APONTAMENTOS SOBRE A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

DANIEL SARMENTO*

1. Introdução. 2 — As Duas Modalidades de ADPF. 2. Objeto da ADPF. 2.1 Preceito fundamental. 2.2 Atos normativos, administrativos jurisdicionais e atos privados. 2.3 Atos normativos municipais e distritais. 2.4 Normas anteriores à Constituição. 2.5 Atos normativos infralegais. 2.6 Controle preventivo de constitucionalidade via ADPF. 2.7 Violação a normas regimentais no procedimento legislativo. 2.8 Atos políticos. 3 — ADPF e Inconstitucionalidade por Omissão. 4 — O Princípio da Subsidiariedade. 5 — Partes. 6. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição da República previu, em norma constitucional carente de regulamentação, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Após grande demora, o instituto foi finalmente disciplinado pelo legislador federal, através da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que tem despertado não apenas dúvidas e perplexidades, como também reações passionais, tanto dos seus críticos como dos seus arautos. A constitucionalidade da lei já está inclusive sendo questionada em bloco, através da ADIN nº 2.231/8, proposta pelo Conselho Federal da OAB, sendo Relator o Ministro Neri da Silveira.

O anteprojeto da norma em questão foi elaborado por comissão presidida pelo Professor Celso Ribeiro Bastos e integrada também por Gilmar Ferreira Mendes, Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa. No entanto, em pese o elevado nível da comissão, composta por eminentes e experimentados juristas, sua obra, em termos de técnica legislativa, deixou muito a desejar. A lei, principalmente

* Procurador da República, Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ, Professor de Direito Constitucional da Universidade Cândido Mendes e Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

depois dos vetos que a mutilaram, tornou-se confusa e obscura, exigindo do intérprete um esforço hercúleo para desvendar seu significado. Ela introduziu institutos inteiramente novos no ordenamento pátrio — alguns até louváveis e necessários —, mas os disciplinou de modo assistemático e lacunoso, semeando dúvidas e incertezas, que decerto prejudicarão a sua aplicação.

Por outro lado, é bom que se diga com clareza que a nova lei teve como principal motivação o combate à decantada "indústria das liminares"[1]. Ela está em perfeita sintonia com a filosofia que inspira várias outras reformas legislativas que vêm sendo empreendidas durante o governo do atual Presidente da República, e que têm por objetivo, explícito ou velado, reduzir os poderes dos juízes e tribunais inferiores, reforçando a competência do Supremo Tribunal Federal, considerado mais "confiável" pela forma política da investidura dos seus membros. Portanto, apesar dos esforços retóricos dos seus defensores em demonstrar o contrário, é cristalino que a nova ação não foi instituída para constituir instrumento de promoção da cidadania. A expectativa nutrida por José Afonso da Silva, de que o novo instituto pudesse vir a ser *"fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo Pretório Excelso"*[2] não nos parece que foi atendida, pois é nítido que o objetivo central da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos moldes em que disciplinada pela Lei nº 9.882/99, traduz-se na defesa da governabilidade e não dos direitos do cidadão.

Sem embargo, é mister reconhecer que a lei trouxe também inovações positivas no sistema de controle constitucionalidade brasileiro. Ela criou, ainda que de modo um tanto obscuro, um incidente de constitucionalidade, que permitirá ao STF pronunciar-se, com mais presteza, sobre controvérsias constitucionais relevantes discutidas em processos judiciais, resolvendo pendências jurídicas que só chegariam à sua apreciação vários anos depois, quando já tingido um quadro de completa incerteza em relação à validade do direito objetivo, tão danoso à segurança jurídica.

Por outro lado, o legislador valeu-se também da ADPF para ampliar o leque de incidência do controle abstrato de normas, inclusive "corrigindo" a jurisprudência restritiva adotada pelo STF em algumas questões, como a da impossibilidade de fiscalização abstrata do direito pré-constitucional e das normas infralegais. Mas, infelizmente, algumas audácias cometidas pelo legislador nesta seara, como a previsão de controle sobre a violação das normas regimentais no processo legislativo, foram podadas da lei, através do veto presidencial.

Não é a intenção deste estudo realizar uma análise exaustiva da Lei nº 9.882/99, objetivo que seria incompatível com os limites de espaço e do próprio expositor. Pretendemos, isto sim, suscitar algumas questões que nos parecem relevantes a

1 Vide, a propósito, o explícito reconhecimento deste fato feito por MENDES, Gilmar Ferreira, em *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (I). in* Revista Jurídica Virtual nº 7 — dezembro/1999, disponível no *site http://www.planalto.gov.br.*

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 10ª ed, São Paulo: Malheiros Ed., 1995, p. 530.

propósito da nova ação, contribuindo para este debate que certamente ainda provocará muita polêmica.

2 — *As Duas Modalidades de ADPF*

Pelo que se depreende da Lei nº. 9.882/98, existem duas espécies distintas de ADPF, que chamaremos doravante, na esteira dos ensinamentos de Juliano Taveira Bernardes[3], de argüição autônoma e argüição incidental.

A argüição autônoma constitui típica hipótese de processo objetivo, vocacionada ao controle abstrato de constitucionalidade, à semelhança da ADIN, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da ADIN por Omissão. Ela deve ser utilizada exatamente nas hipóteses em que estas outras ações constitucionais não forem cabíveis, ou não se revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão à preceito fundamental da Constituição, consoante o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Já a Argüição Incidental, cuja existência infere-se da leitura de diversos dispositivos esparramados assistematicamente pelo corpo da lei, como o art. 5º, § 3º, e o 6º, § 1º, representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade ao preceito fundamental. Se o Supremo conhecer da argüição incidental, ele não vai julgar a causa, como acontecia no instituto da Avocatória[4], de triste memória. Irá tão-somente manifestar-se sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de argüição de inconstitucionalidade nos tribunais[5], característico do controle difuso, e que se encontra regulado nos art. 480 a 482 do Código de Processo Civil.

No entanto, diversamente do que ocorre naquele incidente, aqui a decisão da controvérsia constitucional vinculará não apenas o julgamento do caso concreto que a provocou, mas também a todos os outros em que a mesma questão estiver sendo discutida, a teor do disposto no art. 10, *caput* e § 3º da Lei nº. 9.882/99. Além disso, se aquele incidente regulado pelo CPC pode ser suscitado pelas partes, pelo MP ou até de ofício, na argüição incidental só os órgãos legitimados para a propositura da ADIN, arrolados no art. 103 da Constituição, estão habilitados a fazê-lo, conforme dispõe o art.. 2º da Lei da ADPF.

3 BERNARDES, Juliano Taveira, *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, in* Revista Jurídica Virtual nº 8 — janeiro/2000, p. 01, disponível no *site* http://www.planalto.gov.br/

4 Cfr. BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galilás de Souza. *A Argüição de Desdcumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória.* In Revista Jurídica Virtual nº 08 — janeiro/2000, disponível no *site* http://www.planalto.gov.br.

5 Cfr. WALD, Arnold. *O Incidente de Constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente. in* Revista Jurídica Virtual n7 07 — dezembro/99, disponível no *site* http://www.planalto.gov.br.

