar o controle de constitucionalidade brasileiro reside em uma mudança normativa que contemple a extinção da ADPF do panorama do controle vigente, com a correspondente incorporação das matérias passíveis de aferição em seu objeto no bojo da ADI genérica.” (2011, pg 115)

Sendo necessário para a mudança três atributos:

A sistematicidade é um elemento de grande importância para que um sistema funcione com eficiência e diligência.

Para o autor, o invencionismo de soluções e interpretações feitas em cima da ADPF, quando se tem diversas ações com objetos sobrepostos. Definindo o campo de atuação de cada ação, fica mais fácil utiliza-las e compreende-las. (2011, pg 116)

Este menciona dois exemplos em que claramente existe uma confusão sobre a utilização das ações: “(1) o fato de o STF ter chegado, no julgamento da ADPF 72, a admitir uma ação como se fosse outra, fazendo uso da regra processual da fungibilidade de ações como objetivo de evitar o prejuízo ao impetrante. (2) o recurso à eventualidade em sede de petição inicial, que parte da convicção da possibilidade de rejeição pelo STF diante da ausência de algum pressuposto processual julgado de indispensável observância.” (2011, pg 116)

Portanto, entende que a existência de apenas uma ação que sirva para desencadear o processo do controle de constitucionalidade, seria ideal para uma melhora sistemática da tutela jurisdicional formado pelo Supremo Tribunal Federal. (2011, pg 117)

A discricionariedade é o segundo atributo posto na teoria do autor, que entende como competência do Supremo Tribunal Federal o juízo de admissibilidade da única

ação a ser proposta, fazendo uma análise da real relevância do objeto a ser protegido e fiscalizado. Ou seja, ele vislumbra que: “O atributo da discricionariedade pode ser conjugado ao da unicidade. É muito melhor, em termos de efetiva tutela jurisdicional, contar com uma ação com objeto enriquecido e controlável em sua admissibilidade pelo tribunal que contar com uma pluralidade de ações (..)” (2011, pg 119)

O terceiro e último atributo é o da efetividade, que nada mais é do que a produção de efeitos no plano material, diferenciando da eficácia jurídica que é a produção de efeitos da norma no campo jurídico. O respeito ao sistema de controle de constitucionalidade e juízo de admissibilidade seriam o caminho para a maior efetividade. (2011, pg 122)

Por fim, o autor propõe uma reformulação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir da análise dos atributos apresentados e de mudanças sistêmicas.

A primeira seria através da supressão da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, por entender que existem duas ações com objetos similares, além de que a subsidiariedade e os preceitos fundamentais, não encontram suficiente precisão teórica para delimitar o seu conteúdo. Como consequência, a Lei 9.868/99 também seria revogada.

A segunda mudança seria a de aperfeiçoamento e ampliação do objeto da Ação Direta de Constitucionalidade genérica, em três pontos específicos. (1) Quanto aos legitimados, propõe que se mantenha o rol do art. 103, I ao IX, acrescentando a iniciativa popular, através da coleta de assinaturas de 1% do eleitorado nacional, contando com 0,3% do eleitorado por Estado, art. 66, §2º. E ainda, a exclusão da pertinência temática para os legitimados especiais, visto que em processos objetivos não tem como requisito interesse direto das partes. (2) Quanto a necessidade de demonstração de violação a preceito fundamental, como juízo de admissibilidade através da análise de relevância. (3) Quanto a ampliação do objeto da ADI, acrescentando os atos normativos ou leis municipais, anteriores à Constituição de 1988, atos normativos secundários e por fim o controle jurisdicional de políticas públicas e permanência das emendas constitucionais. (2011, pg 134/135)

A terceira mudança é a previsão do incidente de inconstitucionalidade, que, bem é verdade é a manutenção, por meio da criação de uma emenda constitucional, da possibilidade de dentro de um processo subjetivo, se opor incidentalmente uma prejudicial, para que pudesse ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante. (2011, pg 135)

A quarta e última mudança, se opera na manutenção da qual se refere a admissibilidade do recurso extraordinário, que já começou a sofrer limitações através da emenda constitucional de numero 45, que trouxe a repercussão geral para delimita-lo. (2011, pg 137)

Para finalizar, a teoria do ilustre doutrinador Gabriel da Cruz propõe uma mudança profunda na estrutura do sistema jurisdicional brasileiro, com a extinção da ADPF, e a conseqüente ampliação da ADI, em diversos termos, desde os legitimados, até o seu objeto. Além disto, vislumbra como pode tornar o Supremo Tribunal Federal mais eficiente e célere, tratando apenas do que de fato é relevante para a Constituição.

