ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF): HIPÓTESES DE CABIMENTO E DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Lorena Machado Leite[*]
Célio Rodrigues da Cruz[**]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo retratar um tema relevante para a garantia dos preceitos fundamentais, além de discutir juridicamente uma ação que passou a ser bastante ajuizada nos últimos tempos: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Esta importante ação constitucional encontra previsão no §1º, do art. 102, da Constituição da República (CRFB/88) e na legislação ordinária, com a Lei 9.882/99. Inicialmente, serão tratados alguns aspectos do controle de constitucionalidade com um panorama atual da atuação do Supremo Tribunal Federal. Mais tarde, através da legislação, doutrina e jurisprudência, serão demonstradas as particularidades, tais como: as modalidades e as hipóteses de cabimento dessa ação, o estudo do princípio da subsidiariedade, bem como as repercussões jurídicas advindas de uma ADPF. Ao final, será abordada a influência dessa ação constitucional e a força dos seus precedentes judiciais para a determinação de conflitos envolvendo os interesses de toda a coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Arguição. Constitucionalidade. Controle. Preceitos Fundamentais.

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes – Unit (2017) e Advogada OAB/SE nº 10.623. E-mail: lorenamleite94@gmail.com.

** Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS, 2003), Pós-graduado em Direito Privado pela Universidade do Estado da Bahia (1999), Graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1997), Graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Pernambuco (1990). Atualmente é Procurador Federal, Professor de Direito Constitucional, Direito Previdenciário e Direito Tributário no curso de graduação e de pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes/SE; Professor convidado de Direito Previdenciário dos cursos de pós-graduação da Esmatra (Recife/PE), da Faculdade Baiana de Salvador/BA e da Escola da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Sergipe. Foi Coordenador e Professor conteudista do eixo Direito Administrativo Aplicado à Prática no Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade de Brasília (UnB) Brasília, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União/Brasília. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Previdenciário. Parecerista *ad hoc* da Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. E-mail: céliocruz@unb.br.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem como valor fundamental a proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos. E, quando se trata de nosso país, esses direitos se encontram presentes de forma expressa ou implícita na Constituição da República de 1988, documento escrito e promulgado por representantes do povo. Com o intuito de proteger as suas normas constitucionais, a própria Constituição prevê que seja realizado um controle das normas editadas, diante do princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual a Carta Magna é fundamento de validade de normas jurídicas.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental surge como um instituto importante para a defesa do princípio da Supremacia da Constituição e para o fortalecimento da defesa dos direitos fundamentais. Não só isso, a ação constitucional estudada neste artigo tem despertado bastante interesse e sido alvo de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Isso porque, desde a origem dessa ação constitucional com a CRFB/88 e, posteriormente, com a sua regulamentação Lei 9882/99 (Lei da ADPF), não foram explicitadas de forma clara diversos pontos da arguição de descumprimento do preceito fundamental. Tanto é que, devido à confusão feita pelo texto regulamentador, inúmeras arguições ajuizadas foram rejeitadas, quando do início da vigência dessa Lei.

A problematização desse artigo consiste na dificuldade de delimitação dos preceitos fundamentais e das hipóteses de cabimento da ADPF. Justifica-se na busca de uma maior efetividade na tutela dos preceitos fundamentais. Nesta senda, se faz necessário realizar um estudo acerca das decisões proferidas em sede de ADPF, como também o papel do STF nessa referida ação, as hipóteses de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a competência para o seu julgamento e os efeitos desses julgados.

A metodologia baseia-se no estudo da legislação, doutrina e levantamento de jurisprudências, com o intuito de resolver o seguinte problema de relevância social e jurídica: a falta de efetividade na defesa dos preceitos fundamentais.

O presente artigo está divido em três tópicos amplos: o primeiro tópico cuida dos aspectos do controle de constitucionalidade mais relevantes para o tema. Logo após, será abordada aspectos da Arguição

de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como: a sua origem, a conceituação da ação e dos preceitos fundamentais, as modalidades, os legitimados ativos e a interpretação jurídica do princípio da subsidiariedade.

Ao final do desenvolvimento, em um terceiro tópico, será proposta uma reflexão sobre a influência da ação constitucional discutida, as suas hipóteses de cabimento e a utilização desta para suprir omissões do Poder Público. Ademais, será abordada força dos precedentes judiciais da ADPF para a determinação de questões polêmicas envolvendo os interesses de toda a coletividade, a exemplo do aborto do feto anencefálico, das cotas étnico-raciais, entre outros a serem expostos.

Neste artigo não será feito um trabalho exaustivo de todos os pontos da Lei 9882/99, apenas dos mais relevantes para a apresentação do tema dentro do contexto do controle concentrado de constitucionalidade e da atuação do Supremo Tribunal Federal. Além disso, serão enfatizadas as mudanças jurídicas advindas com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

2 DELINEAMENTOS ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

2.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE E PARÂMETRO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição, por ser expressão da soberania popular, é fundamento jurídico de validade de todos os atos normativos editados. Sendo assim, é cediço que os princípios, regras e normas presentes na Carta Magna devem ser respeitados por todos.

Inicialmente, importa mencionar as lições de Alexandre de Moraes (2016, p. 1118) acerca do princípio da Supremacia da Constituição: "Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo [...]".

Como bem apontado, vive-se em um sistema hierarquizado de normas jurídicas, em que há de se reconhecer a primazia da Constituição

e a necessidade de haver um controle dos atos normativos, os quais só possuem validade se forem compatíveis formal ou materialmente com a Carta Magna.

Quanto aos atos normativos, é cristalino que estes devem obedecer ao processo constitucional de criação das leis (aspecto formal), como também o conteúdo dessa lei deve estar em sintonia com o previsto na Constituição (aspecto material). Não respeitados esses aspectos, a lei pode ser afastada por inconstitucionalidade formal ou material.

Ainda sobre a classificação referida, Luís Roberto Barroso (2012, p. 48-49) traz uma distinção mais detalhada com relação à inconstitucionalidade formal, afirmando que ela pode ser orgânica (quando órgão é incompetente para legislar sobre tal ato) ou formal propriamente dita (quando há a não observância do processo legislativo constitucional).