O objetivo do novo instituto é antecipar decisões do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsias constitucionais relevantes, que antes só chegariam ao seu conhecimento muito depois, após o percurso das tortuosas vias recursais. Evita-se com isto que, neste ínterim, seja criada e alimentada uma situação de incerteza jurídica, congestionando os tribunais, ensejando a possibilidade de decisões discrepantes e permitindo a consolidação no tempo de situações subjetivas que possam vir a contrariar a orientação que, depois, o Supremo venha a adotar em relação a certas questões de índole constitucional.

A doutrina tem traçado um paralelo entre a argüição incidental pátria e o recurso de amparo, do direito constitucional espanhol, e o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), do direito germânico, o que, no nosso entendimento, deve ser visto com cautelas, em razão das diferenças marcantes entre, de um lado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, e, do outro, os sistemas espanhol e alemão, estes muito semelhantes entre si[6] . De fato, tanto na Espanha como na Alemanha, não existe o controle difuso de constitucionalidade, razão pelo qual, diferentemente do que ocorre no Brasil, os juízes e tribunais ordinários não estão, em nenhum destes países, autorizados a tutelar direitos fundamentais violados, quando a ofensa decorrer da aplicação de lei contrária à Constituição. Os juízes e tribunais podem apenas suscitar a questão de inconstitucionalidade, que será decidida pelas respectivas Cortes Constitucionais, em decisão dotada de caráter *erga omnes*.

Na Alemanha, o recurso constitucional é um instrumento que pode ser utilizado pelo cidadão para provocar a tutela, pelo Tribunal Constitucional, dos seus direitos fundamentais violados por atos do poder público[7], desde que exauridas as demais instâncias judiciais. Através do recurso, podem ser impugnados atos normativos, administrativos e judiciais, que atinjam diretamente o direito de um cidadão. Ademais, no julgamento do recurso constitucional, a Corte Constitucional tem o poder reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade de norma cuja aplicação tenha lesado o direito fundamental do requerente. Vale observar que embora o recurso constitucional sirva primariamente à tutela dos direitos fundamentais, ele também pode ser definido, como observou o Prof. Klaus Schlaich, *"como um meio específico para a proteção da ordem constitucional objetiva"*[8]. Neste sentido, averbou Hans G. Rupp:

> *"o processo de recurso constitucional não responde simplesmente ao objetivo de natureza subjetiva que constitui a proteção dos direitos fundamentais do cidadão em face do Poder Público: como todos os processos que se*

6 Vide, sobre o sistema espanhol, ENTERRÍA, Eduardo García de, *la Constitucion como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Editorial Civitas, 1988, p 121/155, e sobre o sistema alemão, MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

7 Cfr. SCHLAICH, Klaus, "Procédures et Techniques de Protection des Droits Fondamentaux — Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand," In *Cours Constitutionnelles Européenes et Droits Fondamentaux*, Louis Favoreax (org)., Paris: Economica, 1981, p. 125.

8 Op. cit., p. 109.

desenvolvem perante o Tribunal Constitucional Federal, ele tem igualmente uma finalidade objetiva, que é o esclarecimento dos problemas de direito constitucional pela interpretação da lei fundamental".[9]

O recurso de amparo espanhol tem disciplina muito semelhante. Trata-se de remédio destinado a suscitar tutela, pela Corte Constitucional, dos direitos fundamentais previstos entre os arts. 14 e 30 da Constituição espanhola, que forem lesados pelo Estado, mediante provocação da vítima, quando esta tiver esgotado todas as vias judiciais ordinárias[10]. O recurso de amparo não pode ser dirigido contra a lei inconstitucional, mas contra o ato que a aplicou, violando os direitos do cidadão. No seu julgamento, o Tribunal Constitucional está habilitado a apreciar a inconstitucionalidade de normas, emitindo decisão dotada de eficácia geral, que tem o condão de eliminar o ato normativo inválido da ordem jurídica.

A argüição incidental guarda algumas semelhanças com tais institutos, pois também possui uma dimensão subjetiva, já que é suscitada em razão de um caso concreto, e uma dimensão objetiva, pois destina-se à proteção da higidez da ordem jurídico-constitucional. Sem embargo, na argüição incidental, o aspecto objetivo sobreleva, sobretudo porque o incidente não pode ser provocado pelas partes do processo judicial, mas apenas pelos legitimados para o ajuizamento da ADIN, tendo em vista o veto presidencial ao inciso II do art. 2° da Lei n° 9.882/99, que outorgava legitimidade para propositura da ADPF a *"qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público"*. Além disso, a argüição incidental não se restringe à tutela dos direitos fundamentais. Aliás, pelo que consta, o instituto foi criado visando muito mais na tutela da governabilidade e de interesses estatais (combate à "indústria das liminares"), do que a proteção do cidadão em face do Poder Público.

2. *Objeto da ADPF*

Segundo reza o art. 1° da Lei n° 9.882/99, a ADPF tem por objeto *"evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público"*. O parágrafo único do referido dispositivo, em seu inciso I, dispõe que a ADPF caberá também *"quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição"*. Tais hipóteses de cabimento da ADPF foram, no entanto, severamente restringidas pelo art, 4°., § 4°, da lei, que consagrou o princípio da subsidiariedade da nova ação, ao estabelecer que esta não será admissível *"quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade"*.

9 .GRUPP, Hans G., "Objet et Portée de la Protection des Droits Fondamentaux — Tribunal Constitucionnel Fédéral Allemand", *in Cous Copnstitucionelles Européenes et Droits Fondamentaux*, op. cit., p. 242.

10 Conforme ENTERRÍA, op. cit., p. 141.

Tais dispositivos são aplicáveis, na nossa opinião, tanto à argüição autônoma quanto à incidental[11], que também está sujeita ao princípio da subsidiariedade, mas com nuances e temperamentos que serão adiante examinados.

Por outro lado, não podemos concordar com a aproximação que alguns autores vem estabelecendo entre a ADPF e o *writ of certiorari* do direito norte-americano[12]. Neste instituto, que hoje representa o principal instrumento de acesso à Suprema Corte para fins de controle de constitucionalidade, há plena discricionariedade judicial em relação à sua admissibilidade. Conforme ressaltaram John E. Nowak e Ronald D. Rotunda,

> *"Under the Supreme Court's rules, a review on writ of certiorari is not a matter of right, but of sound judicial discretion, and the Court will grant it only where there are special and important reasons to do so. Consequently, the Court need not explain its refusal to accept certiorari ..."*

É certo que a ADPF, mesmo incidental, colima primariamente a proteção da ordem jurídica, e não a tutela de direitos subjetivos das partes. Porém, isto não significa que o STF tenha discricionariedade para admitir ou não a ADPF, nem muito menos que possa fazê-lo sem fundamentação, como ocorre no *writ of certiorari* do direito norte-americano. Do contrário, haveria uma exagerada e desnecessária politização no julgamento da ação, e violar-se-ia, ademais, o princípio da motivação das decisões judiciais, inscrito no art. 93, IX, da Lei Maior, que representa, como afiançou José Carlos Barbosa Moreira, uma garantia indeclinável do Estado de Direito[13].

