
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 32	p. 1-256	abr./jun. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)

Alice Gonzáles Borges (Brasil)

Antonello Tarzia (Itália)

Carlos Ari Sundfeld (Brasil)

Carlos Ayres Britto (Brasil)

Carlos Delpiazzo (Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (Brasil)

Celso Antônio Bandeira de Mello

(Brasil)

Clèmerson Merlin Clève (Brasil)

Clovis Beznos (Brasil)

Enrique Silva Cimma (Chile)

Eros Roberto Grau (Brasil)

Fabício Motta (Brasil)

Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam*

(Argentina)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam*

(Argentina)

José Carlos Abraão (Brasil)

José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)

José Luís Said (Argentina)

José Mario Serrate Paz (Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)

Juarez Freitas (Brasil)

Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam*

(Argentina)

Luis Enrique Chase Plate (Paraguai)

Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho -

in memoriam (Brasil)

Marçal Justen Filho (Brasil)

Marcelo Figueiredo (Brasil)

Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)

Nelson Figueiredo (Brasil)

Odilon Borges Junior (Brasil)

Pascual Caiella (Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)

Paulo Henrique Blasi (Brasil)

Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam*

(Brasil)

Paulo Ricardo Schier (Brasil)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)

Rogério Gesta Leal (Brasil)

Rolando Pantoja Bauzá (Chile)

Sérgio Ferraz (Brasil)

Valmir Pontes Filho (Brasil)

Yara Stropa (Brasil)

Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belico
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira -
CRB 2900 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Notas atuais sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

Célio Armando Janczeski

Advogado em Santa Catarina. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Tributário do Curso de Direito da Faculdade Mater Dei e da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil.

Resumo: Aborda notas atuais sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, tendo em vista a previsão constitucional e legal e à luz da doutrina e da jurisprudência sobre o tema. Demonstra que a ADPF pode ser autônoma ou incidental. Analisa a controvérsia constitucional concreta posta sob julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Trata da necessidade da comprovação da existência de controvérsia relevante sobre preceito fundamental, sob pena de não se admitir e conhecer da argüição. Sustenta também que face ao princípio da subsidiariedade a propositura da ADPF não será admitida quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Aborda acerca do entendimento do STF sobre a ADPF como ação constitucional apta a viabilizar a concretização de políticas públicas. Conclui que a jurisprudência do STF vem dando contornos mais nítidos ao instituto, fornecendo uma diretriz confiável sobre a interpretação e aplicação dos preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Autônoma. fundamental. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Princípio da subsidiariedade. Concretização de políticas públicas.¹

Sumário: Introdução - Previsão constitucional - Argüição autônoma ou incidental - Controvérsia constitucional concreta - Controvérsia relevante *versus* preceito fundamental - Princípio da subsidiariedade - Políticas públicas - Conclusão

Introdução

Sem precedentes nas Constituições passadas, a argüição de descumprimento de preceito fundamental foi introduzida pela Carta de 1988 como instrumento de tutela da supremacia dos preceitos fundamentais, pelo art. 102, parágrafo 1º,² que como norma de eficácia contida ficou em coma até ser editada a norma regulamentadora — Lei nº 9.882/99 — após mais de onze anos.

¹ Resumo e palavras-chave por Andréia Schuta, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

² Art. 102, parágrafo 1º: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

O instituto possui semelhanças com o recurso constitucional alemão, *Verfassungsbeschwerde* (Lei Fundamental de Bonn, art. 93, I, 4º-A e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, art. 90, 2), e o recurso de amparo espanhol (Constituição da Espanha, arts. 161, I, e 162, I, b, e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, arts. 41 e seguintes). No direito comparado, se constituiria em uma espécie de “queixa constitucional”, onde os cidadãos lesados nos seus direitos fundamentais poderiam apelar diretamente para um tribunal constitucional, como último refúgio em relação ao descumprimento de norma constitucional relativa a direitos fundamentais. Ao lado da função objetiva (com efeito cassatório casuístico e efeito educador geral), o recurso constitucional do direito comparado também possui uma função objetiva, isto é, de conservar o Direito Constitucional objetivo e de servir à sua interpretação e desenvolvimento, como um meio de proteção jurídica específica do Direito Constitucional objetivo.³ Ou seja, além da função objetiva de interpretar, aperfeiçoar e garantir o direito decorrente da Constituição, manteria presente a função subjetiva de proteção dos direitos fundamentais individuais previstos na Lei Maior.