O legislador pode, através de ação positiva, incorrer em inconstitucionalidade, como também a sua omissão, através de lacuna na norma legal, pode contrariar a Constituição.

Exemplifica o referido tipo de inconstitucionalidade o inciso II, §4º, art. 40 da CRFB/88:

> Art. 40. [..] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para **a concessão de aposentadoria** aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados**, nos termos definidos em leis complementares**, os casos de servidores: I- portadores de deficiência; II- **que exerçam atividades de risco**; III- cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (grifo nosso).

A situação prevista no inciso II, §4º, art. 40 da CRFB/88 ilustra como a omissão inconstitucional pode interferir no exercício dos direitos fundamentais, como o direito a aposentadoria especial, a qual não poderá ser exercida na falta de Lei Complementar.

Dentre outros tipos de inconstitucionalidade, destacam-se as diferenças entre originária (a lei já é incompatível desde o seu ingresso no ordenamento jurídico) e superveniente (a lei se torna incompatível quando editada nova Constituição ou Emenda). Importante citar que,

no Brasil, só existe inconstitucionalidade material superveniente, ou seja, lei pré-constitucional, caso recepcionada materialmente, terá seu aspecto formal determinado pela CRFB/88. Segundo as lições de Luís Roberto Barroso (2012, p.63): "lei anterior subsistirá validamente e passará a ter status de espécie normativa reservada pela nova norma constitucional reservada para aquela matéria.".

No direito brasileiro, não só a redação expressa da Constituição está compreendida como parâmetro para fiscalização e controle da constitucionalidade no âmbito federal, como também os princípios e regras implícitos contidos na Carta Magna; os Atos Constitucionais de Disposição Transitória (ADCT) enquanto perdurarem os seus efeitos, e as Emendas Constitucionais em relação aos seus limites materiais, circunstanciais e temporais (art. 60 da CRFB/88).

2.2 MODOS DE MANIFESTAÇÃO DO CONTROLE: DIFUSO OU CONCENTRADO E VIA INCIDENTAL OU VIA PRINCIPAL

Como dito anteriormente, a fiscalização e o controle de constitucionalidade é essencial para a preservação da Constituição e, consequentemente, das Instituições Democráticas positivadas. No Brasil, o controle pode ser realizado por órgão específico para esse fim, no caso, o Supremo Tribunal Federal (STF), ou, através de diversos órgãos, ao se depararem com caso concreto (controle difuso).

O controle difuso teve seu início anunciado no célere caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803. Sob os argumentos da supremacia da Constituição e da importância de proteger o texto constitucional, originou-se um controle de atributo dos órgãos do Poder Judiciário diante de um caso concreto (CUNHA, 2012, p. 119).

Haja vista o modelo adotado no Brasil, o controle difuso combina-se ao incidental, pois realizado no curso de uma demanda judicial, tendo como pressuposto a existência de lide. Na via incidental, a inconstitucionalidade tem natureza jurídica de questão prejudicial para a controvérsia judicial. Trata-se de defesa excepcional com o intuito de prevenir ameaça ou reparar lesão a direito fundamental.

Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 120) esclarece ainda mais sobre a provocação do controle por via incidental:

> No Brasil, o controle incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público pode operar-se – reafirmamos – no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido concretamente num processo *inter partes*, ao ensejo do desate de uma controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, onde se deseja a solução de um conflito de interesses [...].

Diferencia-se o controle concentrado, o qual é modelo derivado da Constituição Austríaca de 1920. Márcia Vogel Vidal Oliveira (2000) distingue: "No controle repressivo judicial, há dois sistemas muito distintos, quais sejam: a) o controle difuso ou incidental, idealizado com base no modelo da Suprema Corte Americana; b) e o controle concentrado ou via de ação, cuja origem se deu na Áustria". No Brasil, os dois tipos de controle são válidos e compõem um sistema adotado *civil law*, em que a lei escrita é a principal fonte do direito e, em regra, as decisões judiciais não tem força vinculante.

Ao passo que nos países em que se adota o *common law*, a regra é que os julgados de um tribunal superior vinculam as decisões dos tribunais de instância inferior em uma mesma jurisdição, isso porque a posição jurídica firmada não poderá sofrer variações (princípio do *stare decisis*), a não ser em casos excepcionais por razões de interesse público.

Como apontado, para os países em que se adota o *civil law* não há a obrigatoriedade da vinculação. Nesse diapasão, viu-se indispensável que nesse sistema fosse delegada a função de afastar uma norma inconstitucional a órgão específico, composto por membros, não de carreira, mas investidos de poder jurisdicional e político, com a prerrogativa de proferir decisões vinculantes.

Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 84), em outros vocábulos, explica que nos países que adotam o sistema do *civil law*, onde inexiste o princípio do *stare decisis*, ao introduzir o modelo de constitucionalidade difuso se deparou com o seguinte: prefacialmente, não havendo vinculação, em caso semelhante, alguns juízes considerariam uma norma constitucional, enquanto outros reputariam essa mesma norma inconstitucional deixando de aplicá-la, causando insegurança jurídica; em segundo lugar, nos referidos países, surge uma multiplicidade de demandas, haja vista as discrepâncias acerca da mesma norma, ainda que já reiteradamente

considerada inconstitucional.

Sendo assim, o controle concentrado veio a solucionar os referidos problemas apontados anteriormente e, quando diz respeito ao Brasil, a Emenda Constitucional n. 16/65 foi o instrumento que introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal, a competência para julgar ação genérica, mediante representação do Procurador Geral da República (BARROSO, 2012, p. 71).

Por tais razões, a Constituição delegou ao Supremo Tribunal Federal o controle das normas no âmbito federal, por ajuizamento de ação direta, onde se busca a declaração de constitucionalidade por via principal, havendo raras exceções, a exemplo da ADPF incidental, a qual será explicada em capítulo próprio.