2.1 Preceito fundamental

Cumpre, em primeiro lugar, esclarecer o significado da expressão *"preceito fundamental"*, usada tanto pelo constituinte como pelo legislador ordinário. Embora saiba-se que, do ponto de vista jurídico-formal, inexiste hierarquia entre as normas da Constituição, é certo que algumas são mais relevantes do que outras, desfrutando de primazia, na ordem de valores em que se esteia o direito positivo[14]. Assim,

11 Contra, Juliano Taveira Bernardes, op. cit., pp 01/02 que sustenta que o *caput* do art. 1° trata da argüição abstrata, enquanto o parágrafo cuidaria apenas da argüição incidental.

12 Vide, por exemplo, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 615, e MENDES, Gilmar Ferreira, *Vítimas do ócio (ou: Da importância da leitura do Diário Oficial).* Revista Jurídica Virtual n° 11 — abril/2000, disponível no *site* http://www.planalto.gov.br.

13 *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, in "Temas de Direito Processual Civil* (Segunda série)". Rio de Janeiro: Saraiva, 1980, p. 83/95.

14 Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 5ª ed. Coimbra: Almeidina, pp. 196/197 e BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 187.

conforme averbaram Celso Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas a propósito da ADPF, *"... não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma"* [15]. Entre os preceitos fundamentais situam-se, sem sombra de dúvidas, os direitos fundamentais, as demais cláusulas pétreas inscritas no art. 60, § 4°, da Constituição da República, bem como os princípios fundamentais da República, previstos no art. 1° ao 5° do texto magno.

Neste sentido, parece-nos que o legislador agiu bem ao não arrolar taxativamente quais, dentre os dispositivos constitucionais, devem ser considerados como preceitos fundamentais. Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado[16], a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre a partir da consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional.

2.2 Atos normativos, administrativos jurisdicionais e atos privados

Pela própria redação do *caput* art. 1°, é possível notar a enorme abrangência da ADPF, que pode ser utilizada não apenas com o objetivo de censurar atos normativos, mas também atos administrativos e até mesmo atos jurisdicionais, agora sujeitos também ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade. As hipóteses são as mais diversas: contratos administrativos, editais de licitação e de concurso, decisões dos tribunais de contas, entre inúmeros outros atos estatais.

A expressão *"ato do Poder Público"*, empregada pelo legislador, deve ser compreendida em seu sentido mais lato, e alcança também, no nosso entendimento, os atos de particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. Parece-nos, neste particular, perfeitamente cabível a analogia com o mandado de segurança, que pode também ser impetrado contra atos de pessoas jurídicas de direito privado, no exercício de atribuições do Poder Público[17].

Nos Estados Unidos, em que, pelo entendimento dominante, as normas constitucionais — com exceção da 13ª Emenda que aboliu a escravidão — vinculam apenas o Estado (*state action douctrine)*[18], criou-se a teoria de que quando particulares agem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estão também sujeitos às limitações constitucionais. O caso mais emblemático de aplicação da *public function*

15 . Op. cit, p. 01.

16 Sobre os conceitos jurídicos indeterminados há vasta literatura. Vide, em especial, ENGISH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico,* 6ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianp. 205/274.

17 Vide, a propósito, DIREITO, Carlos Alberto Menezes, *Manual do Mandado de Segurança.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 28/32.

18 Vide, a propósito, NOWAK, John E. & ROTUNDA, op. cit., p. 470/509.

theorie foi o *Marsh v. Alabama*[19] . Tratava-se de uma localidade cujas ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc, situavam-se integralmente dentro das terras de uma companhia privada. Tal empresa resolveu proibir que, no interior das suas terras, fosse realizada a pregação por testemunhas de Jeová, mas a Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter um "cidade privada" (*private owned town),* a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto.

Parece-nos que os atos privados que, pela sua natureza, forem equiparáveis à ação estatal, poderão sujeitar-se também ao controle por via de ADPF, caso inexista outro meio para sanar a lesividade. Num contexto como o atual, em que a tônica constitui a substituição do Estado por atores privados, através de desestatizações, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada, e outros mecanismos assemelhados, é assaz importante vincular estes atores ao respeito aos direitos fundamentais e à Constituição, através de todos os meios e remédios disponíveis.

No entanto, a ADPF não é, infelizmente, instrumento hábil para o controle do respeito das normas constitucionais, por entidades não estatais, no exercício de atividades tipicamente privadas. Neste particular, pecou por omissão o legislador, que poderia ter aproveitado o novo instrumento para reforçar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung)*[20], criando instituto que permitisse ao Supremo Tribunal Federal, nos cases mais graves e emblemáticos de lesão coletiva, proteger o respeito aos direitos humanos no domínio das relações privadas.

2.3 Atos normativos municipais e distritais

Inovação do maior relevo foi a autorização para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade sobre leis e atos normativos municipais através da ADPF. Como se sabe, não havia, até então, controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição Federal, haja vista o teor expresso do seu art. 102, inciso I, alínea "a". As leis municipais sujeitavam-se apenas ao controle difuso de constitucionalidade, e ao controle abstrato em face das constituições estaduais, realizado pelos Tribunais de Justiça, na forma do disposto no art. 125, § 2º, da Lei Maior[21]. Agora, a sua constitucionalidade pode também ser aferida abstratamente pelo STF, desde que a norma alegadamente violada constitua "preceito fundamental", e a controvérsia constitucional seja relevante.

19 326 U.S. 501, 66 S.Ct. 276, 90 L.Ed. 265 (1946)

20 Veja-se, sobre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ANDRADE, José Carlos Vieira, *os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* Coimbra: Almeidina, 1998, pp. 270/300, SARLET, Ingo Wofgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 333/340, e MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 207/225

21 Veja-se, a propósito, VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 2ª ed., Belo Horizointe: Del Rey, p. 347/360.

Alexandre de Moraes sustenta que e extensão do controle abstrato de constitucionalidade aos atos normativos municipais seria inconstitucional, pois violaria o desígnio do constituinte originário de restringir este controle às normas federais e estaduais, cristalizado na redação do art. 102, I, alínea "a", do texto magno[22]. Não comungamos deste seu posicionamento. A Constituição Federal limitou apenas o cabimento da ADIN às normas federais e estaduais, mas não estendeu este regramento a todos os mecanismos de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Não há qualquer restrição ao controle de atos normativos municipais no art. 102, § 1°, da C.F., e não há porque traçar, neste particular, qualquer analogia entre a ADPF e a ADIN. Até porque, uma das razões que motivou a criação da ADPF foi a sua possibilidade de atingir situações que os outros mecanismos já existentes de controle de constitucionalidade não tinham aptidão de alcançar.

A contrário do que afirma Alexandre de Moraes, não se trata, no nosso entendimento, de extensão da competência do STF por meio de lei, o que efetivamente seria vedado, já que a competência do Supremo foi discriminada, de modo exaustivo, pelo texto constitucional. Na verdade, há expressa previsão constitucional da competência do STF para julgamento da ADPF, e a Lei n°. 9.882/99 cingiu-se a regulamentar dito instituto, como lhe determinara a Constituição.

Aliás, a nosso ver, é digna de encômios a extensão do controle abstrato à lei municipal, que permitirá ao STF resolver, de uma vez por todas e com eficácia *erga omnes,* as controvérsias envolvendo a constitucionalidade do direito municipal, evitando com isto o congestionamento ocioso do Judiciário, acarretado pela repetição desnecessária de demandas idênticas, com atrasos na prestação jurisdicional e riscos à isonomia do jurisdicionado[23]. E nem se diga que tal extensão agrava a sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal, hoje já tão assoberbado, pois cada ADPF sobre lei municipal julgada corresponderá, seguramente, a um grande número de recursos extraordinários, envolvendo a mesma questão, que o Pretório Excelso não terá de apreciar.

