



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III GUARABIRA
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

DIÊGO TARGINO DA SILVA

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
UMA INOVAÇÃO NORMATIVA QUE AMPLIOU O ALCANCE DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

**GUARABIRA – PB
2016**

DIÊGO TARGINO DA SILVA

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
UMA INOVAÇÃO NORMATIVA QUE AMPLIOU O ALCANCE DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Kleyton Cesar Alves da Silva Viriato

**GUARABIRA – PB
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586a Silva, Diêgo Targino da
Arguição de descumprimento de preceito fundamental:
[manuscrito] : uma inovação normativa que ampliou o alcance do
controle concentrado de constitucionalidade / Diego Targino da
Silva. - 2016.
36 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.
"Orientação: Kleyton Cesar Alves d Silva Viriato,
Departamento de Direito".

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Preceito
Fundamental. 3. Subsidiariedade. I. Título.

21. ed. CDD 342

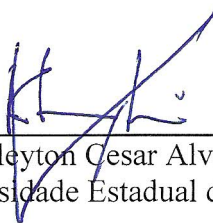
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
UMA INOVAÇÃO NORMATIVA QUE AMPLIOU O ALCANCE DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito
Constitucional

Aprovada em: 19/05/2016.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Especialista Kleyton Cesar Alves da Silva Viriato (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professora Doutoranda Hérica Juliana Linhares Maia
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professor Mestre Jossano Mendes de Amorim
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu pai (*in memoriam*), embora fisicamente ausente, jamais deixou de estar presente ao meu lado em pensamentos, dando-me força para superar mais essa etapa em minha vida. DEDICO

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por acreditar que nossa existência pressupõe algo infinitamente superior.

Aos meus pais, Severino Gilberto Targino da Silva e Maria Helena Targino da Silva, que sempre batalharam em prol da educação dos seus filhos, renunciaram ao conforto e, com o sacrifício e a dedicação de toda uma vida de trabalho árduo, proporcionaram para mim esta oportunidade ímpar, para além de seus próprios horizontes, e por tantas vezes terem moldado a sua vida à consecução dos meus objetivos.

A minha esposa, Sandra da Silva Paulino por acrescentar razão e beleza aos meus dias.

A minha filha, Sandrine Maria, que adicionou alegria no meu dia a dia e combustível aos meus estudos.

Aos meus irmãos, Hélio, Gidázio e Thiago, pelo auxílio que me prestaram na consecução deste sonho.

Aos meus sobrinhos, Thiaguinho, Maria Eduarda, Netinho, Lara e Maria Eloisa.

Ao ilustre professor e amigo, Kleyton Cesar Alves da Silva Viriato, que não mediu esforços para me auxiliar neste trabalho. A ele os meus sinceros agradecimentos.

A todos os professores do curso, pois foram personagens essenciais dessa minha caminhada, de luta, de quedas, mas, sobretudo de realizações.

Ao amigo Genivaldo Florêncio Batista, o policial com menos aparência de policial que eu conheço.

Ao amigo Jacson Daniel, uma das pessoas com a menti mais fértil que conheci. Um verdadeiro poeta da imaginação.

De maneira especial, aos amigos, Reginaldo Júnior e Marcos Aurélio, “vencemos o bom combate”.

Também agradecer aos amigos do “fundão”, Muryllo Monteiro, Joaquim Alvino, Alessandro Alustau, Raquel Ferreira, Felipe Rodrigues, Claudiano Gomes, Aldair Jerônimo, Jacson Cantalice, Jandilson Figueiredo, Herbert Santos e Fabiano Lima, sem vocês essa caminhada jamais seria a mesma.

Enfim, a todos aqueles que ajudaram de forma indireta e, que fizeram parte desta longa caminhada, minha eterna gratidão.

“Caso sirva para tudo, é bem provável que a
ADPF acabe não servindo para nada”
Luís Roberto Barroso.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
UMA INOVAÇÃO NORMATIVA QUE AMPLIOU O ALCANCE DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Diêgo Targino da Silva¹

RESUMO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental inicialmente era prevista no parágrafo único do art. 102, da Constituição Federal. Com o advento da EC n° 3/93 transformou-se no § 1° do mesmo artigo. Essa alteração não modificou a sua redação. As características e particularidades da ação foram entregues ao legislador ordinário que por meio da Lei 9882/99 deu eficácia plena a esse dispositivo constitucional, regulamentando finalmente a ADPF. Será feita uma abordagem demonstrando as distinções entre as duas modalidades de arguição além de apontar os procedimentos formais para sua propositura. Além do mais, será estudado um de seus pontos mais relevantes, que é o seu objeto, que ajudou de forma direta a preencher algumas lacunas do controle concentrado de constitucionalidade, permitindo um controle das normas municipais em face da Constituição Federal. Outra inovação é possibilidade de haver um controle de normas pré-constitucionais. O surgimento desse novo instrumento inserido no sistema do controle de constitucionalidade ampliou o campo de atuação da jurisdição do Supremo Tribunal federal.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade. Preceito Fundamental. Subsidiariedade.

1 INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF foi inserida no ordenamento jurídico pela EC n. 03/93. A ação está prevista no § 1°, do art. 102, da Constituição Federal e, representa uma das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Os estudos serão inspirados na legislação, jurisprudências, bem como, na doutrina mais abalizada.

Num primeiro momento serão analisadas brevemente as especificidades do controle de constitucionalidade para obter uma melhor compreensão dos assuntos abordados no decorrer do artigo. Logo após, serão explicados os pressupostos para a propositura da arguição ao abordar em tópico próprio a natureza subsidiária da arguição, além de levantar a questão da fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de

¹ Aluno de Graduação em Ciências jurídicas na Universidade Estadual da Paraíba – Campus III.
Email: diegotarginodasilva@hotmail.com

descumprimento de preceito fundamental, demonstrando a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Além do mais, será vislumbrada a questão da definição de um conceito acerca da expressão Preceito Fundamental, demonstrando tanto a posição da doutrina, quanto da jurisprudência.

Num outro momento, será explicada às distinções entre a modalidade da arguição autônoma e a incidental, demonstrando suas especificidades, com base na doutrina, na jurisprudência e na própria lei da ADPF. É importante analisar as duas modalidades, pois a primeira nasce num processo objetivo, enquanto a segunda decorre do controle difuso de constitucionalidade.

Será explicado o objeto de atuação da arguição que são os Atos do Poder Público, as leis criadas anteriores a promulgação da Constituição de 1988, o Direito Municipal em face da Constituição, os Atos Políticos, Controle na elaboração de atos legislativos, Atos normativos secundários, e por fim, a possibilidade de atuação da Arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de decisões judiciais.

Também serão levantadas questões procedimentais, como por exemplo, os requisitos que devem conter na petição inicial, além dos seguintes pontos processuais: Legitimidade, Competência, Medida Cautelar, Efeitos da decisão na arguição de descumprimento, Atuação do Procurador Geral da República, Atuação do Advogado Geral da União, além da atuação do Amicus Curiae.