Em resumo, o controle por via incidental se dará num curso de uma ação, diante de caso concreto, podendo ser exercido por qualquer órgão, mas depende que haja uma controvérsia real entre as partes, sendo que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem caráter prejudicial. Ao passo que, na via principal, o controle tem como objetivo a fiscalização abstrata das leis ou atos normativos, cuja declaração de constitucionalidade ou a declaração de inconstitucionalidade é o que se pretende diante da ação direta.

2.3 OS EFEITOS IMEDIATOS DAS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO BRASILEIRO

Após o ajuizamento de ação do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal torna-se o órgão judiciário competente para decidir sobre a matéria. Trata-se de processo objetivo, em que não há conflito de interesses, não há partes, discute-se questão constitucional, no intuito de defender a supremacia Constituição e toda uma coletividade. Ao atribuir tal poder ao órgão máximo, são trazidas importantes consequências para o sistema judiciário brasileiro. Implica dizer, que não só a lei é fonte central do direito como funciona no tradicional *civil law*, é preciso também se atentar que as decisões proferidas nos tribunais passam a ser afetadas diretamente por julgados com efeitos vinculantes constantes do controle concentrado.

O § 2º do art. 102 da Constituição da República de 1988 foi claramente

influenciado pelo princípio do *stare decisis*, que significa "estar no que foi decidido e não variar". Como anteriormente assentado, tal princípio é comumente aplicado nos países que adotam o sistema *common law,* e traduz-se nos efeitos vinculantes da decisão:

> Art. 102. [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão **eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...] (grifo nosso).

A intenção do legislador foi a de atribuir efeitos vinculantes e uma eficácia *erga omnes* às decisões do controle concentrado incluindo, também, as proferidas no curso de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que passou a ter previsão no §1º do art. 102 do CRFB/88, com a Emenda Constitucional 03/93.

Em síntese, proferida decisão no controle concentrado, os efeitos imediatos são em regra "ex tunc" (retroativos), "erga omnes" (contra todos), repristinatórios e vinculantes. Com o trânsito em julgado, restarão duas opções: a ação poderá ser procedente e declarar a constitucionalidade da lei, ou improcedente para afastar a norma por inconstitucionalidade, haja vista que as ações no controle concentrado têm natureza dúplice.

2.4 UM PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ATUAL E A ADPF

O princípio do *stare decisis* é de extrema importância para a compreensão dos delineamentos atuais do controle de constitucionalidade brasileiro. Mauro Viveiros (2009) explica o porquê do surgimento desse princípio: "três razões fundamentais explicam o nascimento

e desenvolvimento do *stare decisis*: a proteção das expectativas patrimoniais, a segurança jurídica e a necessidade de uniformidade nas decisões judiciais como manifestação do princípio da igualdade".

Ao ajuizar ação no Poder Judiciário, o cidadão espera que não só os seus pedidos sejam atendidos, mas também que sejam respeitados os seus direitos fundamentais e que as partes sejam tratadas com isonomia, em seu sentido formal e material, obedecendo ao disposto na legislação processual civil (art. 139, I do Código de Processo Civil de 2016).

As expectativas são ainda maiores quando da análise do mérito pela Corte Suprema das ações que fazem parte da atividade de fiscalização abstrata das leis. Isso, em razão de os efeitos serem extrapartes, afetando a todos e vinculando o Poder Judiciário e a Administração Pública. Ressalta-se a influência aos juízes e tribunais inferiores, os quais utilizam os fundamentos jurídicos das decisões do STF, guardião da Constituição, fruto do papel atribuído a este órgão em sede de controle concentrado.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi influenciado por diversos modelos, o que o tornou híbrido e com contornos ainda pendentes de mudanças com o intuito de ser aprimorado para se encaixar na realidade brasileira. Mauro Viveiros (2009) relata o seguinte:

> Embora nosso sistema tradicional, que veio na Carta da República de 1891, inspirado no modelo norteamericano, tenha funcionado como única via de controle de constitucionalidade até meados do século XX, certo é que nunca tivemos o princípio *stare decisis* como nos Estados Unidos. A par disso, a recepção de elementos do modelo europeu, ou kelseneano, do controle abstrato praticado em países como Alemanha, Itália e Espanha, produziram uma hibridação significativa em nosso sistema, um fenômeno que se expandiu por quase todo o mundo.

A priori, o sistema híbrido e dual adotado no Brasil com controle difuso e concentrado, simultâneos, ocasionou diversas disparidades na forma de decidir dos juízes, com multiplicidade de recursos extraordinários para o STF. *A posteriori*, com a denominada "Reforma do Judiciário", através da Emenda Constitucional nº 45/04, o controle de constitucionalidade

passou por mudanças cruciais, havendo a incrementação do controle concentrado. É o que esclarece Mauro Viveiros (2009):

> Na chamada "Reforma do Judiciário", com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o controle de constitucionalidade brasileiro entra numa fase de correção de rumos e de aperfeiçoamento. O ciclo iniciado em 1988 se completa com a introdução de três novos elementos: o efeito vinculante, as súmulas vinculantes e a repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. Dois outros instrumentos processuais, originários da Carta de 1988, poderiam ser considerados como uma parte importante da renovação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: a reclamação para a preservação da competência e da autoridade do STF e a ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental, este último ainda carecendo de maior desenvolvimento prático.

A arguição de descumprimento surge nesse contexto de aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade brasileiro e como importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais mais relevantes. Ademais, a Constituição acresceu os poderes da Corte Suprema e, com isso, a autoridade das suas decisões só aumentou.

3 ADPF: ASPECTOS IMPORTANTES

3.1 ORIGEM E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL LEGAL

Conforme descrição em item anterior, as mudanças advindas a partir da promulgação da Constituição de 1988 implantaram avanços importantes no controle de constitucionalidade brasileiro. Sobre o tema, Gilmar Mendes (2015, p. 1259) relata:

> As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que

> havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso [...].