Ora, se a ADPF pode seu utilizada para o controle de constitucionalidade do direito municipal, é evidente que o seu emprego também será cabível em se tratando de normas do Distrito Federal, editadas no exercício de competência legislativa de natureza tipicamente municipal.

Isto porque, o Distrito Federal, ao qual vedou-se a divisão em municípios, acumula as competências legislativas estaduais e municipais (CF, art. 32, § 1°), afora as ressalvas constantes na própria Constituição. Diante disso, o STF vinha afirmando que as normas distritais só poderiam ser objeto de controle abstrato, quando decorrentes do exercício de competência legislativa de índole estadual. Com o advento da Lei n° 9.882/99, pensamos que os contornos normativos desta questão se modificam, para permitir o preenchimento de mais esta lacuna no controle abstrato de normas.

22 MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional.* 8ª ed., São Paulo: Atlas, p. 616.

23 No mesmo sentido LOURENÇO, Rodrigo Lopes, *O Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF.* Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 57/58.

2.4 Normas anteriores à Constituição

Como se sabe, a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal aponta no sentido do não cabimento de ADIN contra ato normativo anterior à Constituição, sob o argumento de que a questão envolvida é de simples revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente. Para o STF, o conflito entre o direito infraconstitucional pretérito e a nova Constituição deve ser equacionado através do critério cronológico de resolução de antinomias, e não pelo critério hierárquico[24].

Diante desta discutível orientação pretoriana, criou-se um vácuo no controle abstrato de normas, prejudicial à segurança jurídica, na medida em que a solução de controvérsias relevantes envolvendo a recepção das normas infraconstitucionais deixou de contar com um instrumento definitivo de pacificação dos conflitos, dotado de eficácia *erga omnes*.

Portanto, entendemos que a Lei nº 9.882/98 preencheu, em boa hora, este vazio, ao possibilitar o controle abstrato do direito pré-constitucional, em sintonia, aliás, com a jurisdição constitucional no direito comparado[25]. Não vemos nisso nenhum tipo de inconstitucionalidade, já que o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, não contempla qualquer limitação, expressa ou implícita, relativa às normas pré-constitucionais.

2.5 Atos normativos infralegais

Entendemos que a Lei nº 9.882/98 também confere amparo ao controle concentrado de constitucionalidade das normas infralegais.

Antes da lei, o Pretório Excelso sedimentara o entendimento de que as normas secundárias, que têm como fundamento de validade outras normas que não a Constituição, não se sujeitam à fiscalização abstrata de constitucionalidade. Segundo o STF haveria, sempre, uma questão prévia de legalidade, cuja resolução demandaria

24 Esta tese, entretanto, não é pacífica. O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADIN nº 2, julgada en 06 de fevereiro de 1992, defendeu, com fortes e eruditos argumentos, que o conflito entre a Constituição e outras normas envolve sempre questão de inconstitucionalidade, tendo o seu voto sido acompanhado pelos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio. Concordamos, no particular, com o Ministro Pertence e com Gilmar Ferreira Mendes, o qual averba que *"há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de diferentes hierarquias, o postulado* lex superior *afasta outras regras de colisão. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou* lex posterior *pudesse afastar a norma constitucional enquanto* lex generalis *ou* lex prior." In *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 166. Vide também, sobre tal questão, o alentado estudo feito por Luis Roberto Barroso, op. cit., p. 69/79, bem como CLÈVE, Clemerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 148/153.

25 Na Alemanha, em Portugal, na Itália e na Espanha é admissível o controle abstrato de constitucionalidade do direito anterior à Constituição. Vide, a propósito, ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional.* 3ª ed. Ed. Civitas: Madrid, 1988, p. 83/94.

o exame da compatibilidade entre a norma impugnada e aquela que lhe empresta fundamento. Com base nesta orientação, o Supremo não tem admitido exercitar o controle de constitucionalidade sobre regulamentos, a não ser quando autônomos[26].

No entanto, esta posição não era isenta de críticas. Conforme averbou Clèmerson Merlin Clève, a cuja lição aderimos,

> *"... o regulamento pode ofender a Constituição, não apenas na hipótese de edição normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação dos poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata."*[27]

Ora, parece-nos que a Lei nº 9.882/98 permite o controle objetivo de constitucionalidade das normas secundárias, em razão da abrangência da redação do *caput* do seu art. 1º, que alude a qualquer *"ato do Poder Público"* que ameace ou viole preceito fundamental da Constituição.

Ademais, a exegese do parágrafo único e do inciso I do mesmo dispositivo confirma este entendimento. De fato, considerando o princípio da subsidiariedade da ADPF, agasalhado no art. 4º, § 1º, da lei, bem como o fato de que já cabe ADIN em relação às normas primárias federais e estaduais supervenientes à Constituição, conclui-se que, no que tange a estas normas, a ADPF não é necessária para sanar a lesividade ao preceito fundamental, sendo pois, ao menos na sua modalidade abstrata, incabível. Portanto, como, por um lado, foi prevista a ADPF para impugnação de atos normativos federais e estaduais, incluídos, *a contrario senso,* os posteriores à Constituição, e, por outro, a ação não é admissível quando tais normas forem primárias, chega-se à inarredável conclusão de que as normas legais secundárias, tais como o decreto regulamentar, encontram-se também sujeitas ao controle objetivo de constitucionalidade, via ADPF.

2.6 Controle preventivo de constitucionalidade via ADPF

De outra parte, vale consignar que a redação do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99, ao estabelecer que um dos objetivos da ADPF é o de evitar a lesão a preceito fundamental, pode sugerir o cabimento do controle abstrato preventivo de constitucionalidade das leis.

26 Não é esta a sede própria para tomar partido na tormentosa controvérsia que envolve a existência ou não de regulamentos autônomos no direito brasileiro. Porém, dela não depende o reconhecimento de que, se for editado regulamento autônomo, caberá sempre o exercício do controle de constitucionalidade, pois inexistirá qualquer questão prévia de ilegalidade a ser solucionada.

27 Op. cit., p. 143.

Como se sabe, esta possibilidade, até então, inexistia no ordenamento pátrio. No Brasil, o controle jurisdicional de constitucionalidade é, em princípio, repressivo, afora as hipóteses de controle concreto preventivo, reconhecidas pelo STF apenas nos casos (a) de violação, na processo legislativo, das regras constitucionais pertinentes, ou (b) e ofensa às cláusulas pétreas por projeto de emenda à Constituição, haja vista a redação do art. 60, § 4°, da Lei Maior. Em ambas as hipóteses, segundo a orientação do Pretório Excelso, o controle preventivo só pode ser provocado pela via incidental, através de mandado de segurança impetrado por parlamentar, já que este possui direito líquido e certo de não participar de processo legislativo incompatível com a Constituição[28]. O cidadão comum, segundo o Supremo, não poderia provocar tal controle preventivo, pois enquanto não existir norma, não há nenhuma possibilidade de aplicação da mesma, em violação ao seu direito subjetivo.