Previsão constitucional

No Brasil, a propositura da ADPF é cabível para evitar ou reparar lesão a preceitos fundamentais decorrentes de ato do Poder Público, tanto da esfera federal, como também da esfera estadual, distrital e municipal (art. 1º, da Lei nº 9.882/99), bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99), de forma que possível a propositura tanto para controlar normas pré-constitucionais, como para fiscalizá-las tendo por fundamento preceito fundamental já reformado da atual Constituição.

Relata Luís Roberto Barroso⁴ que, originariamente, o Projeto de Lei nº 17/99 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), aprovado pelo Congresso Nacional, tinha reservado dupla função institucional para a ADPF: a primeira, de instrumento de governo, onde os legitimados do art. 103

³ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 141.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 245.

alçarem diretamente ao conhecimento do STF a discussão de questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (Lei nº 9.882/99, art. 1º e parágrafo único, c/c o art. 2º, I); e a segunda, como instrumento da cidadania, de defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da argüição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (art. 2º, II, do PL nº 17/99). Esta segunda função foi vetada⁵ pelo Presidente da República, ficando o cidadão impedido de, diretamente, buscar junto à Suprema Corte a garantia de proteção ao direito fundamental violado.

Com o veto presidencial, retirou-se do cidadão a legitimidade ativa para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental, distanciando-o da justiça constitucional e afastando o instituto dos modelos espanhol e tedesco, que autorizam ao cidadão ingressar diretamente com a argüição junto ao Tribunal Constitucional quando um direito fundamental seu é violado pelo Poder Público. A permanência na lei da previsão que facultaria ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de ADPF ao Procurador-Geral da República,⁶ que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo, é de utilidade pouco representativa, já que sempre dependente da vontade e interesse exclusivo da referida autoridade.

Ou na lição de Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira:

... ainda que se conceda o merecido valor a esses argumentos, submeter-se a Argüição ao crivo do Procurador-Geral da República significa apôr um óbice desnecessário e ilegítimo a tão fundamental instrumento de cidadania. Nesse sentido, importa salientar que, em reconhecendo o Chefe do Ministério Público Federal da União o cabimento de seu ingresso em juízo (art. 2º, §1º), cai por terra à argumentação que denega aprioristicamente, o direito de o cidadão

⁵ As razões de veto do Presidente da República, encaminhadas por via da Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999, assim se manifestam no particular: "A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual, ao Supremo Tribunal Federal sob alegação de descumprimento de preceito fundamental por 'qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público'. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais — modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania".

⁶ A permanência da previsão, estampada no parágrafo 1º, do art. 2º, é incoerente, já que faz alusão ao inciso II, do mesmo artigo, que, por sua vez, foi objeto de veto presidencial.

comum se valer da Argüição. Ademais, apenas se rotula a queixa/reclamação do cidadão de “representação”, sendo formalmente o titular da Argüição propriamente dita, o Procurador-Geral da República (o que, a bem da verdade, não passa de um circunlóquio, através do qual o rol dos legitimados à propositura da Argüição não sofre alteração alguma. E ainda faz com que a própria previsão legal ganhe iniludível inocuidade, pois “direito de representação” já tem o cidadão, conforme previsão do artigo 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal).⁷

Em vista da situação presente, apesar da frustração e do esvaziamento implementado ao instituto, apenas podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Merece registro que há valorosas manifestações doutrinárias como a de Lenio Streck, que se utilizando da técnica da interpretação conforme a Constituição entende que o veto presidencial ao acesso direto do cidadão “configura uma clara e insofismável restrição ao direito fundamental de buscar junto ao Tribunal Maior o resgate de direitos violados, com o que fica violada frontalmente a Constituição Federal”.⁸ Para o autor referido, mantém-se o veto no texto da lei, retirando-lhe tão-somente a aplicabilidade.