A ADPF veio a incrementar a competência do STF com o objetivo de tratar de questões não antes abrangidas pelo controle de constitucionalidade da época, como o direito pré-ordinário constitucional, o ato normativo municipal contestado em face da Constituição Federal, entre outros, como se observará neste artigo. Houve também a preocupação de desafogar o Judiciário e instâncias inferiores, em relação às inúmeras liminares ajuizadas a respeito dos direitos dos cidadãos. Em outras palavras, afirma Gilmar Mendes (2015, p. 1259):

> [...] Não obstante subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadoras, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição. É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada "guerra de liminares".

Com o intuito de suprir essa importante lacuna na competência da Excelsa Corte, originou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Sem dúvidas, a Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF, proporcionou um crescimento da força jurisdicional da Suprema Corte quando do reforço de sua competência para decidir essas questões, além de preencher o espaço faltante acima descrito no âmbito

da defesa dos preceitos fundamentais.

A doutrina relata que fora o Professor Celso Ribeiro Bastos o responsável pela elaboração do anteprojeto de regulação da ADPF. A proposta do referido anteprojeto cuidou dos principais aspectos dessa importante ação constitucional, como o seu rito específico, a sua legitimidade ativa e passiva, os seus requisitos para propositura, os efeitos das suas decisões, inclusive, tratou da sua irrecorribilidade.

Desde março de 1997, estava em trâmite o Projeto de Lei n. 2.872 da Deputada Sandra Starling, bem semelhante ao do Professor Celso Bastos, com posterior aprovação pelo relator Deputado Prisco Viana. Importante ressaltar que, em 1998, os ministros do Supremo Tribunal Federal haviam tomado conhecimento de suas novas atribuições.

Passados os trâmites legislativos necessários, o Projeto da Lei 9.882/99 foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República com veto a alguns artigos e incisos desta Lei.

A Lei referendada deparou-se com um empecilho durante a sua vigência: a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a ADI nº 2.231 contra a íntegra da Lei 9.882/99. Alegava-se, em resumo, a inconstitucionalidade do parágrafo único, inciso I do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, caput e § 3º, e do art.11, todos da mesma Lei. Afirma Gilmar Mendes (2015, p. 1261) sobre o julgamento da inconstitucionalidade da Lei 9.882/99:

> Embora ainda penda de decisão a ADI 2.231, o julgado do STF sobre a admissibilidade da ADPF 54 parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.882/99. [...] Além de permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes a ADPF poderá ser utilizada para solver controvérsia sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da Constituição que, anteriormente somente poderia ser veiculada mediante a utilização de recurso extraordinário. Ademais as decisões proferidas pelo STF nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Em síntese, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é ação constitucional introduzida no ordenamento jurídico através do § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988. Por se tratar de norma de eficácia limitada, pendente de regulamentação, somente com a Lei 9.882/99 a referida ação passou a ter procedimento determinado, além de trazer inúmeras inovações.

No entanto, a maioria doutrinária entende que diante dos vetos presidenciais, subsistiram grandes dúvidas jurídicas em diversos pontos específicos da ADPF. Embora, conforme ficará demonstrado, não diminuiu a força dessa grande ação. Afirma Dirley da Cunha Jr. (2012, p.309) que: "Apesar de algumas deficiências, notadamente em razão dos vetos que lhe foram apostos, a Lei reguladora do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental trouxe, como se verá ao diante, significativos avanços [...]" (CUNHA JR., 2012, p. 309).

3.2 CONCEITUAÇÕES IMPORTANTES: ADPF E PRECEITO FUNDAMENTAL

Para se chegar a um conceito da chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é necessário identificar o significado de Preceito fundamental. Prefacialmente, preceito, no sentido lato, significa regra ou princípio. Para identificar os preceitos, como ficará demonstrado, é preciso verificar as normas constitucionais que disciplinam regras ou princípios basilares, implícitos ou não.

No intuito de distinguir os preceitos fundamentais das normas constitucionais, interessante os esclarecimentos de Carlos Augusto Alcântara Machado:

> Após calorosos debates acadêmicos e uma série de posicionamentos apresentados, um certo consenso foi obtido, com a indicação da primeira conclusão: não é qualquer norma constitucional violada que enseja o ajuizamento da ADPF. Somente aquelas gravadas com a cláusula de fundamentalidade.

Também sobre a identificação dos preceitos fundamentais, O Ministro Gilmar Mendes, ao se deparar com o julgamento da ADPF 33, afirmou o seguinte em seu voto: "[...] É o estudo da ordem constitucional no

seu contexto normativo e nas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema [...]". (ADPF 33, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006).

Ainda em Julgamento da ADPF 33, o Ministro Relator reconheceu que alguns preceitos fundamentais são facilmente identificáveis, como os direitos individuais e as cláusulas pétreas previstas no § 4º, do art. 60, da Constituição. Não obstante, como se pode extrair desse mesmo voto, concluiu que o conceito de preceito fundamental não é conceito fechado, podendo ser ampliado na defesa das Instituições Democráticas e dos princípios mais sensíveis da CRFB/88.

Wellington Pacheco Barros (2010, p. 364) ressalta que: "[...] Portanto, é bom ter sempre presente que a ADPF retrata uma demanda que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e com isso preservar a integridade constitucional, que é a base jurídica maior do Estado de Direito Nacional.".

Nesta senda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser descrita como uma ação constitucional apta a evitar lesão ou ameaça do Poder Público, provocada por ato comissivo ou omissivo, inserida no contexto de controle abstrato de constitucionalidade, com intuito de proteger os preceitos fundamentais, os quais são a base do Estado Democrático de Direito.

Ademais, a ADPF é ação constitucional do controle concentrado de constitucionalidade, possuindo muitas características semelhantes a outras ações dessa espécie de controle, como a eficácia das decisões, os legitimados ativos e passivos, entre outros aspectos a serem tratados a seguir.

3.3 AS MODALIDADES DA ADPF E OS SEUS LEGITIMADOS

Atualmente, a legislação e a doutrina admitem dois tipos de arguição por descumprimento de preceito fundamental: a Arguição Direta ou Autônoma e a Arguição Incidental. À *priori*, preceitua a Lei 9.882/99:

> Art. 1º **A arguição prevista no § 1º do art. 102** da Constituição Federal será proposta perante

> o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. **Caberá também** arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da **controvérsia constitucional** sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição [...] (grifo nosso).