4.3 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS TEORIAS E A FUNCIONALIDADE DA ADPF

Primariamente, ambas as teorias tratadas aqui advêm de ilustres doutrinadores, André Ramo Tavares e Gabriel Dias Marques da Cruz, e este estudo apenas pretende fazer uma análise crítica, com fundamento em números, jurisprudência, doutrina e opinião própria.

A ADPF é uma ação extremamente controversa, não sendo bem definida frente ao seu objeto, pois evidenciar o que seriam preceitos fundamentais, ao meu ver, seria uma tarefa árdua e de constante mudança. Concordando com os doutrinadores, seria algo de competência do Supremo Tribunal Federal decidir quais seriam os preceitos fundamentais dentro do texto analítico da Constituição, além disto analisando a sua relevância frente à sociedade e ao Estado democrático de direito.

Além disto, os parâmetros de violação abarcando todos os atos do poder público, é deveras amplo, dificultando uma análise mais precisa do Supremo Tribunal Federal quanto a estas. Acredito que, existem outros meios plausíveis para o controle de

atos não normativos, por exemplo, através de um processo comum, assim como atos políticos.

As teorias apresentam de forma brilhante alguns pontos da ADPF, porém, acredito que o artigo 4º, mesmo sendo preconizado pelo doutrinador André Ramos Tavares, não vislumbra o caráter da subsidiariedade inversa, ou seja, não torna as outras ações do Controle de Constitucionalidade subsidiárias à ADPF. Mas, sim, como a jurisprudência tem entendido, que a própria arguição seria a ação subsidiária.

Acredito que o sistema de controle de constitucionalidade precisa de mudanças, através de uma diminuição de ações e maior especificidade das mesmas, maior controle de parâmetros e objetos de violação.

A Constituição de 1988 é um texto analítico, então, existem ali muitas possibilidades de violações a preceitos fundamentais, por tentar consagrar todos os direitos fundamentais, princípios e outros. É impossível elencar todos eles de forma pontual, porém, de forma exemplificativa e genérica é possível, exemplo, tal ação será responsável pelo controle de constitucionalidade frente a tais e tais direitos.

Definindo e limitado os objetos de violação de cada ação do controle de constitucionalidade concentrado, vislumbro haver uma maior eficiência. Porém, não estamos aqui para teorizar e sim para fazer uma análise crítica sobre o instituto da ADPF.

Atualmente, vislumbro a ADPF como um instituto com um esvaziamento de conteúdo por conta de todas as dúvidas e incertas que existe dentro da sua concepção.

Por isso, é um instrumento não muito utilizado, ou porque não se consegue passar pelo primeiro exame de admissibilidade do Tribunal ou porque não é cabível no seu conteúdo ou por conta de não se ter tentado outros meios de defesa antes, e assim, a ação vai perdendo um pouco da sua força normativa.

O Supremo Tribunal Federal é um tribunal de excelência, com muitas concepções inovadoras, composta por Ministros do mais alto escalão de inteligência do Direito nacional. E ao falarmos dos tramites processuais que envolvem as ações de controle de constitucionalidade, percebemos que é bastante eficiente e célere dentro das possibilidades de volume de ações que este recebe.

Porém, com a atual conjuntura que esta passando a ADPF, é necessário que o STF repense a forma como está lidando com esta ação, pois, acaba por inviabilizar direitos legítimos por conta de ritos, esquecendo muitas vezes do compromisso que existe em preservar a Constituição em primeiro lugar.

Hoje estamos passando por uma fase, onde o direito se apresenta mais flexível em suas regras processuais, existem por exemplo o principio da fungibilidade de ações e ainda o retorno de uma petição que não contenha todos os requisitos, para que possa ser refeita.

Não podemos simplesmente ignorar este momento. É necessária uma ampliação de visão do Tribunal ou uma mudança frente à legislação e semântica do instituto da ADPF.