Argüição autônoma ou incidental

A argüição de descumprimento de preceito fundamental pode ser *autônoma* ou *incidental*. Na argüição autônoma o pleito defende a ordem jurídica constitucional objetiva, característico da jurisdição constitucional abstrata, aonde não se busca defender um direito subjetivo, mas a proteção da própria Constituição. Na argüição incidental, preserva-se a possibilidade de utilização da argüição, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição, e que além de relevante controvérsia esteja violando preceito fundamental.

Segundo aduz Juliano Taveira Bernardes:

No que se distingue da ADPF autônoma, a incidental pressupõe ação judicial em curso e na qual se discuta relevante questão que envolva a alegação de descumprimento de preceito fundamental da Constituição. Por isso, só pode ser proposta enquanto não transitada em julgado a decisão final do processo

⁷ PIOVESAN, Flávia; STANZIOLA, Renato. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: inovações e aspectos polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 124.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 810.

originário. É também possível seja ajuizada incidental que tenha referência processo em grau de recurso perante o próprio STF. Aliás, esse parece ser o mais fértil campo de atuação da ADPF incidental. Como o Procurador-Geral da República já se manifesta nos processos da competência da Corte Suprema, entendendo que em algum deles haja relevante controvérsia acerca de preceito fundamental, poderá propor a arguição incidental, ensejando assim que o tema constitucional abordado no processo seja decidido com eficácia *erga omnes* e vinculante.⁹

Enquanto a ADPF autônoma teria fundamento no *caput*, do art. 1º da Lei nº 9.882/99, a ADPF incidental teria fundamento no inciso I, do parágrafo único, do mesmo artigo, ou seja, a primeira visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental e a segunda na resolução de controvérsia verificada a respeito de descumprimento de preceito fundamental, realizado por uma lei municipal, estadual ou federal, inclusive os anteriores à Constituição.

Não se afigura presente, portanto, na ADPF incidental, inconstitucionalidade por ampliação indevida da previsão constitucional pela via da lei ordinária, nem ampliação das competências do STF, já que não há equiparação legal dos atos preconizados no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99 (qualquer controvérsia constitucional relevante) como descumprimento de preceito fundamental, na medida em que se preserva a necessidade da existência da afronta a preceito fundamental. Observa Luís Roberto Barroso¹⁰ que na arguição incidental tutela-se o preceito fundamental e além da segurança jurídica, da ordem social ou à reparação de injustiça dramática, mediante demonstração da relevância do fundamento da controvérsia constitucional. Seu pleito não é proposto pelas partes litigantes, nem possui como objetivo a defesa de direito próprio ou de outro, busca-se a depuração objetiva do ordenamento jurídico. O pedido não versará sobre a providência material perseguida (apesar de repercutir), já que o conteúdo da decisão, como prevê o art. 10, da Lei nº 9.882/99, é a fixação das “condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

O objeto da ADPF autônoma e incidental é único: descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, na dicção de André Tavares, “de facetas complementares de um instituto único, que só contribuem para sua estrutu-

⁹ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115.

¹⁰ BARROSO, op. cit., p. 262.

ração ampla dentro do sistema. Não se trata de um instituto ‘monolítico’¹¹.

Controvérsia constitucional concreta

É de se registrar que o Min. Néri da Silveira, em apreciação de plano realizada na ADIn nº 2.231, deferiu em parte a medida liminar com relação ao inciso I, do parágrafo 1º, da Lei nº 9.882/99, para excluir sua aplicação a controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como para suspender a eficácia do parágrafo 3º, do art. 5º, da mesma lei. Rejeita-se qualquer lembrança do efeito avocatório. A liminar considerou que, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, em interpretação conforme à Constituição, excluiu de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo. O parágrafo 3º, do art. 5º, foi suspenso por estar relacionado com a argüição incidental em processos em concreto.