De qualquer maneira, o controle abstrato de normas, no Brasil, pelo menos até o advento da Lei n° 9.882/99, era sempre repressivo, ao contrário do que ocorre na França, em que, ao inverso, ele é sempre preventivo, ou do que se dá em outros países, como Portugal, Espanha, Alemanha e Áustria, cujos ordenamentos admitem, em algumas hipóteses, o controle jurisdicional abstrato preventivo, ao lado do repressivo[29].

Será que este quadro, no direito brasileiro, se alterou com a nova lei? Parece-nos que não. Apesar da redação do *caput* do art. 1°, o certo é que foram vetados, por alegada inconstitucionalidade, o art. 5°, § 4°, e o art. 9°, da lei em questão, que conferiam explícito amparo ao controle preventivo de constitucionalidade das leis, por via da ADPF. Nas razões de veto, constantes da Mensagem n° 1.807, de 03 de dezembro de 1999, o Presidente da República afirmou que tais normas conferiam poder exagerado ao STF para realizar intervenção em questão *interna corporis* do Legislativo.

Na nossa opinião, uma mudança tão drástica no sistema de controle de constitucionalidade seria até salutar, por reforçar ainda mais a supremacia da Constituição, mas não poderia ser implementada através de simples lei ordinária, demandando emenda constitucional.

2.7 Violação a normas regimentais no procedimento legislativo

O Supremo Tribunal Federal vem mantendo o entendimento, que nos parece absolutamente desacertado, de que a violação das normas regimentais no processo legislativo é insuscetível de controle jurisidicional, por se tratar de questão *interna corporis* do Poder Legislativo[30]. Tal orientação, no nosso entendimento, revela-se

28 Vide, a propósito, MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 8ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, p. 569/578.

29 Sobre o controle preventivo de constitucionalidade em geral, vide Zeno Veloso, op. cit., p. 155/161

30 Tal entendimento já é bem antigo, mas foi reiterado recentemente no julgamento do MS 22.5033/DF, DJ de 06 de junho de 1997, p. 24.872. Há, no entanto, posição minoritária defendida

incompatível com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como com a cláusula do devido processo legal, que, como não poderia deixar de ser, estende-se também ao processo legislativo. O STF não pode furtar-se do ônus de apreciar tal questão, pois ela diz respeito à regularidade formal das normas jurídicas, matéria diretamente afeta aos direitos não só dos parlamentares, mas de toda a população, destinatária destas normas.

A Lei nº 9.882/99 continha, na sua redação original, dispositivo que estenderia o controle do STF sobre tais questões, ao estabelecer o cabimento da ADPF *"em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal."* (art. 1º, Parágrafo único, inciso II). Contudo, infelizmente, o referido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, por suposta inconstitucionalidade, sob o argumento de que a *"a intervenção autorizada do supremo tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo retringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais."*

Perdeu o legislador, no nosso entendimento, ótima oportunidade para corrigir uma das maiores distorções na jurisprudência do STF a propósito da jurisdição constitucional.

2.8 Atos políticos

No julgamento da ADPF nº 1 — RJ, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a ação, que fora proposta para impugnar o veto imotivado do Prefeito do Rio de Janeiro contra lei municipal sobre o IPTU. Fundamentou-se a Corte no entendimento de que o veto, como ato político, refugiria ao controle jurisdicional, sujeitando-se apenas ao crivo do Poder legislativo, que tem a prerrogativa constitucional de derrubá-lo. Tal orientação, que se afeiçoa a doutrina tradicional do STF sobre a insindicabilidade dos atos políticos, não nos parece feliz.

A doutrina da não apreciação judicial dos atos políticos originou-se da jurisprudência norte-americana, refletindo a sua preocupação com uma possível intervenção excessiva do Judiciário, que não é eleito, no âmbito das atribuições próprias aos outros dois poderes estatais, cuja legitimidade é haurida do voto popular[31]. No entanto, na própria jurisprudência norte-americana a doutrina da *political questions*, é claramente inaplicável quando a Constituição estabelece, de forma clara e objetiva, pressupostos para atuação dos demais poderes, e estes não são respeitados, conforme de depreende do acórdão lavrado pela Suprema Corte no *leading case Baker v.*

pelos Min. Celso de Mello, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que advoga, ao nosso sentir com acerto, a tese do cabimento do controle juridicional nestes casos.

31 Vide, a propósito, TRIBE, Laurence H., *American Constitucional Law*. 2nd. ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 96/107, e NOVAK Jonh E. & ROTUNDA, Ronald D., op. cit., p. 106//117.

Carr[32]. Há hoje, inclusive, um refluxo no emprego desta teoria, desde o julgamento do caso *United States v. Nixon*[33], em que a Justiça norte-americana decidiu que era suscetível de controle jurisdicional a recusa do Presidente Nixon de entregar ao Ministério Público fitas que continham gravações de conversas sigilosas na Casa Branca, que o comprometiam no caso Watergate.

A doutrina da insindicabilidade dos atos políticos não pode, no nosso entendimento, ser invocada no ordenamento pátrio, quando o ato examinado contrariar, de forma manifesta, a Constituição Federal, que é parâmetro inafastável para aferição da validade de todos os atos estatais ou privados, revestidos ou não de colorido político. Conforme observou Rui Barbosa, em lição clássica, mas que não perdeu sua atualidade,

> *"Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, 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 direito nela consagrado."* [34]

É certo que algumas vezes a Constituição remete a resolução de certas questões, com exclusividade, à alçada de outros poderes, toldando a possibilidade de controle jurisdicional. É assim em relação ao mérito do julgamento do processo de *impeachment* do Presidente da República, às decisões legislativas que decidem pela cassação, ou não, de mandato parlamentar, e em outros casos mais.

No que tange especialmente ao veto, não há dúvida de que seu mérito constitui questão política, insuscetível de controle jurisdicional. Contudo, no caso enfrentado pelo STF, não se tratava disso: tinha havida flagrante ofensa a preceito constitucional sobre processo legislativo, que impõe a motivação do veto, omitida na hipótese. Negar a possibilidade de controle judicial, em casos que tais, implica, com todas as vênias, em subtrair a juridicidade da norma constitucional contrariada, e enfraquecer, assim, o magno princípio da supremacia da Constituição.

Portanto, embora concordemos que os atos estritamente políticos não se sujeitam ao controle de constitucionalidade por via da ADPF, ao nosso ver, o conceito de ato político tem de ser interpretado restritivamente, inclusive em razão dos princípios da supremacia da Constituição, e da inafastabilidade do controle jurisdicional[35]. Só é ato político judicialmente insindicável aquele cuja prática a Constituição deferir, com exclusividade, à discricionariedade do Executivo ou Legislativo, sem estabele-

32 369 U.S. 186, 82 S.CT. 691, 7 L.Ed. 2d 663 (1962)

33 418 U.S. 683, 94 S.Ct. 3090, 41 L.Ed. 2d 1039 (1974)

34 *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 291.

35 Sobre a tendência à extensão progressiva do controle jurisdicional sobre os atos dos demais poderes, vide o importante estudo de ENTERRÍA, Eduardo García, *La lucha cointra las inmunidades del poder.* 3ª ed, Madrid: Editorial Civitas, 1995.

cer parâmetros minimamente objetivos que legitimem seu controle por via jurisdicional[36].