Acerca das modalidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Dirley da Cunha Jr. (2007, p. 416) explica a intenção do legislador no art. 1º da Lei 9.882/99:

> Estabeleceu, assim, (a) um processo de natureza objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de qualquer controvérsia, para a defesa exclusivamente objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do poder público e (b) um processo de natureza subjetiva-objetiva, no qual a arguição é proposta diretamente no Supremo Tribunal, em razão de uma controvérsia constitucional relevante, em discussão perante qualquer juízo ou tribunal, sobre a aplicação de lei ou ato do poder público questionado em face de algum preceito fundamental.

O *caput* do art. 1º, da Lei 9.882/99 traz a modalidade de arguição direta ou autônoma, a qual mais se assemelha com as ações do controle concentrado de constitucionalidade, em que há um processo objetivo, não há partes e não há litígio propriamente dito, ou seja, o objetivo principal é a tutela dos preceitos fundamentais. Nesse caso, o parâmetro de controle está adstrito a uma violação a preceito fundamental.

O art. 2º da Lei 9.882/99 remete ao art. 103 da CRFB/88 para determinar que os legitimados ativos para a arguição direta são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

O parágrafo único do art. 3º da Lei 9.882/99 traz a exigência de instrumento de mandato para aqueles legitimados que não possuem capacidade postulatória, assim considerados em jurisprudência já consolidada do STF, o partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional.

Dos citados acima, a doutrina entende que são legitimados especiais e necessitam comprovar o interesse de agir: o Governador do Estado ou do Distrito Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, a confederação sindical e as entidades de classe de âmbito nacional. (CUNHA JR., 2012, p. 324).

Com relação à participação do Procurador Geral da República, o art. 7º da Lei 9.882/99 e § 1º do art. 103 da CRFB/88 reconhecem que a sua não participação, ainda que não seja autor da ação, seja na arguição direta ou na incidental, ocasionaria nulidade.

São legitimados passivos na arguição direta as autoridades ou órgãos que tenham ameaçado ou praticado lesão a preceito fundamental e o ato questionado é estatal ou equiparável, não necessariamente normativo. O que não ocorre com a arguição incidental, detalhada a seguir, em que o ato questionado deverá ser normativo federal, estadual, municipal, incluídos também os anteriores a Constituição vigente.

O parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99 traz como segunda modalidade de arguição: incidental. Nesse caso, apesar da arguição estar no bojo de um processo subjetivo, em ação própria do controle concreto de constitucionalidade, a arguição surge incidentalmente e diante de controvérsia constitucional relevante, ela passará a transitar diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Na arguição incidental, em razão de veto presidencial ao inciso II do artigo 2º da Lei da ADPF que previa a legitimidade ativa da ação a qualquer pessoa ou cidadão, entende-se que os legitimados são os mesmos do art. 103 da CRFB/88 (BARROSO, 2012, p. 320). Isso significa que, somente esses legitimados podem apresentar incidente de arguição, quando em ação judicial comum, em que há partes e litígio, desde que preenchidos os outros requisitos legais. A decisão, apesar de ser em caso concreto, influenciará diversos processos judiciais, haja vista a lei ter concedido eficácia *erga omnes*. (§ 3º do art. 10 da Lei 9.882/99).

Como se pode observar também no art. 1º da Lei 9882/99,

um diferencial da arguição incidental é possuir um requisito de admissibilidade a mais do que a arguição direta, que é a controvérsia constitucional relevante. Luís Roberto Barroso (2012, p. 324) descreve a expressão utilizada pelo legislador:

> [...] Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu **alcance político, econômico, social ou ético.** Por vezes, a reparação imediata da injustiça individual terá uma valia simbólica decisiva para impedir novas violações. Seja como for, na arguição incidental, mesmo que estejam em jogo direitos subjetivos, haverá de estar envolvida uma situação que afete o ordenamento constitucional de maneira objetiva (grifo nosso).

Conclui-se que as duas modalidades de ADPF (direta e incidental) em muito se assemelham em seus legitimados e procedimento, com algumas diferenças no que se refere ao processo. Um é objetivo e outro subjetivo – objetivo. Também se diferenciam com relação aos seus requisitos de admissibilidade, pois a controvérsia constitucional relevante é atributo da arguição incidental.

A seguir será tratado sobre mais um requisito de admissibilidade da arguição: a subsidiariedade, bastante controvertida, cuja discussão jurídica traz reflexões importantes a serem tratadas em tópico próprio.

3.4 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A DEMONSTRAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ

O legislador ordinário, no §1º do art. 4º da Lei 9.882/99, trouxe como requisito de admissibilidade da ADPF a demonstração de inexistência de outro meio eficaz, trazendo o caráter subsidiário da ação.

O princípio da subsidiariedade tem gerado inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais desde a sua edição, quando do surgimento da Lei da ADPF. Por tal razão, três correntes doutrinárias surgiram para

explicar a utilização desse princípio.

Uma primeira corrente doutrinária afirma que pareceu ser atitude contraditória do legislador, a de atribuir a defesa dos preceitos fundamentais, que abarcam os princípios mais basilares da Constituição, a um instrumento de caráter subsidiário, colocando essa importante ação constitucional em posição de desvantagem em relação às outras ações do controle concentrado (NEVES, 2013, p. 108).

Uma segunda corrente doutrinária, defendida por Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 368), afirma que o princípio da subsidiariedade somente seria aplicável nas arguições incidentais, com algumas exceções mas, jamais, seria para as arguições diretas. Isso porque, na opinião desse autor, a subsidiariedade significaria escolha do legislador pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para tutelar os preceitos fundamentais.

Uma terceira corrente doutrinária é mais extrema com relação ao princípio da subsidiariedade e defende ser impossível o ajuizamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental se houver qualquer ação, seja do controle de constitucionalidade ou não, capaz de tutelar de forma eficaz os preceitos fundamentais (CRUZ, 2011, p. 97).