Ante ao exposto, o presente trabalho objetivou realizar uma análise acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental demonstrando que a sua entrada no rol de ações do controle concentrado de constitucionalidade propiciou um avanço no campo da atuação da jurisdição do Supremo Tribunal federal fortalecendo o sistema de controle.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é a verificação da compatibilidade de lei ou ato normativo perante a Carta Magna, numa perspectiva formal e material. Em suma, é um mecanismo de correção que visa proteger a supremacia da constituição e a unidade do ordenamento jurídico. Uma das funções primordiais do controle de constitucionalidade é

garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais, para que os cidadãos possam recebê-los de maneira integral.²

A Constituição é fragmentada em três partes, na primeira, temos o preâmbulo, depois vem o corpo físico e por fim os atos das disposições constitucionais transitórias – ADCT. Tanto as normas do corpo fixo quanto as do ADCT podem ser parâmetro do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o preâmbulo não é parâmetro para o controle de constitucionalidade, pois ele é desprovido de normatividade, além de não ser norma de reprodução obrigatória, sendo, portanto, fonte de inspiração política que serve apenas como fonte de interpretação.³

Ademais, existem quatro principais princípios norteadores do controle de constitucionalidade, são eles: Princípio da Supremacia da Constituição; Princípio da rigidez constitucional; Princípio da presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias e por fim, o Princípio da presunção relativa de constitucionalidade das normas constitucionais derivadas e das normas infraconstitucionais.

O principal princípio norteador do controle de constitucionalidade é o da Supremacia da Constituição, pois, ao deixar a constituição no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, exerce uma função primordial impedindo que qualquer norma seja elaborada em desacordo com a Carta Magna, ou seja, evita que novas normas atropelam princípios e regras consagrados no texto constitucional.

Quanto aos princípios da presunção relativa e da presunção absoluta de constitucionalidade, o primeiro se refere aos atos praticados pelos poderes legislativo e executivo, desse modo, todas as normas secundárias possuem presunção relativa de constitucionalidade. Essas normas derivadas nascem produzindo efeitos jurídicos, mas podem mais adiante serem consideradas inconstitucionais. Enquanto o segundo, por serem normas de natureza originária (aquelas que nasceram com a promulgação da Constituição), gozam de presunção absoluta de constitucionalidade, ou seja, somente as normas que nasceram com constituição – criadas pelos legisladores constituintes, podem ser declaradas presumidamente constitucionais.

²Retirado de: http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Constitucional/Controle_de_constitucionalidade.htm

³ ADI 2.076: "Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa." (rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003).

No que tange o princípio da rigidez constitucional, essa rigidez resulta em procedimentos mais solenes, o que torna bem mais dificultoso a alteração de normas constitucionais.

No que tange ao controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, a partir do sistema adotado pela Constituição de 1988 é perfeitamente possível à utilização das duas vias, seja a Difusa ou Concentrada, sendo assim, o exame das leis é exercido por meio de um controle jurisdicional misto.

O controle de constitucionalidade difuso tem origem no direito norte americano e é realizado por via de exceção ou por defesa. Essa forma de controle permite que qualquer órgão do poder judiciário, seja um juiz ou um tribunal, no caso concreto, tenha competência para observar a compatibilidade de qualquer norma em face do ordenamento jurídico constitucional.⁴

Quanto à legitimidade, por ser um controle concreto, é realizado no decorrer de um processo, assim a inconstitucionalidade poderá ser suscitada por qualquer das partes envolvidas na lide.

Ademais, cabe destacar que qualquer lei poderá ser objeto do controle difuso, sem qualquer restrição, o mesmo ocorre no controle concentrado. Desse modo, a lei ou ato normativo, de natureza primária ou secundária, federal, estadual ou municipal, antecedente ou posterior a Constituição pode ser analisado no controle difuso.

Em regra, os efeitos das decisões no controle difuso serão *inter partes*, assim só produzirão efeitos para o caso concreto entre as partes da demanda. Todavia, a constituição prevê a possibilidade de efeitos erga omnes no controle difuso, essa hipótese ocorre quando um determinado processo chega ao Supremo por meio de um recurso extraordinário e a suprema corte decide incidentalmente acerca da inconstitucionalidade de uma determinada lei.

Com base no que dispõe o art. 178 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal⁵, após esse controle incidental, deverá ser comunicada imediatamente a decisão ao Senado Federal para que se edite uma resolução e suspenda a eficácia dessa lei, assim a execução da lei valerá para todos, pois ela será retirada do ordenamento jurídico.

Quanto ao Controle de Constitucionalidade Concentrado, esta modalidade de controle tem origem no direito Austríaco e, também pode ser denominado de *controle*

⁴ Retirado de: http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Constitucional/Controle_de_constitucionalidade.htm

⁵ Art. 178. “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII2, da Constituição”. (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

reservado. Esta forma de controle é efetuada por meio de ação direcionada ao Supremo Tribunal Federal, ou seja, acontece por via direta. Importa destacar que o seu principal propósito é extinguir normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, e não resolver os conflitos de interesses, pois por ser um processo de natureza objetiva há ausência de partes.⁶

Uma de suas características é a ausência da lide, pois não há um caso concreto decidido por um órgão do poder judiciários, além do mais, todas as ações objetivas visam garantir a supremacia da constituição, ou seja, é um instrumento de efetiva defesa do sistema constitucional.

Enfim, é chamado de concentrado porque, tendo como parâmetro a Constituição Federal, somente será exercido perante o Supremo tribunal Federal.

3. PRESSUPOSTOS GERAIS

3.1 Inexistência de outro meio processual capaz de corrigir a lesividade de forma eficaz e a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade

De acordo com o que dispõe o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, será possível à utilização da arguição de descumprimento desde que não exista outro meio eficaz para solucionar a lesividade ocorrida.⁷ Assim, havendo outro meio eficaz para sanar o problema, o uso da arguição será afastado, pois a arguição se submete a regra da subsidiariedade, assim como o mandado de segurança no rol de remédios constitucionais.

Este dispositivo evidencia a natureza subsidiária da arguição de descumprimento de preceito fundamental na estrutura do controle concentrado de constitucionalidade, assim, a arguição só poderá ser utilizada se inexistir outro meio hábil capaz de sanar a lesão a preceito fundamental.

Dessa forma, o instrumento da arguição de descumprimento, para ser ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal, será imprescindível ao interessado demonstrar que ocorreu prévio exaurimento de todas as outras vias processuais possíveis para sanar a demanda ou então que se demonstre que as vias processuais são incapazes, insuficientes ou ineficazes para resolver a controvérsia constitucional relevante.

⁶ Retirado de: http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Constitucional/Controle_de_constitucionalidade.htm

⁷ Lei 9.882/99 art. 4º, § 1º: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Assim, com base orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando for possível utilizar qualquer uma das ações do controle concentrado de constitucionalidade para afastar a lesividade, não caberá à arguição de descumprimento.

Sobre a incidência da subsidiariedade, importante destacar CUNHA JUNIOR (2012, p.498):

Defende-se, neste trabalho, o caráter subsidiário exclusivamente da arguição incidental. Isso significa afiançar, noutros termos, que a regra da subsidiariedade tem incidência restrita, pois somente alcança a modalidade de arguição incidental, e mesmo assim, comportando exceções. Mas jamais alcança a arguição direta ou autônoma.

Assim, ao consagrar a arguição de descumprimento na Carta Magna, ficou claro que o legislador constituinte teve o intuito de dar um tratamento de caráter exclusivo aos preceitos fundamentais.