Lenio Luiz Streck alinha-se com a decisão, entendendo não haver inconstitucionalidade no inciso I, do parágrafo 1º, do art. 1º, que careceria apenas de correção interpretativa:

... é bom lembrar que o aludido dispositivo (inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 9.882/99) necessita de correção interpretativa para que seja adequado a uma melhor dicção constitucional. A primeira delas diz com a necessidade de excluir de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, como, aliás, bem procedeu o Ministro José Néri da Silveira, relator da ADIn nº 2231. Caso contrário, a ADPF poderia ser transformada em instrumento de avocação de processos, que nem de longe tem respaldo no sistema constitucional adotado a partir de 1988. A segunda correção à norma do inciso I do parágrafo único do art. 1º pode ser feita através da utilização do mecanismo da interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*). Parece óbvio que, em tratando do aludido inciso I de controvérsia constitucional que verse sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores a Constituição, esta somente pode dizer respeito às hipóteses de descumprimento de preceito fundamental.¹²

Adiante o mesmo autor, mostrando-se afinado com a manifestação do

Min. Néri da Silveira, insurge-se contra as previsões de efeitos avocatórios

¹¹ TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.982/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

¹² STRECK, op. cit., p. 809-810.

previstos no inciso I, do parágrafo 1º e no parágrafo 3º, do art. 5º, ambos da Lei nº 9.882/99, porque ao atingirem processos em curso fazem uma vinculação do sistema a decisões individuais, além da supressão de instâncias, ferindo a cláusula do devido processo legal, tornando-se contraditórias com o sistema de controle de constitucionalidade introduzido pela Constituição de 1988:

Sem dúvida, razão assiste ao Ministro-Relator da aludida ação direta de inconstitucionalidade. O efeito avocatório é vedado pela Constituição, naquilo que se extrai da noção de Estado Democrático de Direito. Há flagrante violação da cláusula do devido processo legal, além de os dispositivos (tanto o art. 1º, parágrafo único, I, quando atinge processos em andamento, e o §3º do art. 5º, porque explicitamente introduz o efeito avocatório) mostraram-se em desacordo com o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil.¹³

Aliás, em relação à suspensão do parágrafo 3º, do art. 5º que tratava da liminar, pela decisão do STF acima relatada, é de se esclarecer que não se vedou a concessão cautelar da medida, até porque parece próprio do instituto a possibilidade da concessão célere da providência, especialmente quando se verificar caso de urgência ou de perigo de lesão grave (art. 5º *caput* e parágrafo 1º). A suspensão do dispositivo constante do parágrafo 3º deu-se exclusivamente em vista dos efeitos que o legislador queria outorgar à referida liminar. É a confirmação da rejeição do efeito avocatório.

Controvérsia relevante *versus* preceito fundamental

De se observar que até a edição da ADPF o Supremo Tribunal Federal não se considerava autorizado para deixar de apreciar questão de inconstitucionalidade de norma fundamental, via controle concentrado, sob pretexto de ser a matéria de modesta repercussão ou de pouca relevância. Além das portas abertas pelo controle incidental de constitucionalidade, desde que provocado pelos legitimados ativos, o STF enfrentava a questão pela via do controle concentrado, deixando a decisão acerca da oportunidade da necessidade de apreciação para os propositores das ações. Com a ADPF e a sua previsão constante do inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, admite-se a necessidade da comprovação da existência de controvérsia *relevante* sobre preceito fundamental, sob pena de não se admitir e conhecer da arguição. Preliminarmente julga-se sobre a presença

¹³ Idem, p. 822.

ou não da *relevância*, para após, verificada sua presença, se proceder ao enfrentamento do mérito do processo.