Sobre a posição da Corte Suprema acerca do princípio da subsidiariedade, importante mencionar trecho da Ementa da decisão da ADPF 33 "ANEXO A", que trata da impugnação de norma estadual pré-constitucional que ofende o princípio federativo, um preceito fundamental:

> **[...]** 13. Princípio da **subsidiariedade** (art. 4º, §1o, da Lei no 9.882/99): **inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão,** compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma **ampla, geral e imediata. [...]** ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873) (grifo nosso)

Sendo assim, é possível concluir, através da análise do julgamento da ADPF 33, que o Supremo Tribunal Federal trouxe uma interpretação

intermediária e benéfica para a concretização dos preceitos fundamentais ao afirmar que, ainda que a ADPF tenha caráter subsidiário dado pelo legislador, o instrumento capaz de afastá-la deverá ter a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude. E quando se trata de amplitude, entende-se por efeitos das decisões mais extensos, característica apenas das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Como se pode observar, há entendimento jurisprudencial consolidado de que o princípio da subsidiariedade pode ser agora compreendido como a demonstração de inexistência de outro meio eficaz, expressão assim também utilizada por Gilmar Mendes em seu livro (2015, p. 1270), quando se remete ao §1º do art. 4º da Lei 9.882/90, já que, segundo as palavras desse autor, o caráter subsidiário deve ser compreendido dentro de "uma ordem constitucional global", isto é, em outras palavras, em respeito a todo um sistema constitucional que sempre privilegiou os preceitos fundamentais.

4 A CONCRETIZAÇÃO DA DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

4.1 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA ADPF E O SEU OBJETO

O estudo das hipóteses de cabimento da ADPF está intimamente relacionado com a razão de que essa ação do controle concentrado veio a preencher os espaços deixados pelas ações genéricas e completar fiscalização abstrata dos atos normativos. Sendo assim, Daniel Neves (2013, p. 109) relata:

> Segundo a melhor doutrina, diante do caráter subsidiário da arguição com relação às outras ações de controle concentrado será cabível a arguição para o controle de: (a) direito préconstitucional; (b) direito municipal em face da Constituição Federal; (c) nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado; (d) de direito pós-constitucional cujos efeitos já se exauriram; (e) de direito pós-constitucional em relação às normas originárias da Constituição de 1988, mas pré-constitucional em relação às emendas

> constitucionais; (f) alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre a interpretação dada pelo Judiciário, que, portanto não envolva a aplicação de lei ou ato normativo infraconstitucional.

As hipóteses antes expostas não são taxativas, apenas norteiam o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. O fato é que como a tutela de preceitos fundamentais é bastante ampla, novas hipóteses de cabimento acabam sendo sustentadas pela doutrina e jurisprudência.

É possível, através de ADPF, discutir incompetência legislativa superveniente, isto é, quando matéria anteriormente delegada a um ente estadual ou municipal passa a ser delegada na nova Constituição a um ente federal. Nesse caso, segundo Gilmar Mendes (2015, p. 1277), para solucionar esse grave conflito caberia o referido instrumento constitucional.

Uma importante hipótese de cabimento, anunciada pela jurisprudência na ADPF 101 "ANEXO B", foi o caso da "importação de pneus usados", em que se questionava a inconstitucionalidade dada por determinada interpretação judicial, adotada por alguns juízes, que incorria em lesão a preceito fundamental. A Corte Suprema admitiu a ADPF nesse caso como instrumento hábil para combater as decisões judiciais lesivas e privilegiar os princípios da segurança jurídica, da celeridade e da eficiência:

> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. **OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. **AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS** DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE

> EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. **Multiplicidade de ações judiciais,** nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de **insegurança jurídica** acrescida da **ausência de outro meio processual hábil para** solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação [...] (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011) (grifo nosso)

Também muito se questionou na doutrina se um ato infralegal poderia ser objeto de ADPF. Luís Roberto Barroso (2012, p. 335) ressaltou que a Jurisprudência mais antiga e constante do Supremo Tribunal sempre rejeitou a análise de atos normativos secundários (regulamentos, resoluções, instruções, entre outros) nas ações diretas do controle concentrado, haja vista esses atos não inovarem na ordem jurídica. Sendo assim, diante do caráter residual da ADPF, possível deduzir que esses atos secundários poderiam ser sim objeto dessa ação constitucional.

Com relação aos atos políticos, a exemplo do veto do Chefe do Poder Executivo, a possibilidade não é exatamente pacífica na Corte Suprema. Isso porque a ADPF 1, ajuizada com esse intuito, fora indeferida sob a

justificativa de que o controle do veto, ato anterior à publicação da Lei, seria uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes (MENDES, 2015, p. 1285).

No entanto, diante do caráter residual da ADPF e tendo em vista que nenhum ato poderá se sobrepor aos preceitos fundamentais da Constituição, o entendimento correto seria o de que o veto pode ser sim objeto de ADPF. Diêgo Targino da Silva (2016) reitera: "Desse modo, não há de se 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".

Em suma, com o ingresso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Constituição da República surgiram inúmeras inovações e possibilidades a serem estudadas no campo do controle concentrado e, também, um consequente aumento da atuação da Corte Suprema.

4.2 A ADPF COMO INSTRUMENTO PARA SUPRIR OMISSÕES DO PODER PÚBLICO

Por vezes a omissão do Poder Público, total ou parcial, pode ocasionar lesão a preceito fundamental. Por tal razão, a legislação (*caput* do art. 1º da Lei 9.882/99) prevê que a arguição seja o instrumento a combater ato do Poder Público, seja por ação ou omissão, que prejudique de alguma forma os preceitos constitucionais, os princípios mais basilares.

Em verdade, ao verificar o direito brasileiro, identifica-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não é o único instrumento a combater os atos omissos. Isso porque, o mandado de injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) já tinham essa função. Ocorre que, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que esses dois mecanismos são ineficazes para sanar omissão lesionadora de preceito fundamental. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 338) reforça:

> Subsistem dificuldades sistêmicas, portanto, no enfrentamento da omissão inconstitucional, seja a total, seja a parcial ou a relativa. A deficiência funcional dois mecanismos existentes, tal como

> desenvolvidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, permite afirmar não serem eles meios eficazes de sanar a lesividade a preceito fundamental decorrente de inércia do legislador. [...]