Note-se que a leitura literal do art. 4º, § 1º da Lei 9.882/99 acabaria por fulminar o propósito desse instrumento jurídico. Assim, ao analisar a subsidiariedade, os operadores do direito devem ter um enfoque objetivo na proteção da ordem constitucional, procurando sempre o meio mais eficaz para sanar as relevantes controvérsias constitucionais.

Quanto ao princípio da fungibilidade, é importante destacar que a suprema corte reconheceu a fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo assim, se ficar comprovado o preenchimento dos requisitos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ausente o caráter subsidiário, o Supremo Tribunal Federal poderá receber a arguição de descumprimento como ação direta de inconstitucionalidade. Desse modo, o supremo poderá receber a arguição de descumprimento de preceito fundamental como uma ação direta de inconstitucionalidade.⁸

3.2 Definição de preceitos fundamentais

De início, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não foi criada para ser usada contra qualquer caso que contrarie a constituição. Assim, para a utilização

⁸ ADI 4.180: “Registre-se que o presente feito foi ajuizado como arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo, contudo, sido recebido como ação direta de inconstitucionalidade” (relator Min. Cezar Peluso).

desse instituto deve ocorrer uma lesão a preceito fundamental, ou seja, deve haver um descumprimento de preceito fundamental em face do texto constitucional.

No mais, a palavra preceito vem do latim *praeceptum*, que tem o significado de ordem, uma regra ou o mandado que se deve seguir.

No que tange ao estudo da temática há uma grande dificuldade para encontrar um conceito direto de preceito fundamental no ordenamento constitucional, pois nem os legisladores constituintes e a legislação infraconstitucional a definiram, deixando esse tema em aberto para a jurisprudência e para doutrina. Além disso, a expressão preceito fundamental aparece apenas no § 1º do art. 102, enquanto os princípios estão alocados em diversos títulos da Carta Magna.

Tarefa árdua para os operadores do direito é estabelecer quais são os princípios e regras constitucionais que formarão os preceitos fundamentais. Assim, para chegarmos a um conceito preciso, nós, operadores do direito, devemos estudar minuciosamente a expressão contida no § 1º do art. 102 da CF/88: “preceito fundamental”.

Não existe na doutrina um consenso acerca do que realmente seriam os preceitos fundamentais, pouquíssimos são os autores que ousam enumerar quais são os referidos preceitos.

Dentre eles, destacasse o posicionamento de BULOS (2014, p.334):

Podem ser considerados preceitos fundamentais as diretrizes insculpidas no pórtico do art. 12 da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa, do pluralismo político. Outros exemplos: princípio republicano (art. 12, caput), princípio federativo (art. 12, caput), princípio do Estado Democrático (art. 12, caput), princípio da separação dos Poderes (art. 22), princípio presidencialista (art. 76), princípio da legalidade (art. 52, II), princípio da liberdade (art. 52, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.), princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 52, XXXV), princípio da autonomia das entidades federadas (arts. 12 e 18), princípio do juiz e do promotor natural (art. 52, XXXVII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 52, LIV), princípio do contraditório (art. 52, LV), princípio da publicidade dos atos processuais (arts. 52, LX, e 93, IX), princípio da legalidade administrativa (art. 37, caput), princípio da impessoalidade (art. 37, caput), princípio da moralidade (art. 37, caput), princípio da publicidade (art. 37, caput), princípio da ocupação de cargos através de concurso público (art. 37, II), princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d, e 35, III), princípio da independência funcional da Magistratura (arts. 95 e 96), princípio da capacidade contributiva (art. 145, III), princípio da defesa do consumidor (art. 170, IV), princípio da autonomia universitária (art. 207) etc.

Importante destacar que esse é um rol não exaustivo. No mais, parte da doutrina credita essa responsabilidade ao Supremo Tribunal Federal. E a suprema corte já reconheceu essa

legitimidade na ADPF n. 1 ao dizer que o supremo é o órgão competente para determinar quais princípios na constituição são preceitos fundamentais.⁹

Desse modo, como o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, recai sob a sua competência a tarefa de estabelecer a abrangência geral da expressão preceito fundamental.

Contudo, concluiu-se que a construção de um conceito de preceito fundamental será de forma gradual, numa atuação conjunta dos operadores do direito, pois se trata de uma expressão com um grau elevado de indeterminabilidade. Além do mais, ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, o parâmetro de proteção da arguição de descumprimento é mais restrito.

3 MODALIDADES DE ARGUIÇÃO

A Lei n° 9882/99 estabeleceu expressamente duas formas de arguição, quais sejam, a autônoma ou direta e a incidental ou indireta. Sobre essa distinção acerca das modalidades de arguição, CUNHA JÚNIOR (2012, p. 457), de modo direto, deixa clara a intenção do legislador constituinte:

Tal distinção meramente processual vem sendo considerada pela doutrina como modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental, previstas, respectivamente, no *caput* do art. 1º e no inciso I do parágrafo único do mesmo art. 1º, da referida Lei. A divulgação de tipologias de arguições não é apropriada, pois pode infundir uma falsa ideia de que a Lei instituiu mais uma modalidade de arguição, para além daquela constitucionalmente consagrada. Na verdade, a Lei não criou modalidade nova de arguição, nem poderia fazê-lo sob pena de incidir em manifesta inconstitucionalidade, mas tão-somente contemplou processamentos diversos à ação constitucional de arguição originada da Constituição.

Desse modo, Dirley da Cunha, em sede doutrinária, defende que não há de se falar em distinção entre as duas arguições, pois a diferença entre as duas se caracteriza apenas pelos caminhos processuais que ambas percorrem, sendo assim, quando se fala em modalidades de arguição, devemos observar que essa distinção se refere apenas aos ritos do processo.

⁹ ADPF n. 1: “Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”. (ADPF 1-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 3-2-00, DJ de 7-11-03).

2.1. Arguição Autônoma ou Direta

O art. 1, caput da Lei 9882/99 estabelece expressamente a possibilidade da arguição autônoma, que tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato lesivo do Poder Público, assim, a arguição na modalidade Autônoma pode ser tanto repressiva quanto preventiva.

Neste sentido, destacasse o conceito de NOVELINO (2012, p.329) acerca desta modalidade de arguição:

Trata-se de uma ação típica do controle concentrado-abstrato proposta diretamente perante o STF, independentemente de qualquer controvérsia cuja pretensão é deduzida em juízo mediante um processo constitucional objetivo, com a finalidade precípua de proteger os preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por ato do Poder Público.

Imperioso destacar que, por constituir um processo constitucional de natureza objetiva, no qual inexistem partes é dispensável que seja comprovada a existência de controvérsia, pois a sua denominação em arguição autônoma é exatamente por não depender da demonstração de existência de qualquer controvérsia.

Sendo assim, a arguição de descumprimento na modalidade Autônoma será admissível quando ocorrer lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público. A princípio, a arguição autônoma não tutela situações individuais ou subjetivas, mas sim, garante a proteção dos preceitos fundamentais.

2.2. Arguição Incidental ou Indireta

De acordo com art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/1999 a arguição incidental tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, ou seja, o parâmetro de controle da arguição incidental fica restrito à lei ou ato normativo.

Essa denominação arguição incidental decorre do controle constitucionalidade Difuso, pois é através das discussões que surgem à controvérsia judicial relevante. A partir desse ponto, um dos legitimados do art. 103, da Constituição, objetivando antecipar etapas do controle difuso, suscita a questão perante o Supremo Tribunal Federal para que a Corte se posicione acerca da validade ou não do ato normativo perante os preceitos fundamentais.