É a linha defendida pela Corte Suprema Americana que faz da relevância um pressuposto implícito para a apreciação da matéria a ser submetida a julgamento, como aduz Chief Justice Vinson, “para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas”.¹⁴

A ADPF é reservada, por óbvio, apenas para situações em que o preceito constitucional passível de violação seja *fundamental*. Não há que se confundir “preceitos fundamentais” com “princípios fundamentais”, já que a segunda classe é englobada pela primeira que é mais ampla, abrangendo todas as normas constitucionais que garantem o sentido básico e a essência da Constituição. Nem a Constituição, nem a lei regulamentadora, explicitou quais seriam os *preceitos fundamentais* que dariam azo a propositura da argüição, outorgando implicitamente ao STF a incumbência de definir a interpretação da expressão, limitada a um núcleo que insere, exemplificativamente, os princípios fundamentais (art. 1º a 4º), os direitos e garantias fundamentais (art. 5º a 7º e outros que não estejam localizados topograficamente no Título II), as cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º), os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) e os princípios da ordem tributária (arts. Título VI) e da econômica (art. 170).¹⁵ Denota-se que nem a Constituição, nem a lei regulamentadora, exclui a propositura da argüição para preceitos não explicitados na Carta Maior, o que, ao menos em tese, autoriza seu emprego em relação a preceito fundamental decorrente da Constituição direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da argüição

¹⁴ “To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved” (GRIFIN, Stephen M. *The Age of Marbury, Theories of Judicial Review vs. Theories of Constitutional Interpretation*, 1962-2002. Paper apresentado na reunião anual da “American Political Science Association”, 2002. p. 34).

¹⁵ O Ministro Néri da Silveira, quando do julgamento da ADPF nº 1, citou manifestação do Ministro Oscar Dias Correa, de que “cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro — a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los”.

¹⁶ STF, ADPF nº 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.10.2003, DJ de 06 ago. 2004.

de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional, mas a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.¹⁶

Outrossim, a possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da argüição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia — ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais — poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula, que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental.¹⁷

Princípio da subsidiariedade

A propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental não será admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Trata-se do princípio da subsidiariedade. Ao contrário do *recurso de amparo* do direito espanhol que exige a prévia obrigatoriedade de esgotar *todos* os recursos,¹⁸ a Lei nº 9.882/99 contenta-se com a *inexistência* de outros meios judiciais eficazes, ou seja, mesmo existindo meios

¹⁷ STF, ADPF nº 33-MC, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.10.2003, DJ de 06 ago. 2004.

¹⁸ Art. 44 da LOTC espanhol: "Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo consti-

judiciais disponíveis, mas que não se revelem *eficazes*, a argüição pode ser proposta, sem descumprimento do parágrafo 1º, do art. 4º, da lei referida, que merece interpretação restritiva. Havendo demonstração *prima facie* de que a demora para o esgotamento das vias judiciais implica possibilidade de lesão grave e irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais, apresenta-se possível, em caráter de excepcionalidade, ser dispensada a exigência de cumprimento dos caminhos disponíveis e possíveis para sanar a lesividade.

A evolução da jurisprudência do STF tem indicado que o princípio da subsidiariedade, como pressuposto negativo de admissibilidade, somente poderia ter aplicação naquelas hipóteses em que exista possibilidade do ajuizamento de outra ação integrante do controle concentrado:

... tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade — isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata —, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se esauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

Também é possível que se apresente argüição de descumprimento com a pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tem sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra

tucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial".

¹⁹ STF, ADPF-MC nº 33-PA, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJU de 27 out. 2006.

aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a argüição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição — alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário — que não envolva a aplicação de lei ou ato normativo infraconstitucional.

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletera de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

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 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 inteiramente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações ordinárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.¹⁹

A Corte Maior vem declarando em seus julgados que a subsidiariedade exigida pelo art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99 não pode ser interpretada com raciocínio linear e fechado. A subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude que a própria ADPF.²⁰

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é o instrumento apto ao questionamento do direito pré-constitucional e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram, eis que como estão impedidos de discussão em Ação Direta, diante do Princípio da Subsidiariedade, podem ser enfrentados na argüição.

Políticas públicas

Em relação às *políticas públicas*, apesar da controvérsia ainda existente acerca do alcance possível da argüição de descumprimento de preceito

²⁰ STF, ADPF-MC nº 79, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 04 ago. 2005.