3 — ADPF e Inconstitucionalidade por Omissão

Uma das formas mais insidiosas de se frustrar a efetividade da Constituição consiste na inércia do Poder Público em regulamentá-la. Sobretudo as Constituições editadas na 2ª metade do século XX, inspiradas na ideologia do Estado do Bem Estar Social, reclamam com freqüência a integração, pelo legislador, dos seus comandos dotados de eficácia limitada. Quando o legislador se silencia, ou ainda, quando disciplina o preceito constitucional carente de regulamentação de modo incompleto ou insuficiente para o atingimento do escopo perseguido pelo constituinte (omissão parcial), ocorre também violação à Constituição. Nesse sentido, uma das questões mais graves do constitucionalismo contemporâneo tem sido a busca de mecanismos idôneos para o enfrentamento desta séria patologia da ordem jurídica[37].

A Constituição brasileira, como se sabe, preocupou-se com esta temática, e, de modo inovador, instituiu duas ações distintas vocacionadas ao combate da inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2°) e o mandado de injunção (art. 5°, inciso LXXI).

A primeira constitui, como aponta a doutrina em uníssono, típico instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, pelo qual o STF pode reconhecer a mora do legislador e, diante disso, dar *"ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias"*. Ocorre que, na quase totalidade dos casos, a omissão na regulamentação da Constituição é imputável ao Poder Legislativo, e não a órgão administrativo, e, nestas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a fixar prazo para elaboração da norma necessária. A ADIN por Omissão não permite a aplicação de qualquer mecanismo sancionatório contra o Poder Legislativo, quando este persistir na omissão, mesmo após o julgamento do STF. Por isso, a inconstitucionalidade por omissão revelou-se, na prática, um instrumento praticamente inócuo, pois não se mostrou hábil para corrigir a crônica inércia do legislador em disciplinar certos comandos constitucionais.

Com o mandado de injunção não é muito diferente. Embora a doutrina majoritária[38] tenha sustentado, desde o início, que este constitui um *writ* destinado a viabilizar concretamente a fruição, pelo seu impetrante, de direito constitucional previsto em norma carente de regulamentação, o STF, diante do silêncio do texto

36 Ainda assim, entendemos que, em casos extremados, o Judiciário pode apreciar alegação de desvio de poder, na prática dos atos políticos.

37 Sobre esta temática há vasta literatura. Vide, em especial, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora.

38 Vide, dentre outros, BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 171/182.

magno e de uma interpretação ortodoxa do princípio da Separação dos Poderes, adotou posição mais conservadora, equiparando os efeitos da decisão do mandado de injunção aos da que é proferida na ADIN por Omissão. Em outras palavras, para o STF, o Judiciário, no julgamento do mandado de injunção limitar-se-ia a notificar o órgão responsável pela elaboração da norma, mas não poderia, ao contrário do que a doutrina dominante advoga, elaborar a regra para o caso concreto, suprindo a omissão do legislador e possibilitando, com isso, o gozo imediato, pelo autor da ação, do direito constitucional em causa. Com isso, a Corte Suprema esvaziou o mandado de injunção, tornando-o um instrumento extremamente limitado.

É certo que, em julgamentos posteriores, o STF flexibilizou esta sua orientação e passou a admitir que fossem conferidos efeitos concretos ao julgamento do mandado de injunção, quando o devedor do direito constitucional em jogo fosse a pessoa jurídica cujos órgãos ou poderes tivessem responsabilidade pela omissão constitucional. O *leading case* foi o julgamento do Mandado de Injunção nº 283-5, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em que o impetrante postulava o direito à reparação econômica, prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT, devida aos cidadãos que tivessem sido vítimas de atos discricionários do Ministério da Aeronáutica durante a ditadura militar. Naquele caso, o STF decidiu fixar prazo de 60 dias para o Congresso elaborar a norma regulamentadora do preceito constitucional, sob pena de, em não o fazendo, reconhecer o direito do impetrante de obter da União, pela via processual adequada, a reparação a que fizesse jus. Em outros julgamentos subseqüentes, o Supremo manteve a mesma orientação, furtando-se sempre, todavia, de elaborar a norma para o caso concreto, para suprir a lacuna constitucional.

Sem embargo, mesmo depois deste avanço, o ordenamento brasileiro continuou sem contar com um mecanismo mais amplo, que tivesse como efetivamente corrigir esta séria disfunção da ordem jurídica, que é a inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial. Nesse sentido, em que pese o silêncio do legislador, parece-nos que a ADPF, desde que interpretada de modo generoso e progressista, poderá colmatar esta lacuna.

Com efeito, cumpre notar, em primeiro lugar, que a lesão a preceito fundamental da Constituição pode resultar de ato omissivo ou comissivo dos Poderes Públicos. E, dentre as omissões que podem traduzir-se em ultraje aos preceitos magnos, não há porque excluir-se aquelas imputáveis ao legislador.

No momento em o presente estudo está sendo elaborado, pende de apreciação no STF a ADPF nº 4, que gravita precisamente em torno desta questão. Trata-se de ação ajuizada pelo PDT, em que se alega que a MP 2.019/2000, que fixou o valor do salário mínimo em cento e cinqüenta e um reais viola o preceito fundamental inscrito no art. 7º, inciso IV, da Lei Maior. Cuida-se de uma típica hipótese de inconstitucionalidade por omissão parcial, em que, por um lado, a norma elaborada pelo legislador está longe de atender aos imperativos constitucionais pertinentes, mas, por outro, a sua supressão do mundo jurídico, com a decretação da sua inconstitucionalidade, não resolveria o vício, mas antes o aprofundaria. Dos onze Ministros do STF, cinco já votaram contra o cabimento da ação (Octávio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves), enquanto outros cinco manifestaram-se favoravelmente à admissibilidade da ADPF (Sepúlveda Pertence,

Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Carlos Velloso), por considerarem que a ADIN por Omissão não é, no caso, suficiente para sanar a lesividade ao preceito fundamental. Está pendente o voto do Ministro Néri da Silveira, que terá de desempatar o julgamento.

Parece-nos inquestionável que não só na hipótese tratada na ADPF nº 4, mas em qualquer caso de inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, em que o dispositivo constitucional possa ser considerado, pela sua relevância, como preceito fundamental, e a omissão não recaia sobre órgão administrativo, a Argüição será cabível. É evidente, neste sentido, que a ADIN por Omissão não basta para sanar a lesividade em tais hipóteses, já que a sua decisão é praticamente inócua, cingindo-se à mera ciência do poder competente para adoção das providências cabíveis, sem fixação de qualquer prazo ou estabelecimento de sanção.

Contudo, o mais difícil é definir qual será o efeito da decisão da ADPF nestes casos. Entendemos que o STF não pode, a princípio, substituir-se ao legislador, editando comando geral e abstrato, o que seria incompatível com o princípio da separação dos poderes, que é cláusula pétrea na nossa Constituição. Contudo, parece-nos que o que não pode persistir é a ofensa a preceito fundamental, decorrente do omissão total ou parcial do legislador. O dever do STF, como guardião da Constituição, será o de encontrar alguma forma para viabilizar a aplicação do preceito, até que o legislador se desincumba do seu mister constitucional de disciplinã-lo adequadamente.