A arguição Incidental detêm os mesmos legitimados da arguição autônoma e a petição inicial, de acordo com a lei supracitada deverá determinar a controvérsia jurídica (requisito de admissibilidade) que violou preceito fundamental contido na Constituição Federal.

Assim, podemos concluir que na arguição incidental é imprescindível ao legitimado ativo comprovar a existência de controvérsia (requisito de admissibilidade) constitucional relevante. Entretanto, esse requisito é desnecessário na arguição autônoma.

Destacamos o que diz MARINONI (2012, p.1128) no que tange a natureza da ação na arguição incidental:

A arguição incidental, a despeito do seu nome e de identificar controle que se realiza em face de um caso concreto, constitui ação própria, dirigida a viabilizar o controle de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* vinculante, por parte do STF. Não pode ser assimilada como mero incidente de inconstitucionalidade, já que não pode ser suscitada nem pelas partes, nem pelo órgão judicial (de ofício), no processo que lhe deu origem. *Saliente-se que a arguição incidental não é realizada “no processo”, mas sim em face dele e perante o STF.*

Assim, diferente da arguição autônoma, a arguição incidental não se estende aos atos do Poder Público. Desse modo, poucos serão os casos de uso dessa modalidade, pois possui um objeto mais limitado. Para comprovar, basta observar que os legitimados para ajuizá-la são os mesmo que podem propor a arguição autônoma.

4 OBJETO: AS INOVAÇÕES NO CAMPO DE ATUAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma das ações do controle de constitucionalidade sob a competência do Supremo Tribunal Federal que tem como objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, assim estabelece o art. 1º da Lei 9882/1999. Desse modo, a arguição atua na defesa dos preceitos fundamentais que cotidianamente são violados pelos atos do Poder Público.

RAMOS (2012, p.312) conceitua da seguinte forma arguição de descumprimento:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma garantia de origem constitucional, de natureza processual, que visa a preservar a obediência geral devida às regras e princípios constitucionais que, considerados fundamentais, estavam, de há muito, dentro de um quadro evolutivo, a demandar mecanismo próprio para tanto.

De acordo com parágrafo único do art. 1º, “cabera também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores a constituição”.

No mesmo sentido, esclarecedores são os ensinamentos de MARINONI (2012, p. 1135) no que se refere às inovações introduzidas no controle de constitucionalidade pela arguição de descumprimento:

É fácil perceber que a arguição de descumprimento se coloca, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como instrumento capaz de atuar em locais imunes à ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, como, por exemplo, o direito pré-constitucional e o direito municipal.

Em suma, a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental foi uma importante inovação normativa na ampliação do controle concentrado de constitucionalidade garantindo um avanço na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, desdobraremos as hipóteses de atos do Poder Público que podem, ou não, ser objeto da arguição de descumprimento.

4.1. Atos do Poder Público

Os atos decorrentes da atuação do Poder Público sejam legislativos, administrativos ou judiciais comportam a arguição de descumprimento, assim estabelece o caput do art. 1º da Lei 9882/1999.

É importante à definição acerca do campo de atuação da arguição trazida pelo ilustre doutrinador CUNHA JÚNIOR (2012, p.473):

A arguição de descumprimento de preceito fundamental presta-se, outrossim, a fiscalizar os atos ou omissões não normativas do poder público. Vale dizer, pode ser empregada para controle dos atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, incluindo os atos administrativos, os atos ou fatos materiais, os atos regidos pelo direito privado e os contratos administrativos, além de abranger, outrossim, até as decisões judiciais e os atos políticos e as omissões na prática ou realização destes atos, quando violem preceitos constitucionais fundamentais.

Desse modo, a título de exemplos, atos normativos secundários (portarias e circulares), as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, os editais de licitações e os contratos administrativos, além dos concursos públicos, ademais, tanto os atos legais quanto os infralegais comportam o instrumento da arguição.

Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio em boa hora para garantir uma efetiva fiscalização dos atos ou omissões normativas emanadas pelo Poder Público. Desse modo, poderá ser utilizada contra os atos do Estado e da Administração Pública, sejam os atos concretos ou individuais.

Segundo CUNHA JÚNIOR (2012, p.471), acerca da abrangência da definição de Atos do Poder Público:

O conceito de ato do poder público, para os fins da arguição, envolve também e necessariamente as omissões estatais, porquanto o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais pode verificar-se tanto por ação como por omissão. Dessa constatação, haure-se uma outra especificidade da ação de arguição, qual seja, a possibilidade de ela impugnar as ações e as omissões do poder público

Notamos assim a importância do campo de abrangência da arguição, pois a partir de sua criação, ficou perfeitamente cabível procurar a tutela do judiciário em face dos atos concretos do Poder público, como, por exemplo, o ato de nomeação do Procurador Geral da República sem que seja preenchido o requisito de ser um membro de carreira do Ministério Público da União.

Nesse sentido, importante são os ensinamentos de BULOS (2014, p.330):

Atos do Poder Público - decorrem do comportamento dos órgãos estatais. Podem ser legislativos (normativos), administrativos ou judiciais. Não se confundem com atos políticos. Estes, como veremos, não comportam ADPF. Já em editais de licitação, contratos administrativos, concursos públicos, decisões de tribunais de contas, por exemplo, que repercutem amplamente na sociedade, cabe o instrumento. O mesmo se diga quanto à lesão de preceito decorrente de mera interpretação judicial ou sentença proferida com base em preceito revogado.

Fica evidente que o campo de atuação das matérias da arguição de descumprimento é de extrema relevância para a sociedade, ficando evidente o caráter defensivo do instrumento.

Em suma, com a entrada em nosso ordenamento jurídico do instrumento da arguição de descumprimento, ocorreu um aumento no campo de atuação da jurisdição do Supremo Tribunal Federal que trouxe uma importante inovação no controle concentrado de constitucionalidade.

4.2. Atos Normativos anteriores a promulgação da Constituição de 1988

Outra importante inovação trazida pela arguição de descumprimento se refere à possibilidade de atuação do controle abstrato de constitucionalidade em face das normas criadas antes da vigência da constituição de 1988.

A jurisprudência do Supremo Tribunal federal sempre foi firme no sentido de que a ação direta de inconstitucionalidade não seria cabível para analisar matérias cujo objeto fosse normas pré-constitucionais, pois uma nova constituição não torna inconstitucionais leis conflitantes que foram criadas sob a égide da constituição vigente a época de sua criação, assim sendo, não há de se falar em inconstitucionalidade, mas sim em sua revogação pela não recepção pela nova ordem constitucional.

MENDES (2015, p.1277), em sede doutrinária, enfatiza a importância da arguição para sanar a lacuna existente no controle de normas anteriores a promulgação da constituição ao afirmar que a arguição de descumprimento “vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo”.

Assim, com o surgimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, houve uma clara evolução na possibilidade de apreciação de normas anteriores a promulgação da constituição, preenchendo assim a lacuna deixada pela impossibilidade de utilização da ação direta de inconstitucionalidade para combater normas que violem a nova ordem constitucional.

4.3 Direito Municipal em face da Constituição

Com a promulgação da Carta Magna de 88, o legislador constituinte permitiu a utilização do controle abstrato de constitucionalidade das normas estaduais e municipais em face da constituição dos Estados.