Atualmente no Brasil, o STF mantém em seu site institucional uma aba onde apresenta as estatísticas dos seus julgados. Abaixo se observa os números da ADPF:

Decisão	Qtd.	%
Improcedente	106	48,62%
Não Conhecida	60	27,52%
Não identificado	43	19,72%
Procedente	7	3,21%
Procedente em parte	2	0,92%
Soma:	218	

Decisão Final

Decisão	Qtd.	%
Adotado rito do Art. 12, Lei 9.868/99	27	45,76%
Deferida	16	27,12%
Deferida em parte	4	6,78%
Indeferida	6	10,17%
Não identificado	6	10,17%
Soma:	59	

Ao somar os números, chega-se à conclusão de que mais de 60% das ações propostas frente ao STF são julgadas improcedentes ou não são sequer conhecidas. O porque disto, se deve a toda esta controvérsia que paira em seu bojo.

Em uma pesquisa quanto a estes números, vislumbrei que o não conhecimento da ação advém dos critérios de admissibilidade, ou seja, o objeto que pretende ser tutelado não se encaixa ou o legitimado não é aceito. Quanto aos números de improcedências, eles advém em sua maioria, do princípio da subsidiariedade, ou seja, o impetrante não observou as ações cabíveis aquém da ADPF.

Apenas nove de todas as ADPFs que foram proposta frente ao Supremo Tribunal Federal, dentro de um universo de 218, tiveram o êxito de alcançar a procedência, mesmo que parcial. As Leis regulamentadoras existem desde o ano de 1999, fazendo uma pequena e rápida conta, temos aqui quase vinte anos, e apenas nove julgados.

Oportuno dizer, que uma ação de cunho tão importante como esta, não pode ter parâmetros tão difíceis de serem compreendidos e alcançados pelos que precisam de sua proteção. Ao defender a violação a preceitos fundamentais, é importante que tudo seja muito claro, pois, estamos tratando dos direitos mais precípuos, dos princípios e regras de mais alta estima de um sistema como o brasileiro, complexo.

Por isso, é importante analisarmos efetivamente qual é a atualmente a real funcionalidade da Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Hodiernamente, baseado nos números e todas as controvérsias e jurisprudência trabalhadas neste estudo, a funcionalidade da ADPF não mais é efetiva.

Observo que, hoje, caso não haja mudanças internas deste instituto, não exista mais espaço para esta ação no sistema do controle de constitucionalidade brasileiro, podendo seu conteúdo ser objeto de outra ação, com mudanças na sua proposta, trazendo pontos mais específicos e menos controversos.

Ou até mesmo, através de uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente a questão do princípio subsidiário, por exemplo, entendendo que o direito fundamental ali resguardado é mais importante e essencial que uma regra procedimental.

Talvez, com a maior flexibilidade, o instituto da Arguição de descumprimento de preceito fundamental possa ser efetivo, o que acredito, que seja um desafio, pois, em quase vinte anos, com os dados que apresentei acima, não houve sequer uma melhora numérica e teórica, compreendo ser difícil, sem uma mudança drástica de paradigmas que o instituto se erga.

Por isso, como forma de finalizar esta análise crítica sobre a funcionalidade da ADPF nos dias atuais e as duas teorias que tentam fazer com que este instituto possa ser e fazer cem por cento do objetivo que foi pensado para ele na sua criação, vislumbro que não adiantaria remendos teóricos. Para que de fato os preceitos fundamentais, tão importantes em nosso ordenamento, possam estar protegidos, assim como a Constituição como um todo, é essencial e imprescindível que hajam mudanças no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, elencando que todas as ações devem ser impactadas com estas, tanto no cunho processual, quanto no seus conteúdos específicos e objetos de proteção.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo tentou, sobre os vieses abarcar as possibilidades da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, explicando quais são os seus critérios, objetos, e quais as consequências das decisões sobre a procedência ou não da mesma, não só para a sociedade, como para as partes.

No segundo capítulo podemos analisar com clareza como ocorreu o desenvolvimento das constituições, desde o tempo mais remotos da Grécia antiga, passando por uma vida em sociedade, dentro das civilizações antigas, que já tratavam algumas normas como especiais, como forma de proteção e organização do Estado. E ainda, adentramos no histórico do controle de constitucionalidade no Brasil para trazer as evoluções e retrocessos ocorridos.

O Constituição de 1891 veio para representar uma grande evolução para o Direito Constitucional, criando o controle judicial da constitucionalidade das leis, porém apenas através do controle difuso- incidental, inspirado na legislação norte americana. A partir deste marco, as Constituições foram desenvolvendo e evoluindo em várias nuances, até chegar a Constituição de 1988. Esta foi a maior inovação de todas trazendo todo um amplo e complexo sistema de controle de constitucionalidade, dito misto, que contempla tanto o controle concentrado – abstrato, quanto o controle difuso-incidental.