²¹ APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 129.

fundamental, tem prevalecido o entendimento que preconiza a liberdade do Supremo Tribunal de atuar de forma positiva no âmbito legislativo e administrativo, determinando de forma positiva de que maneira o preceito deve ser interpretado. Defende Eduardo Appio²¹ que o controle judicial das políticas públicas poderá ser exercido na via da argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que inexistente na Lei nº 9.882/99 qualquer limitação à prática de atos administrativos por parte do Supremo Tribunal. Faculta-se, portanto, ao Poder Judiciário atuar de forma substitutiva no tocante às omissões específicas do Poder Executivo, seja anulando os atos ilegais, seja determinando a adoção de providências concretas, fixadas na decisão, de molde a adequar o programa de ação governamental à previsão constitucional. Nas hipóteses em que a política não se encontra ditada pela Lei Fundamental, o Supremo Tribunal, diante do princípio da separação de Poderes e de sua falta de legitimidade representativa, não poderá formular uma política pública criando direito.

É nessa linha que tem trilhado o Supremo Tribunal, que qualifica a argüição de descumprimento de preceito fundamental como ação constitucional apta a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando estas já fizerem parte da previsão constitucional. Ao enfoque da “reserva do possível”, consubstanciado na Lei Maior com o Princípio da Dignidade Humana e na promoção do bem-estar do homem, há a abertura de direcionamento de gastos prioritários. Apenas depois de se atingir o mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outro projeto se deverá investir. Vai-se além da proteção de direitos individuais, para também abarcar condições mínimas de existência, sempre focada no binômio que compreende, de um lado, 1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, 2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas nele reclamadas. Assim, verificado o descumprimento pelo Poder Público de uma política pública expressamente prevista pela Constituição, seria, nas palavras do Min. Celso de Mello, dado ao STF “tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais — que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas —, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável,

²² STF, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04 maio 2004. Adverte, a respeito do tema, Oscar Vilhena

a integridade da própria ordem constitucional”.²²

É preciso se ter em mente que a atuação positiva do Judiciário é exceção, não a regra. Não se há de permitir que um Poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalecimento dos bens jurídicos maiores. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamento e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência.²³ É de se reconhecer, que, em regra, se no exercício da faculdade de escolha entre diversas opções o administrador optar por aquela que lhe parece mais condizente com o interesse público, estará imune ao controle judicial, que somente poderá apurar se os limites foram observados.²⁴ O poder decisório de viabilizar e concretizar o preceito fundamental, por outro lado, em situações de exceção, pode ser exercido sem afronta ao princípio da separação dos Poderes,²⁵ afinal não basta que o Estado apenas proclame o reconhecimento formal de um direito, especialmente quando inserido no mínimo existencial. É mister que além da simples declaração constitucional desse direito seja ele respeitado e garantido.²⁶

Se teoricamente o assunto parece complexo e de difícil solução, especialmente na separação entre o que seria papel do Supremo Tribunal (ou do Poder Judiciário como um todo, no caso dos demais procedimentos judiciais) e o que seria formulação e execução de políticas públicas decor-

Vieira que no Brasil “os direitos sociais básicos não devem ficar vulneráveis simplesmente por serem instrumentais à realização dos direitos civis e políticos, mas pelo seu próprio *status* de direitos morais, como os direitos civis e políticos básicos. Nesse sentido a violação do direito à alimentação básica do indivíduo é tão grave como uma agressão física; privá-lo de educação é tão grave quanto impedir seu acesso a informações ou restringir-lhe a liberdade de expressão, pois fere igualmente a dignidade. Assim, os direitos básicos à alimentação, moradia, educação e saúde também compõem o rol de direitos essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre cidadãos” (Apud NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 78).

²³ Neste sentido: TJP, AC 122.758-5/7, Rel. Des. Alves Bevilacqua, *DJSP*, p. 40, 01 ago. 2000.

²⁴ Neste sentido: STJ, MS nº 6.166/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, RSTJ 133/78.