Acerca da possibilidade de um controle dos Atos municipais, importante são os ensinamentos de BULOS (2014, p.330):

Até o advento da Lei n. 9.882/99, a jurisprudência do Supremo só admitia o combate à lei municipal inconstitucional por representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual ou pelo controle difuso. Como as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade não são meios idôneos para lograr tal fim, a ADPF poderá, em princípio, ser utilizada. Entretanto, cumpre à Corte Excelsa ter bastante cautela na construção dessa jurisprudência, para não converter a arguição em ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Carta Federal.

Após a consagração da arguição de descumprimento no direito pátrio os atos normativos municipais passaram a ser parâmetro do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sujeitando-se a eficácia erga omnes da declaração de

inconstitucionalidade, sendo assim, os atos municipais ficam sujeitos aos mesmos parâmetros de controle dos atos federais e estaduais.

Importante observarmos que existia certa insegurança quanto ao controle de constitucionalidade das normas municipais perante a Constituição Federal, inexistindo concretamente um meio eficaz de controle, haja vista que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade eram meios ineficazes para combater os atos normativos municipais que violavam a Carta Magna, pois essas ações são restritas por sua natureza aos atos normativos federais e estaduais.

Essa lacuna veio a ser preenchida pela Lei 9882/1999, trazendo expressamente no parágrafo único do art. 1º a possibilidade do controle de constitucionalidade do direito municipal em face da constituição, pois os atos municipais ficavam de fora do controle abstrato, sendo possível apenas seu controle incidental de constitucionalidade.

Em suma, a arguição de descumprimento de preceito fundamental trouxe uma importante inovação no controle de constitucionalidade em face dos atos do Poder Público, seja de âmbito federal, estadual ou municipal.

4.4 Atos Políticos

De acordo com o art. 1º da Lei 9882/99, o veto não deve ser enquadrado como conceito de ato do Poder Público, pois esse instrumento do poder executivo é um ato exclusivamente político.

Acerca do controle judicial dos atos políticos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre rechaçou essa possibilidade, tanto é que a primeira ADPF proposta perante o Tribunal fora rejeitada com o argumento de que o veto tem natureza de ato político, ato esse, exercido exclusivamente pelo Poder executivo, jamais podendo ser considerado um ato do Poder Público.

Quanto a esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é importante destacar o posicionamento do ilustre constitucionalista brasileiro CUNHA JÚNIOR (2012, p.478), “fixar a ideia generalizada de que os atos políticos são imunes ao controle judicial de constitucionalidade é aceitar que os mesmo possam violar a constituição e, o que é pior, ferir de morte os próprios preceitos fundamentais nela consagrados”.

É Inegável que existam determinados atos políticos previstos em nosso ordenamento jurídico que dependam exclusivamente de uma atuação política, não ficando diretamente vinculado ao exercício do poder judiciário, como, a decretação do Estado de Defesa e o Estado

de sítio, outro exemplo importante e atual no cenário político nacional é acerca da admissibilidade do processo de impeachment contra o presidente da República.

Segundo BARBOSA (1910) citado por CUNHA JÚNIOR (2012, p.479):

Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado.

Assim, entendemos que os atos políticos lesivos que desrespeitem direitos garantidos na constituição devem sim ser objeto do controle de constitucionalidade perante os tribunais, garantindo assim pressupostos mínimos de validade constitucional em face da atuação do Poder Público.

Desse modo, não há de falar em desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, pois a defesa contra os atos que neguem os direitos previstos na constituição deve ser sempre o caminho primordial a ser adotado pelos tribunais.

No que tange as questões políticas, acreditamos que deve ocorrer um controle jurídico de seus atos, não se deve de forma alguma afastar a atuação judicial dos mesmos, pois a própria Constituição em seu art. 5º, XXXV, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.¹⁰

4.5 Controle na elaboração de atos legislativos

Conforme jurisprudência cristalina do Supremo Tribunal Federal, os atos legislativos em fase de criação não devem ser submetidos ao campo de atuação da arguição de descumprimento de preceito fundamental sob pena de violação da Cláusula Pétrea da Separação dos Poderes, assim, tanto os projetos de leis, quanto os projetos de emendas à constituição não devem ser objeto do instrumento por serem matérias de competência interna das casas legislativas.

Conforme expressa prevê o art. 1º da Lei 9882/99, o instrumento da arguição deve ser utilizado para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental de atos decorrentes da atuação do Poder Público. Desse modo, foi clara a intenção do legislador no sentido de que a utilização da arguição visa evitar lesão a preceito fundamental resultante de atos do Poder Público.

Contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal federal, se posiciona CUNHA JÚNIOR (2012, p.482):

¹⁰ CRFB/88: Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Nessa ordem de ideias, defende-se o controle abstrato preventivo de constitucionalidade, por via da arguição, de toda proposta de ato do poder público potencialmente lesivo a preceito constitucional fundamental. Com isso, reforça-se ainda mais a supremacia da Constituição e, em especial, de suas normas mais sobranceiras. Talvez isso implique, decerto, uma intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo. Mas, obviamente, tal só ocorrerá se o legislador não estiver observando os preceitos relativos ao processo legislativo constitucional. Se, ao revés, pecar por inobservância, a intervenção da jurisdição constitucional, por mais que excessiva, é medida que se impõe, porquanto o legislador não está isento do cumprimento das normas constitucionais.

Em sede doutrinária, CUNHA JÚNIOR defende a utilização do controle preventivo de constitucionalidade em face dos atos lesivos do poder legislativo que violem preceitos fundamentais, pois desse modo externaria ainda mais a supremacia da constituição.

Ademais, quanto ao controle do processo legislativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de permitir a impetração do Mandado de Segurança em face de atos legislativos que violem a constituição, como, por exemplo, votação que viole o devido processo legislativo. Esse é um direito subjetivo do parlamentar, sendo uma importante garantia para combater desvios inconstitucionais no processo legislativo.

Destacamos, acerca da possibilidade de um controle judicial pela via da arguição de descumprimento, o projeto de Lei 9882/99 previa a utilização do instrumento, entretanto, o chefe do poder Executivo vetou esse dispositivo argumentando que ele causaria uma interferência direta do Supremo Tribunal Federal no Poder Legislativo, afrontando diretamente o princípio da separação dos poderes.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental veio para preencher a lacuna deixada pelo não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade como meio mais adequado para defender a constituição contra atos lesivos do Poder Público.

4.6 Atos normativos secundários

A ação direta de inconstitucionalidade não é o meio adequado para impugnar os atos normativos secundários, como, por exemplo, os regulamentos, as circulares e as resoluções, assim fora construída a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que a norma de caráter secundário deve obediência normativa à norma que lhe concedeu diretamente fundamento jurídico de validade, sendo cabível apenas o controle da última. Além do mais, as

normas de caráter secundário só podem ser declaradas ilegais, ou seja, o problema se refere quanto à legalidade da norma e não a sua inconstitucionalidade.

Esclarecedores são os ensinamentos de BULOS (2014, p.332) no que tange a possibilidade de utilização da arguição de descumprimento em face dos atos normativos secundários:

Como os regulamentos, resoluções, instruções, portarias, dentre outros atos infralegais, não comportam ação direta de inconstitucionalidade, é cabível o uso subsidiário da arguição, como concluiu o Supremo, ao admiti-la contra provimento de Tribunal de Justiça.