Na opinião de Luís Roberto Barroso (2012, p. 338), os dois institutos (mandado de injunção e ADO) ainda não foram bem desenvolvidos pela Jurisprudência do STF, porque, possivelmente, até então, a Corte Suprema temeria atuar como legislador positivo e ocasionar uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Mais uma vez, o aparecimento da ADPF amplia os poderes da Excelsa Corte para se constituir em mecanismo eficaz de defesa dos preceitos fundamentais. O ato do Poder Público, ainda que por ação ou omissão, não estará incólume diante dessa ação constitucional. Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 336) dispõe o seguinte:

> As omissões medidas de índole normativa necessárias a tornar efetivo preceito constitucional fundamental, sejam de responsabilidade do legislador ou do órgão e da entidade administrativa com competência normativa, são abrangidas, de igual modo, pelo propósito defensivo da arguição de descumprimento.

Para exemplificar a utilização da ADPF como instrumento para suprir omissão, Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 370) traz um trecho do Julgamento da ADPF 4 para afirmar que a Corte Suprema reconheceu que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento eficaz de controle de constitucionalidade por omissão. Isso porque a própria Corte admitiu que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não é mecanismo eficaz para sanar lesão a preceito fundamental.

Haveria dúvida quanto ao provimento adequado a ser dado pela Corte Suprema em decisão proferida em sede de ADPF que declara mora do legislador. Ao analisar a jurisprudência firmada até então, verifica-se que a Corte teria duas opções: fixar prazo para a autoridade legislar e suprir a omissão (§2º do art. 103 da CRFB/88) ou a aplicação de lei geral para o caso até que seja proferido ato normativo (exemplo: direito de greve dos servidores públicos).

4.3 A ADPF E A FORÇA DOS SEUS PRECEDENTES JUDICIAIS

Por todo o estudo acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, percebe-se a importância dessa ação para a defesa dos interesses da coletividade. Nesse sentido, exemplifica-se o poder da ADPF nos seguintes julgados polêmicos compilados pelo site jurídico "JOTA- Notícias Jurídicas que Fazem Diferença", cujo título da matéria é "Número de ADPFs ajuizadas no STF cresce 28,5% em 2015":

> Foi no julgamento de ADPFs que, nos últimos anos, o plenário do Supremo decidiu questões jurídico-políticas muito polêmicas, de grande repercussão social, tais como:
> – A incompatibilidade da íntegra da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) com a Constituição de 1988, em face do preceito fundamental da liberdade de expressão. A maioria do plenário (sete ministros) não acolheu nenhuma ressalva referente ao exercício do direito de resposta (ADPF 130, em 30/4/2009).
> – A confirmação da Lei da Anistia (Lei 6.683/79), com a rejeição, por 7 votos a 2, da ação da Ordem dos Advogados do Brasil que pretendia a anulação do perdão dos agentes do Estado (militares e civis) acusados da prática de tortura, homicídios e desaparecimentos forçados durante o regime militar (ADPF 153, em 29/4/2010).
> – O reconhecimento, por unanimidade, como entidade familiar, da união estável entre casais homossexuais (ADPF 132, em 5/5/2011).
> – A decisão, também unânime de que quaisquer manifestações públicas– mesmo "marchas" favoráveis à descriminalização do uso de drogas, como a maconha – só podem ser proibidas quando dirigidas a incitar ou provocar ações ilegais e iminentes (ADPF 187, em 15/6/2011).
> – O entendimento (8 votos a 2) de que não pratica o crime de aborto tipificado no Código Penal a mulher que opta pela "antecipação do parto" em casos de gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54, em 12/4/2012).

> – A constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para a seleção de candidatos às universidades, como política de "ação afirmativa", ao rejeitar, por unanimidade, ação proposta pelo DEM (ADPF 186, em 26/4/2012).

A interpretação dada pela Corte Suprema nesses casos polêmicos foi crucial para dirimir situações especiais e suprir pontos omissos deixados pela legislação. Como é bem sabido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88) impede que lesão ou a ameaça a direito seja afastado da apreciação do Poder Judiciário, não podendo este se escusar de fazê-lo alegando que não há lei aplicável ao caso. Neste diapasão, foram necessários os enfrentamentos das questões acima destacadas, a exemplo da anencefalia, das cotas raciais, para efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição.

Dito isso, não há como deixar de reconhecer que as decisões proferidas pelo STF influenciam a vida de muitos cidadãos (*erga omnes*), além de toda a comunidade jurídica. Por razões dos efeitos vinculantes concedidos pela legislação (§ 3º do art. 10 da Lei 9.882/99), os juízes dos Tribunais e Instâncias Inferiores passam a decidir de acordo com tais Julgamentos relevantes ensejando, assim, a utilização do que se chama de precedente judicial.

O Precedente Judicial decorre do processo de interpretação do magistrado à luz do caso concreto e a *ratio decidendi* ou "razão de decidir" será extraída de decisão judicial dada a sua importância para resolução de inúmeras lides (DIDIER JR., 2015, p. 441). Pode-se dizer que o papel de condensar fundamentos jurídicos relevantes vem sendo exercido de forma mais ampla pelo Supremo Tribunal Federal, Corte responsável pela determinação do pensamento constitucional.

Em suma, não fosse a interpretação dada pela Excelsa Corte em inúmeros casos importantes, em que os fundamentos apresentados são essenciais para a resolução de inúmeros conflitos idênticos, a concretização dos preceitos fundamentais poderia estar em um futuro mais distante, ao depender exclusivamente da lei como fonte do Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arguição e as suas inúmeras possibilidades contribuem para uma

maior defesa das normas constitucionais, do princípio da Supremacia da Constituição, do Estado Democrático de Direito e proporciona uma atuação mais eficaz por parte do Judiciário.