Uma saída possível é a de possibilitar que o STF fixe prazo para os órgãos competentes elaborarem a norma em conformidade com a Constituição. Findo este prazo sem que a norma seja editada, reconhecer-se-ia o poder do Supremo de suprir provisoriamente a lacuna, valendo-se de qualquer dos meios de integração do direito, previstos no art. 4ª da Lei de Introdução ao Código Civil.

É certo que a adoção desta proposta exegética agravaria o fenômeno da judicialização da política, e transferiria para STF um poder extremamente amplo, fugindo à ortodoxia da concepção clássica do princípio da separação de poderes. Porém, é importante frisar que tal transferência seria apenas provisória, e decorreria não de uma invasão do Supremo nas esferas próprias dos demais poderes, mas da inércia destes poderes em editar normas essenciais à aplicação dos preceitos que representam os pilares da ordem constitucional. A efetividade da Constituição não pode continuar refém da vontade política do legislador.

A Constituição brasileira já está em vigor há mais de 12 anos, e inúmeros dos seus dispositivos ainda não foram regulamentados, enquanto outros o foram de forma incompleta ou deficiente, ficando muito aquém dos desígnios do constituinte originário. Já é tempo buscar uma solução que, se não resolva, pelo menos possa atenuar esta crônica patologia que caracteriza o constitucionalismo brasileiro. A omissão reiterada dos poderes eleitos legitima o Judiciário a assumir uma postura mais ativa em defesa dos valores fundamentais em que se alicerça a ordem jurídica, cuja observância não pode ficar à disposição das forças políticas hegemônicas do Estado. E a ADPF pode revelar-se uma valioso instrumento para este fim.

4 — O Princípio da Subsidiariedade

Segundo dispõe o art. 4°, § 1°, da Lei n° 9.882/99, *"não será admitida a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade."* Tal dispositivo consagra o princípio da subsidiariedade da ADPF, que restringe de forma severa as suas hipóteses de cabimento.

Este princípio inspirou-se em condicionamento semelhante existente no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol, cujo cabimento também encontra-se condicionado ao esgotamento de todas as demais instâncias judiciais para a tutela do direito fundamental.

O STF, no julgamento da ADPF n° 03, já aplicou o referido princípio, ao rejeitar a ação, proposta contra decisão judicial de Tribunal de Justiça, em virtude do cabimento de outros meios para sanar a lesividade.

Não há dúvidas de que o princípio em questão exclui a possibilidade da Argüição, sempre que outro instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade for suficiente para sanar a lesão ou ameaça ao preceito fundamental. Assim, por exemplo, não cabe a ADPF para a retirada do mundo jurídico de lei ou ato normativo estadual, posterior à Constituição, pois para isso já existe a ADIN. Do mesmo modo, a ADPF será inadmissível para a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal superveniente à ordem constitucional, pois para tal finalidade é possível o uso da ADCON.

Contudo, em relação à Argüição Incidental, a questão torna-se mais complexa. É possível sustentar, a partir do teor literal do art. 4°, § 1°, da Lei 9.882/99, que a simples existência de qualquer recurso contra a decisão judicial questionada é suficiente para afastar o cabimento da ADPF. Tal entendimento reduziria a quase nada tal modalidade de ADPF, pois, com a pletora de recursos e instrumentos processuais hoje existentes, é praticamente impossível que não exista, em um caso concreto, algum remédio apto para tutelar o direito das partes revestido de dimensão constitucional .

Gilmar Ferreira Mendes, no entanto, defende entendimento diverso, partindo da premissa de que o objetivo que prevalece na ADPF, mesmo incidental, é a tutela da higidez da ordem jurídica, e não a defesa dos interesses concretos do Autor. Segundo o eminente Professor,

> *"Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.*
> *Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma*

pletora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal."[39]

De fato, a partir do momento que se concebe a ADPF, mesmo incidental, como instrumento destinado primacialmente à garantia objetiva da ordem jurídica, fica claro que a existência de recurso no caso concreto não é suficiente para sanar a lesividade ao preceito fundamental violado. Isto porque, os efeitos do recurso restringem-se ao caso concreto, e portanto, não satisfazem o objetivo do instituto, que é o de reparar ou evitar a lesão à ordem jurídica globalmente considerada, que se propaga através de casos idênticos àquele que foi objeto do processo que ensejou a argüição.

Nas hipóteses, cada vez mais freqüentes, de jurisdição de massa, em que existem muitas vezes milhares de processos idênticos versando sobre a mesma questão jurídica, tal discussão ganha relevo especial. Se a questão constitucional discutida, pela sua natureza, não puder ser ventilada através de qualquer dos demais instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, parece-nos que será cabível a Argüição Incidental, mesmo que, no processo específico em que tenha sido suscitada, exista a possibilidade de interposição de recurso.

Cumpre, no particular, não olvidar que um dos objetivos que inspirou a criação da ADPF foi o de possibilitar a antecipação de decisões do STF sobre temas constitucionais relevantes, que, antes desta ação, só poderiam ser examinados pelo Supremo depois de muito tempo, após longas batalhas judiciais, quando já instalado um deletério clima de insegurança jurídica. Esta finalidade seria frustrada se fosse conferida interpretação puramente literal ao art. 4°, § 1°, da Lei n° 9.868/99, para obstar o cabimento das argüições incidentais sempre que existisse qualquer recurso disponível contra a decisão judicial.

Vale observar que, na Alemanha, a doutrina é assente no sentido de que quando a matéria versada no recurso constitucional for de interesse geral, não se exige o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, o que representa uma exceção ao princípio da subsidiariedade do *Verfassungsbeschwerde*. Conforme observou Klaus Schlaich, citando decisão da Corte Constitucional em matéria fiscal, nestas hipóteses a exaustão das vias judiciárias não é exigida, porque *"a decisão esperada (do recurso constitucional), além do caso concreto, irá esclarecer a situação jurídica de uma multiplicidade de casos que se apresentam de modo idêntico"*.[40]

Ora, na Argüição Incidental do direito brasileiro existem razões ainda maiores para aderir a tal posicionamento, na medida em que a dimensão objetiva desta ação é ainda mais pronunciada, o que se evidencia tanto pela sua legitimidade ativa restrita (art. 2°, I, da Lei 9.882/99) como pelos efeitos *erga omnes* da sua decisão (art. 10, § 3°).

39 *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz. in* Revista Jurídica Virtual n° 13 — junho/2000, disponível no *site* http://www.planalto.gov.br.

40 Op. cit., p. 129.

Nestas hipóteses de Argüição incidental, entendemos que o STF deverá examinar, caso a caso, se realmente a questão constitucional ventilada ostenta relevante interesse público. O interesse público deve ser entendido aqui não como o consistente na resolução da controvérsia concreta que tenha ensejado a argüição, pois, por mais relevante que seja o caso, para dirimi-lo devem ser utilizados os inúmeros recursos próprios do ordenamento processual. Caso contrário, permitir-se-ia o acesso indiscriminado ao Supremo para resolver conflitos intersubjetivos concretos, com o atropelo das instâncias recursais competentes, o que representaria uma afronta ao devido processo legal e ao princípio do juiz natural. Além disso, acabar-se-ia inviabilizando por completo o Pretório Excelso, pela sobrecarga de trabalho.