Enfim, observamos aqui a importância do uso subsidiário do instrumento da arguição de descumprimento na tutela efetiva dos preceitos fundamentais contidos na Constituição.

4.7 Arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de decisões judiciais

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.882/99, o instrumento da arguição de descumprimento, sob a competência do Supremo Tribunal Federal, tem por “objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Desse modo, a lei ao se referir a ato do poder público, não se limita apenas aos atos normativos e as leis, abrangendo também outros atos do Poder Público, como as decisões Judiciais.

Essa hipótese foi tratada na ADPF 127, numa decisão Monocrática do Ministro Teori Zavascki:

[...] A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei 9.882/99 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. [...]

Todavia, a jurisprudência do Supremo é contrária à possibilidade de utilização da arguição em face de sentenças transitadas em julgado, pois a função precípua do controle de constitucionalidade é a garantia da supremacia da constituição e não desconstruir a coisa julgada. Além do mais, também é inviável a utilização da arguição para revisar, interpretar ou mesmo cancelar em sumulas, seja elas vinculantes ou não.

Sobre essa possibilidade, importantes são os ensinamentos de MENDES (2015, p.1282):

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos na vertente do princípio da legalidade.

Sendo assim, quanto à possibilidade de decisões judiciais serem objeto da arguição de descumprimento, Gilmar Mendes admite, em sede doutrinária, ser perfeitamente possível, sob a alegação de que um preceito pode ser perfeitamente violado por uma decisão judicial que deixou de observar preceitos fundamentais no texto constitucional.

5 QUESTÕES PROCEDIMENTAIS E PROCESSUAIS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

5.1 Breves considerações acerca dos procedimentos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

De acordo com o art. 3º da Lei nº 9882/99 a petição inicial deverá conter; “a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental e o pedido, com suas especificações”.

Importante destacarmos que a causa de pedir na arguição de descumprimento é aberta. Desse modo, nada impede que a corte julgue de forma diversa do pedido pretendido inicialmente, desde que esteja relacionado diretamente ao preceito fundamental em análise.

Quanto à natureza aberta da causa de pedir, esclarece CUNHA JÚNIOR (2012, p.466):

Cumpramos, entretanto, que embora deva o proponente da arguição indicar precisamente os fundamentos jurídicos da ação (isto é, apontar o preceito fundamental que considera violado), o Supremo Tribunal Federal não fica circunscrito a esses fundamentos, cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade dos atos atacados em face de todos os preceitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. O pedido, todavia, delimita o objeto da ação, de tal modo que o Supremo Tribunal Federal só pode apreciar os atos questionados. Mas, por outro lado, insista-se, a Corte é livre para examinar os preceitos fundamentais que hão de servir de parâmetro da fiscalização da constitucionalidade, não estando, portanto, condicionada pelos fundamentos do pedido, arrolados pelo requerente.

Com base no art. 5º da lei supracitada, é perfeitamente cabível a concessão da medida cautelar em sede da arguição de descumprimento de preceito fundamental, podendo

ser concedida pelo relator em casos de urgência, perigo de lesão grave ou mesmo no período de recesso judicial, como estabelece o parágrafo 1º do artigo acima citado.

No que tange a atuação do Amicus Curiae, a lei da ADPF não previu de forma expressa a sua atuação, no entanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido o seu cabimento.

O Procurador Geral da República, nas ações em que não for o autor, terá vista do processo, pelo prazo de cinco dias, após o decurso do prazo para informações, assim estabelece o art. 7º, parágrafo único, da Lei da ADPF.

De acordo art.12º da Lei 9.882/1999 “A decisão é irrecurável e não pode ser objeto de ação rescisória”. Além do mais, caberá a reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal caso a decisão proferida seja desrespeitada por uma autoridade a ela vinculada.

Portanto, após transcorrer o prazo de informações e depois de cumpridas todas as providências eventualmente determinadas, o relator irá remeter o relatório a todos os outros Ministros da Suprema Corte e marcará um dia para julgamento.

5.2 Competência e Legitimidade

De acordo com art. 102, § 1º da Constituição Federal a competência para julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamenta, seja na modalidade autônoma ou incidental, será exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, CUNHA JÚNIOR (2012, p.465) se posiciona sobre a competência indelegável da suprema corte “irrecusável a competência concentrada e exclusiva da Suprema Corte para processar e julgar a arguição, seja autônoma ou incidental, intentada em face de violação a preceito fundamental consagrado na Carta Federal”.

Importante destacar que é perfeitamente cabível a criação da arguição de descumprimento nas constituições estaduais para garantir a tutela dos preceitos fundamentais nela consagrados. Desse modo, terá como órgão competente para seu julgamento os tribunais dos Estados.

Quanto à legitimidade, de acordo com o art. 103, incisos de I a IX, da Constituição, possuem legitimidade ativa para propor a arguição de descumprimento “Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

O art. 2º da Lei 9882/1999 surgiu para sanar a omissão do legislador constituinte no que tange ao rol de legitimados para a propositura da arguição de descumprimento ao trazer que, poderá para propor a arguição “os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade”. Assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, tanto a de natureza autônoma quanto a de natureza incidental, possuem os mesmo legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Todavia, observamos que os prefeitos e vereadores ficaram de fora do rol de legitimados para a sua propositura, mesmo os atos municipais figurando em um dos objetos da arguição.

O mesmo ocorreu com o cidadão, que mesmo se sentido lesado ou ameaçado de lesão por ato do Poder Público não poderá recorrer ao uso do instituto.

Vale ressaltar que essas previsões foram vetadas do projeto principal pelo Presidente da República com o argumento de que a admissão de um acesso individual e irrestrito seria incompatível com o controle concentrado de constitucionalidade, além de comprometer a prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao veto, destacamos o posicionamento de CUNHA JÚNIOR (2012, p.463):

E o veto só veio malograr esse desígnio, ao barrar qualquer tentativa de o próprio cidadão lesado buscar; ele próprio, repita-se, o amparo judicial na Corte suprema, desfigurando a essência e razão de ser da arguição incidental. E no direito brasileiro, ademais da limitação à defesa dos preceitos fundamentais (e não de toda a Constituição) e da subsidiariedade (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º, como se verá adiante), essa possibilidade está limitada à prévia existência de uma controvérsia constitucional relevante sobre a aplicação de lei, ou ato do poder público, no âmbito de um processo em curso, o que significa dizer que, tanto o legislador constituinte como o legislador ordinário estabeleceram requisitos específicos de admissibilidade da ação incidental de arguição, circunstância que desmente as razões invocadas no veto.

Ademais, importante destacar que na arguição de natureza incidental, qualquer pessoa interessada que faça parte de um processo, pode submeter à questão constitucional fundamental perante o julgamento do Supremo Tribunal, a partir de seu processo originário.

Importante destacarmos o que diz RAMOS (2012, p.325) acerca do rol de legitimados da arguição de descumprimento:

Assim, andou bem o legislador, no particular, em seguir a estrutura própria da ação direta de inconstitucionalidade, já que, por se tratar de processo objetivo, não haveria razão ou justificativa para, na arguição autônoma, pretender diminuir o rol

de legitimados ativos ou, pelo contrário, alargá-lo ou alterá-lo em algum de seus pontos.