Como supracitado, o controle de constitucionalidade brasileiro perpassou por diversas mudanças. Pode-se afirmar que algumas dessas inovações foram em decorrência da introdução da ADPF no ordenamento jurídico.

Os objetivos principais do presente artigo foram o de trazer uma nova perspectiva acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e buscar a atenção da sociedade para essa importante ação constitucional pertencente ao controle concentrado de constitucionalidade.

Ante o exposto no desenvolvimento, não há dúvidas de que a fiscalização dos atos do Poder Público, por intermédio do controle de constitucionalidade, é essencial para a preservação da Constituição e das Instituições Democráticas. Além do mais, ficou evidente que os preceitos fundamentais estão intimamente conectados com os princípios mais basilares da Carta Magna.

Foi destacado que, antes do ingresso da ADPF no ordenamento jurídico, verificou-se a necessidade de mecanismos mais eficazes de tutela dos preceitos fundamentais. Nesse sentido, demonstrou-se que essa ação constitucional trouxe mais segurança jurídica, celeridade e eficácia aos processos judiciais de defesa dos preceitos constitucionais.

Vislumbrou-se a ação constitucional estudada como instrumento eficaz para combater a omissão inconstitucional lesionadora de preceito fundamental. Além disso, foram explanadas as seguintes hipóteses de cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: a incompetência legislativa superveniente, a inconstitucionalidade dada por determinada interpretação judicial que provocava lesão a preceito fundamental, o controle do ato infralegal e análise do veto do chefe do Poder Executivo.

Apurou-se que, em razão dos vetos presidenciais apostos à Lei 9.882/99, é preciso recorrer à doutrina e à jurisprudência para explorar novas possibilidades de utilização da ADPF com intuito de haver a plena tutela dos preceitos constitucionais.

Ficou transparente também que os direitos subjetivos, com alcance político, econômico, social ou ético, também serão protegidos pela ADPF,

na sua modalidade incidental. Sendo que, diante da função subjetiva – objetiva explicitada, os efeitos dessas decisões transcenderão as partes na ação.

Argumentou-se, ainda, que diversas questões polêmicas foram enfrentadas em sede de ADPF, resultando no surgimento de importantes Precedentes Judiciais. Consagrou-se uma nova fonte do Direito Pátrio: a jurisprudência.

Outrossim, possível notar que a jurisprudência foi essencial no presente estudo para determinar o conhecimento dos significados dos preceitos fundamentais, as hipóteses de cabimento e outros pontos omissos deixados pela legislação da ADPF.

Ao fim, conclui-se que, inicialmente, o intuito primário desta ação foi o de tratar de questões anteriormente não abrangidas pelo controle de constitucionalidade concentrado. No entanto, tornou-se um importante instrumento de defesa da Supremacia da Constituição e, consequentemente, de toda a coletividade.

THE FUNDAMENTAL PRECEPT OF NON-COMPLIANCE COMPLAINT (ADPF): ASSUMPTIONS OF THE APPROPRIATENESS AND DEFENSE OF THE FUNDAMENTAL PRECEPTS

ABSTRACT: This article aims to portray an important issue to guarantee the fundamental precepts of citizens and legally discuss an action that has become quite filed in the recent times: the fundamental precept of non-compliance complaint (ADPF). This important constitutional action is forecast in paragraph 1 of the article 102 of the Constitution (CRFB / 88) and in the Law 9882/99. Initially, some constitutionality aspects will be covered with a current overview of the performance of the Supreme Court. Later, through legislation, doctrine and jurisprudence, the special features will be demonstrated, such as the terms and assumptions of the appropriateness of that action, the study of the subsidiarity principle and the legal consequences arising from ADPF. Eventually, the influence of this constitutional action and the strength of its judicial precedents for the determination of disputes involving the interests of the whole community will be addressed.

KEYWORDS: Complaint. Constitutionality. Control. Fundamental Precepts.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BRASIL. Constituição, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>Acesso em: 24 de outubro de 2016.
BRASIL. Lei 9.882/99, 3 de dezembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso em: 24 de outubro de 2016.
BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. ADPF 33, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, Data de Julgamento: 07/12/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 27/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em: 23 de outubro de 2016.
BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. ADPF 101, Relatora: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Data de Julgamento: 24/06/2009, Plenário, Data de Publicação: DJe 04/06/2012.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 23 de outubro de 2016.
CARNEIRO, Luiz Orlando. *Número de ADPFs ajuizadas no STF cresce 28,5% em 2015*. Disponível em: <http://jota.info/numero-de-adpfs-ajuizadas-no-stf-aumentou-285-em-2015>.
Acesso em 30 de outubro de 2016.
CUNHA Jr., Dirley da. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. IN: DIDIER Jr., Fredie. *Ações Constitucionais*. 2. ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2007.
CUNHA Jr., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*: Teoria e Prática. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: lineamentos básicos e revisão crítica no direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.
DE OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal. *Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental–ADPF*, SILVA, p. 122, 2000.
Disponível em:< http://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/3/daargiodedescumprimentodepreceitofundament al_adpf.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos de Tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, Vol. 2, 2015.
MACEDO, Elaine Harzheim. GOMES, Roberto de Almeida Borges. BARROS, Wellington Pacheco. *Ações Constitucionais*. 4. ed. Curitiba: IESDE Brasil S. A., 2010.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. Série manuais para concursos e graduação. São Paulo: RT, Vol. **5**, 2005.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método Ltda., 2013.
SILVA, Diêgo Targino da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: uma inovação normativa que ampliou o alcance do controle concentrado de constitucionalidade. 2016. Disponível em: < http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/11068>. Acesso em 20 de outubro de 2016.
VIVEIROS, Mauro. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte-Americano. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, Ano 4, n.6, p.135-151, Jan./ Jun. 2009.

ANEXOS

ANEXO A – ÍNTEGRA DA EMENTA DA ADPF 33

EMENTA: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4o , CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante

o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de *jus postulandi*. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) (ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873)

ANEXO B - ÍNTEGRA DA EMENTA DA ADPF 101

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do

princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, consequentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de

remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal *ad hoc*, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente. (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011)