Já no terceiro capítulo desenvolvemos um estudo profundo sobre a Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Trouxemos para tanto, o contexto histórico específico, trilhado por diversos projetos de leis complementares do dispositivo constitucional, que acabou por levar alguns anos de efetiva funcionalidade da ação e ainda das inspirações estrangeiras que fizeram confluência na sua criação. Aquém disto, tratamos também, dos objetos de controle da ADPF, assim como dos seus aspectos processuais.

O quarto capítulo é o ponto chave da tese defendida por este trabalho, trazendo duas teorias que abarcam mudanças importantes no sistema constitucional brasileiro, referindo-se especificamente, a ADPF e sua funcionalidade. A primeira teoria do autor André Ramos Tavares, prevê a manutenção da então ação, com

algumas mudanças de paradigmas frente a esta, tornando-a principal ação dentro do controle de constitucionalidade concentrado. A segunda teoria, do autor Gabriel Dias Marques da Cruz, trouxe críticas a teoria de André Tavares, e apresentou como solução uma mudança drástica, a extinção da ADPF e o remanejamento do seu objeto de proteção para a Ação direta de inconstitucionalidade, ampliando assim seu rol de competência e ao mesmo tempo, diminuindo o numero de ações existentes no nosso sistema.

Ao final, tivemos uma análise crítica sobre as teorias e sobre a então funcionalidade da ADPF, vislumbrando números institucionais do STF e considerando jurisprudências e doutrinas.

A ideia do presente trabalho não é chegar a uma solução, mas sim, analisar as possíveis teorias de mudança e concluir sobre a funcionalidade real atual do instituto.

Como forma de conclusão, podemos dizer que o presente estudo averiguo que ambas as teorias têm seus pontos de fragilidade e de êxito, e que atualmente, dentre os números e decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, o instituto da ADPF tem de mostrado esvaziado de conteúdo e eficácia, por conta de todas as controvérsias existentes sobre a mesma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional 16**, de 26 de novembro de 1965. Dispõe sobre alterações de dispositivos constitucionais relativos ao poder judiciário. Brasília, DF, 26 nov. 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

BRASIL. **Lei 9**, de 28 de fevereiro de 1945. Rio de Janeiro, RJ, 28 fev. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT009.htm>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

BRASIL. **Lei 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 dezembro 2017.

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 dezembro 2017.

BRASIL. **Lei 9.868**, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 26 dezembro 2017.

BRASIL. **Lei 9.882**, de 3 de Dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, 3 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 01 fevereiro 2018.

BRASIL. **Lei 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Dispõe sobre o Mandado de segurança individual e coletivo e da outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 26 dezembro 2017.

BRASIL. **Mandado de injunção n. 670-9**, Espírito Santo. de 25 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/mi670lew.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

BRASIL. **Senado Federal**. Decreto n. 510 de 22 de Junho de 1890. Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=388004>>. Acesso em: 01 fevereiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4662/600. DF. Relator: Celso de Mello. Data de Publicação: DJ 10 jan. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso em: 02 fevereiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 021/600. DF. Relator: Paulo Brossard. Data de Publicação: DJ 21 nov. 1997. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709449/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2-dfl>>. Acesso em: 05 fevereiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 13. SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de Publicação: DJ 29 mar. 2001. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14821774/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-13-sp-stf>>. Acesso em: 02 fevereiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 17. AP. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Publicação: DJ 28 set. 2001. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818536/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-17-ap-stf>>. Acesso em: 02 fevereiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n 253. Relatora: Min. Néri da Silveira. Brasília, DJ 05 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=2231&pagina=3&base=INFO>>. Acesso em: 03 fevereiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 33. PA. Relator: Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Publicação: DJ.06 agos. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743694/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-33-pa/inteiro-teor-103129167?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 fevereiro 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Assessoria de gestão estratégica. Estatística. DF. Data de Publicação: DJ 6 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>. Acesso em: 06 fevereiro 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade, Teoria e Prática**. Conforme a Lei 12.562 de 23 d dezembro de 2011. 6. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, conforme a Emenda Constitucional n. 67/2010. 5. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental, lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro**. única ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Comentários à Lei nº 9.882 de 03/12/1999**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. 4. ed. Portugal: Editora Coimbra, 1994.

SILVA NETO, Manuel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental. Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.