Perfeito é o entendimento do autor, pois não haveria necessidade em alterar o rol de legitimados para a propositura da arguição, visto que, estaríamos diante de um processo objetivo que transcende os direitos subjetivos das partes.

Nesse mesmo sentido, destacamos o que diz CUNHA JÚNIOR (2012, p.460) em seu Manual de Direito Constitucional:

Impõe-se recordar que tais legitimados ativos não são partes materiais na ação, pois não têm nenhuma disponibilidade sobre a mesma, haja vista que, em processos de natureza objetiva, não existem partes litigantes. Por isso mesmo, uma vez proposta a arguição, não se admitirá desistência. Descabe, inclusive, a arguição de suspeição, não se permitindo, outrossim, intervenção de terceiros. E, finalmente, não comporta ação rescisória. Pode-se, tão-somente, identificar esses legitimados ativos como partes em sentido formal, vale dizer, como pessoas, órgãos ou entidades responsáveis formalmente pela ordem jurídica para ativar a jurisdição constitucional do Tribunal Constitucional na defesa da supremacia absoluta da Constituição, *in casu*, dos preceitos constitucionais fundamentais.

Quanto aos legitimados, o rol é dividido em universais e especiais, o primeiro não precisa comprovar pertinência temática para a propositura da arguição, enquanto o segundo deverá comprovar a pertinência temática para legitimar a propositura. Aqui, quanto à pertinência temática, o entendimento aplicado é o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Assim, como exemplo, o governador do Estado da Paraíba para propor uma arguição de descumprimento perante o supremo tribunal federal deverá comprovar que o interesse do seu Estado foi diretamente violado. Desse modo, não é possível à propositura do instrumento perante interesses exclusivos de outros Estados.

São legitimados universais, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Enquanto os legitimados especiais são: as Mesas de Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

Quanto à legitimidade passiva, figuram nesse polo da arguição tanto as autoridades, quanto órgãos ou entidades que praticam atos ou omissões que violem preceitos fundamentais contidos na Carta Magna. Entretanto, esse polo passivo não deve ser observado como se parte

da ação fosse, pois vale lembrar que estamos diante de um processo em que a arguição de descumprimento é proposta em face da lei. Desse modo, não há de se falar que a arguição é proposta em face de autoridades, órgãos ou entidades.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange a capacidade postulatória dos legitimados, não precisam de representação de advogados o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim, além do instrumento de mandato e conseqüentemente a representação de um advogado será obrigatória aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

5.3 Medida Cautelar

De acordo com art. 5º, § 1º da Lei 9882/99, “o Supremo Tribunal Federal por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Além de, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno”. Assim, é perfeitamente possível a concessão da medida liminar na arguição.

Com isso, as decisões acerca do julgamento da concessão das cautelares na arguição serão tomadas pelo colegiado da Suprema corte, além dos casos de urgências, que necessitam de celeridade na decisão do tribunal, aqui, a decisão é concedida pelo relator e posteriormente analisada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.

Além do mais, conforme o § 2º do art. 5, da Lei 9882/99 “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”.

Assim, no que tange aos efeitos da cautelar, poderá garantir que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos, os efeitos das decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição, exceto se forem resultantes da coisa julgada. Desse modo, os processos em tramites, e decisões proferidas poderão ser suspensos liminarmente. Enfim, além da suspensão dos processos, é também cabível a suspensão dos efeitos do ato hora impugnado.

Quanto à concessão na medida liminar, é importantes destacar os ensinamentos de CUNHA JÚNIOR (2012, p. 469):

A concessão de medida liminar deve ser entendida como uma providência excepcional, em razão de militar em favor dos atos estatais a presunção de sua constitucionalidade. Por isso mesmo, sua concessão está condicionada à satisfação de certos requisitos relativamente à existência do (a) *fumus boni iuris*, ou seja, da plausibilidade jurídica dos fundamentos invocados e, do (b) *periculum in mora*, isto é, da possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da demora da decisão final.

Assim sendo, a concessão da liminar passa a ser também um instrumento na garantia da celeridade processual que uniformiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5.4 Efeitos da decisão na arguição de descumprimento

A decisão definitiva tomada pelo Supremo Tribunal deve ser amparada pela presença de no mínimo oito ministros, ou seja, precisará do quórum especial estabelecido pelo art. 8 da Lei nº 9882/99. Desse modo, a decisão definirá a legitimidade do ato impugnado.

De acordo com o Art. 12 da Lei que regulamentou a Arguição, “a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória”. Além do mais é cabível embargos de declaração, nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão, seguindo a mesma linha de aplicabilidade da ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade.

CUNHA JÚNIOR (2012, p. 485) acerca dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF:

A decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, para além de reconhecer ou não o descumprimento do preceito em causa, deverá ser comunicada, para cumprimento imediato às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato ou omissão questionada. Para tanto, o art. 10, caput, da Lei 9.882/99, exige que o Supremo Tribunal Federal independentemente de julgar procedente ou improcedente a arguição, fixe no decisum as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental supostamente descumprido. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Vale dizer, por submeter-se à disciplina do processo objetivo a arguição desafia decisão erga omnes, alcançando a todos, envolvidos ou não no processo constitucional, operando efeitos retroativamente e causando em regra, a nulidade dos atos impugnados, quando forem de índole normativa.

O art. 13 da Lei trás de forma expressa que “Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno”.

Quanto aos efeitos na arguição incidental, destacamos os ensinamentos de NOVELINO (2012, p. 334):

Na arguição incidental há uma conjugação do controle concreto com o controle abstrato, razão pela qual a decisão final do STF terá duas implicações. A primeira, de natureza endoprocessual, faz com que o deslinde da questão constitua antecedente lógico do julgamento da própria causa geradora do incidente, vinculando as partes e o órgão julgador. A segunda, de caráter extraprocessual, decorre da eficácia erga omnes e do efeito vinculante da decisão proferida pelo STF, fazendo com que a decisão atinja também aqueles que não participaram da relação processual, bem como o Poder Executivo e os demais órgãos do Poder Judiciário.

O efeito da decisão recairá contra todos (erga omnes) e vinculará relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Entretanto não vincula a atuação legiferante do Estado, ou seja, a atuação do Poder Legislativo, assim estabelece o art. 10, § 3, da Lei da ADPF.

5.5 Atuação do Procurador Geral da República e do Advogado Geral da União

Nos processos de natureza objetiva nas ações de competência do Supremo Tribunal Federal impõe sempre a participação do Procurador Geral da República, assim estabelece o Art. 103, § 1º, da Constituição. Além do mais, o parágrafo único do art. 7º, da Lei 9882/99 diz que “o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações”.

O Procurador Geral da República, representante do Ministério Público no Supremo Tribunal Federal, ocupará a posição de autor ou de fiscal nas ações, pois ele é um dos legitimados para a propositura da arguição, devendo sempre pronunciar-se a respeito da controvérsia constitucional enquanto ocupar a posição de custos legis.

Num processo de natureza objetiva sob a competência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à atuação do Advogado Geral da união, primeiro, ele não é parte no processo, atua como uma espécie de defensor dos princípios da Constitucionalidade das leis, tendo como função primordial lembrar ao Supremo Tribunal Federal que toda lei, em tese, nasce compatível, material e formalmente com a Constituição.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é que a atuação do Advogado Geral da União no processo objetivo não é a mesma da função ordinária de representante judicial ou

extrajudicial da União, como estabelece o art. 103 da Constituição. Desse modo, ele age exclusivamente na tutela constitucional das normas.