No nosso entendimento, esta Argüição Incidental, sem a prévia exaustão das instâncias ordinárias, só pode ser admitida naqueles casos em que existirem um grande número de processos idênticos, gravitando em torno da mesma questão constitucional. Nestas hipóteses, quando não for cabível a resolução da questão constitucional através dos instrumentos abstratos de controle de constitucionalidade, será possível o emprego da ADPF. Isto evitará que se estenda desnecessariamente a insegurança jurídica decorrente da dúvida sobre a constitucionalidade de certos atos estatais, e evitará o congestionamento desnecessário do Poder Judiciário, que será poupado do ônus de julgar um sem-número de processos rigorosamente iguais.

5 — Partes

A legitimidade ativa para a propositura da ADPF foi circunscrita às mesmas pessoas e entidades elencadas no art. 103 da Constituição Federal, que enuncia o rol dos legitimados para a propositura de ADIN. O inciso II do art. 2° da Lei 9.882/99, que conferia tal legitimidade a *"qualquer pessoa lesada ou ameaçada em decorrência de ato do Poder Público"*, e que representava radical inovação no sistema pátrio de controle concentrado de constitucionalidade, foi vetado pelo Presidente da República.

No veto presidencial, afirmou-se que a referida norma inviabilizaria o funcionamento do STF, que teria de apreciar uma quantidade enorme de feitos. Por outro lado, alegou-se também que a existência do controle difuso de constitucionalidade, aliada à pluralidade de entidades legitimadas à propositura da ADPF pelo inciso I do mesmo artigo, tornaria *"desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal"*.

Na verdade, o referido veto mudou a essência da ADPF que, se podia antes dele ser concebida como um instrumento primariamente vocacionado à proteção dos direitos fundamentais lesados pelo Poder Público, à semelhança do *Verfassungsbeschwerde* e do recurso de amparo, converteu-se num processo de caráter predominantemente objetivo, destinado à garantia da ordem constitucional lesada ou ameaçada por ato estatal comissivo ou omissivo.

É certo que o cidadão poderá provocar o Procurador-Geral da República para propositura da ADPF, tendo em vista não apenas o disposto no art, 2°, § 1°, da Lei

9.882/99, mas também o próprio direito constitucional de petição (art. 5°, XXIV, alínea a, CF). Porém, caso o PGR resolva não ajuizar a ação, o interessado não contará com qualquer remédio para provocar a apreciação do STF, em razão do veto presidencial aposto ao § 2° do art. 2° da Lei 9.882/99, que previa o cabimento de representação ao STF nesta hipótese.

Tais legitimados ativos são parte apenas em sentido formal, pois não possuem qualquer disponibilidade sobre a ação, tendo apenas o poder de deflagrá-la, tal como ocorre nas demais ações do controle concentrado de constitucionalidade[41]. Embora a Lei 9.88299 tenha se silenciado a este propósito, entendemos que, tal como na ADIN e ADCON, não se deve considerar admissível a desistência manifestada pelo autor no julgamento da ADPF, pelo caráter eminentemente objetivo do processo.

Por outro lado, parece-nos que caberá, nesta matéria, aplicar-se a orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da ADIN, em relação à existência de legitimados universais e não universais para propositura da ação, exigindo-se destes últimos o requisito da pertinência temática como pressuposto para a admissibilidade do processo[42]. Do mesmo modo, parece-nos que, apesar da omissão da Lei 9.882/99, a legitimidade ativa do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal para ADPF deverá também ser reconhecida na ADPF, na linha da jurisprudência do STF a propósito da ADIN, agora já consolidada através do art. 2° da Lei n° 9.868/99.

No que tange ao pólo passivo, entendemos que, diante do seu caráter predominantemente objetivo, a ADPF é uma ação sem réu. Pode-se, no máximo, considerar que as entidades responsáveis pelo ato impugnado sejam os legitimados passivos, constituindo, no entanto, parte em sentido meramente formal.

Mesmo na Argüição Incidental, em que as partes do processo judicial em que se suscitou a ADPF sofrem diretamente os efeitos da decisão, estas, a rigor, não integram nenhum dos pólos da relação processual, como se depreende do disposto no art. 6°, § 1°, que apenas faculta ao relator da ação a ouvir, se entender necessário, tais partes.

Não vislumbramos nisso qualquer inconstitucionalidade, porque o STF já deixou assentado, no julgamento proferido na ADCON n° 1-1 DF, que as garantias constitucionais do contraditório a ampla defesa não se estendem aos processos de índole objetiva, cuja finalidade não é a tutela de direitos, mas a proteção da higidez da ordem constitucional. Consoante observou o Ministro Moreira Alves naquele importante julgamento,

> *"Num processo objetivo, que se caracteriza por ser um processo sem partes contrapostas, não tem sentido pretender-se que devam ser asseguradas as*

41 Vide, a propósito das características do processo objetivo, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.* São Paulo: Saraiva, 1990, p. 249/261.

42 No mesmo sentido, Zeno Veloso, op. cit., p. 302. Sobre as diferençass entre legitimação universal e não universal há farta doutrina, como, e. g.., Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 128/153, e Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 119/125.

garantias individuais do princípio do contraditório e da ampla defesa, que pressupõem a contraposição concreta de partes cujo conflito se visa dirimir com a prestação jurisdicional do Estado."

Ademais, as partes dos processos que ensejaram a ADPF sofrem os efeitos da decisão do Supremo, do mesmo modo que todas as outras pessoas que estiverem envolvidas em controvérsias constitucionais semelhantes, haja vista o caráter *erga omnes* da decisão proferida na ADPF (art. 10, § 3º, Lei 9.882/99).

Portanto, entendemos que a disciplina das partes na ADPF, mesmo incidental, não destoa das regras já de longa data sedimentadas que regem, no particular, a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

6. *Conclusões*

No presente estudo, não se objetivou proceder a uma análise exaustiva da Lei nº 9.882/99, mas apenas destacar alguns dos seus pontos mais importantes. A nova lei é extremamente obscura em vários dos seus aspectos mais importantes, e muita polêmica ainda há de suscitar.

Nota-se, no geral, que a ADPF não veio para tutelar direitos constitucionais do cidadão em face do Estado, mas para proteger a governabilidade, concentrando mais poderes no STF, em matéria constitucional, ao custo de um correlato retraimento na competência dos demais juízes e tribunais. Ela aprofundará ainda mais a tendência, que vem se manifestado no direito brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, de reforço do controle concentrado no direito brasileiro, o que tem como inevitável conseqüência a redução da importância política do controle difuso, no complexo sistema de fiscalização de constitucionalidade adotado no ordenamento pátrio.

Sem embargo, a ADPF poderá desempenhar um papel relevante no direito brasileiro, se as suas potencialidades exegéticas forem bem exploradas pela doutrina, e sobretudo pela jurisprudência do STF. Através da nova ação, lacunas importantes poderão ser preenchidas, como as que se referem ao controle concentrado das normas municipais, infralegais e anteriores à Constituição.

Mas, acima de tudo, todos os seus defeitos e falhas serão largamente compensados se a ADPF vier a constituir, como advogamos neste estudo, um instrumento que permita um controle mais efetivo da inconstitucionalidade por omissão, verdadeiro flagelo do constitucionalismo brasileiro.

Para isso, a jurisprudência terá de se afastar de dogmas e de preconceitos, e analisar o novo instituto com "vontade de Constituição", e com os olhos voltados para as reais necessidades da jurisdição constitucional do país.