A Lei nº 9882/99 estabelece a atuação do Advogado Geral da União no que tange a possibilidade da concessão da medida liminar ao dispor que “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”.

A missão constitucional do Advogado Geral da União é indelegável, assim, deverá sempre atuar como curador do ato normativo objeto da impugnação perante a Suprema Corte, assim como prevê expressamente a Constituição em seu Art. 103, § 3º. Sendo assim, sempre que um ato viole preceito fundamental contido na Constituição, deverá ser provocado o Advogado Geral da União para atuar, no processo, na defesa do ato.

5.6 A posição do Amicus Curiae

Primeiramente, a palavra Amicus Curiae, traduzido do latim, significa “amigo da corte” ou “amigo do tribunal”. Assim, conceituamos esse instrumento previsto em todas as ações do controle direto de constitucionalidade como um colaborador, que não é parte no processo, mas pode ser chamado ou mesmo se oferecer para emitir sua opinião perante o tribunal.

A figura do Amicus Curiae encontra fundamento no art. 7º, § 2º da Lei nº 9862/99. Desse modo, como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o Amicus Curiae tanto podem apresentar manifestação escrita como fazer sustentação oral, como estabelece o art. 6, §§ 1 e 2, da Lei nº 9882/99.

O relator do processo é quem recebe o pedido para aceitar ou não a ajuda do colaborador, caso seja aceito o pedido, não caberá recurso da decisão. Entretanto, quanto à negativa, caberá agravo para que o pedido seja apreciado pelo plenário do tribunal.

A possibilidade do pedido para colaboração do Amicus Curiae se restringe até a remessa dos autos para o julgamento. Com o aceite, o Amicus curiae poderá atuar no processo apresentando memoriais e periciais, podendo até realizar sustentação oral. Entretanto, por não ser parte no processo, não tem capacidade processual de apresentar recursos ou embargos de declaração.

O Amicus curiae, em regra, é uma associação, uma ONG, ou seja, sempre representa uma coletividade, que dentro de suas finalidades institucionais tenha pertinência temática com o objeto discutido no processo, assim não se admite a atuação de um indivíduo.

Quanto à natureza jurídica do *Amicus curiae*, tanto a doutrina quanto na jurisprudência, não chegaram num posicionamento majoritário sobre o tema.

Assim, pegamos a posição conclusiva de LENZA (2008, p. 196) acerca da natureza jurídica da figura do *Amicus curiae*:

É claro que a sua natureza jurídica é distinta das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC, até em razão da natureza do processo objetivo e abstrato do controle de constitucionalidade. Assim, por todo o exposto, parece razoável falarmos em uma modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros, inerente ao processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, com características próprias e muito bem definida.

Portanto, mesmo sendo ainda um instrumento pouco conhecido dos operadores do direito, a figura do *Amicus Curiae* é um importante mecanismo de legitimação social das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois o cidadão não possui legitimidade para ajuizar as ações do controle concentrado de constitucionalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo se preocupou em fazer uma análise explicativa do instituto jurídico da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, percorrendo breves considerações acerca do controle de constitucionalidade até os seus procedimentos processuais.

O instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está previsto no artigo 102, § 1º da Constituição, além disso, foi regulamentado por meio da lei infraconstitucional de nº 9.882/99, que determinou os requisitos básicos à sua propositura e admissibilidade perante o Supremo Tribunal Federal. Além do mais, ficou evidente que o instrumento da arguição é provido de certas particularidades e por meio dele é possível levar a juízo questões absolutamente atuais e importantes tangentes à sociedade.

Desse modo, a arguição de descumprimento é perfeitamente cabível contra atos normativos federais, estaduais ou municipais, objetivando sanar as controvérsias existentes acerca da sua constitucionalidade, além dos que nasceram antes da promulgação da carta magna de 1988, os denominados atos pré-constitucionais.

Ademais, concluiu-se que o termo atos do Poder Público na arguição não se limita apenas aos atos normativos realizados pelo Poder Público, assim a ADPF serve como alternativa para impugnar os atos não normativos, como, por exemplo, os emanados na esfera

administrativa de natureza secundária, pois eles não são impugnáveis pelo caminho da Ação Direta de Inconstitucionalidade, além da comprovação de violação de um preceito fundamental contido na Constituição Federal.

Assim, a arguição de descumprimento será cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental pela prática de ato do Poder Público, além da função de reconhecer a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Como relação ao objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que tange as possibilidades de sua utilização, ocorreu uma importante ampliação no controle concentrado de constitucionalidade, pois a partir de sua entrada no ordenamento jurídico as leis municipais passaram a ser objeto de controle perante a Constituição Federal.

Contudo, notasse certa dificuldade entre os doutrinadores para se chegar a um conceito acerca da expressão “preceito fundamental”, assim, creditamos essa à competência para definir o campo de atuação dessa expressão ao guardião da Constituição, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal.

No que tange à natureza jurídica da arguição de descumprimento, a doutrina costuma denominá-la de “híbrida, mista ou ambivalente”. Pois, mesmo estando no campo de atuação do controle concentrado de constitucionalidade, o debate constitucional que motiva a busca para desamarrar a questão prejudicial, ocorrida no decorrer do processo, pode surgir em sede de controle difuso.

Ficou demonstrado que uma das características da arguição é a eficácia erga omnes e o efeito vinculante dada às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos demais órgãos do Poder, pois propicia segurança e estabilidade jurídica.

ABSTRACT

The fundamental precept of non-compliance complaint was initially provided for in the Sole paragraph. 102 of the Federal Constitution. With the advent of EC 3/93 became the § 1 of the same article. This change has not changed its wording. The characteristics and peculiarities of action were given to the ordinary legislator by Law 9882/99 gave full effectiveness to this constitutional provision, finally regulating the ADPF. an approach demonstrating the distinctions will be made between the two types of complaint while pointing out the formal procedures for its filing. Moreover, one of its most important points will be studied, which is its object, which helped directly to fill some gaps in the concentrated control of constitutionality, allowing control of municipal regulations against the Federal Constitution. Another innovation is the possibility of having a control pre-constitutional rules. The

emergence of this new instrument inserted into the constitutionality control system expanded the playing field of jurisdiction of the Supreme Federal Court.

Keywords: Constitutionality Control. Precept Fundamental. Subsidiarity

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência* / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo *Curso de direito constitucional* / Uadi Lammêgo Bulos. - 8. cd. rev. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013- Seio Paulo: Saraiva, 2014.

Constituição Federal da República do Brasil de 05 de Outubro de 1988.

CAMPOS, Gisele de Assis. "*As decisões judiciais como objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental*"; Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6802>. Acesso em 20 de abril de 2016.

GUIMARÃES, Nilson J Costa . "*A arguição de descumprimento de preceito fundamental*"; Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2508/A-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>. Acesso em 27 de abril de 2016.

Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9.882/99).

Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar ferreira *Curso de direito constitucional*/ Gilmar ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. - 1 D. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo – 1972 *Direito constitucional* / Marcelo Novelino. - 6. ed. rev., atual, e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, André Ramos *Curso de direito constitucional* / André Ramos Tavares. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.