²⁵ “A forma clássica da separação de poderes segue válida enquanto subsiste o Estado constitucional, embora mudado, pois com ele remanesce o problema do limite do poder em nome da liberdade e da distribuição e da delimitação das suas funções. Acontece que a imposição de limites ao poder estatal, inclusive, mas não exclusivamente sobre o poder de legislar, passa pelo reconhecimento da posição central que deve ser ocupada na ordem jurídica pelos direitos fundamentais e pelo fortalecimento da jurisdição constitucional que os protege” (NASCIMENTO. *Abuso do Poder ...* op. cit., p. 64).

²⁶ Neste sentido: STF, AgRg no RE 271.286-8/RS, Min. Celso de Mello, 2ª T., *DJU-e I* de 24 nov. 2000, p. 101.

²⁷ Na dicção do Supremo Tribunal – ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 04 maio 2004.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina,

rente de opção política advinda de mandato eletivo, na prática a matéria é ainda mais complicada. Não parece haver dúvidas de que quando o comportamento governamental é abusivo e os Poderes do Estado agem de modo escancaradamente irrazoável, procedendo com a clara “intenção de neutralizar e comprometer os direitos sociais, econômicos e culturais, atingindo aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”,²⁷ abre-se espaço para a intervenção do Poder Judiciário, para tornar efetivo o direito reclamado. O texto constitucional não é meramente programático, mas com eficácia, com determinação de atitude, de agir. A atribuição, pela via da “politização” da Constituição, no entanto, deve sempre se dar em situações especiais e em caráter excepcionalíssimo, já que a regra na formulação e execução das políticas públicas é dependente de opções políticas dos investidos pela população para cargos eletivos, tanto no Legislativo, como no Executivo. A existência de disponibilidade financeira do Estado é pressuposto da viabilidade do direito perseguido, até porque não há como se garantir acesso a determinado bem (sempre oneroso), se o gasto, pela generalização a que fica sujeito, está além das possibilidades dos recursos estatais e não integra os orçamentos. A outorga de um direito a determinado bem jurídico implica, no mais das vezes, a restrição ou sacrifício de outro direito.

A advertência é de Canotilho:

Os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de acção. Pode censurar-se, através do controlo da constitucionalidade, actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça.²⁸

O cuidado e a precaução na intervenção do Supremo Tribunal nessa seara, pela via da arguição, apesar de qualificada como idônea, deve se dar apenas em casos excepcionais e manifestos, já que, em situações limites, há que se respeitar a tradição constitucional de afastar o Judiciário da tomada de decisões na execução das políticas públicas. Os juízes não possuem

2003, p. 946.

²⁹ NASCIMENTO. *Abuso do Poder ...* op. cit., p. 128.

legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes delegou este poder. O próprio povo, pela via de seus representantes no Legislativo e no Executivo, aliados à sociedade civil organizada, inclusive os conselhos organizados pela Administração Pública, deve se responsabilizar no direcionamento das políticas públicas e na aplicação dos recursos públicos, propiciando-se, para a maior parte possível da população, condições mínimas de existência.

E mais: “é preciso ter em conta que a subjetividade unilateral do intérprete, oculta sob o pretexto de revelação da vontade dos constituintes, ou explícita, não deve prevalecer sobre o sentido que se pode e se deve extrair como produto de um debate público, de um esforço coletivo. A jurisdição precisa ser exercida contra o arbítrio e não se admite nem o arbítrio do legislador nem o do julgador”.²⁹

Conclusão

A utilização e concretização do processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental ainda se revela incipiente, mas, ao contrário das pessimistas previsões realizadas à época de sua introdução no direito constitucional brasileiro, de que fragilizaria a liberdade do juiz das instâncias ordinárias de decidir e se trataria de um remédio constitucional impraticável, revelam-se infundadas.

Apesar de prejudicado pela sua regulamentação tardia e pelas perplexidades trazidas com a Lei nº 9.882/99, a jurisprudência do Supremo Tribunal vem dando contornos mais nítidos ao instituto, fazendo com que o mesmo sirva para permitir a antecipação de decisões a respeito de controvérsias relevantes, evitando-se a insegurança jurídica e fornecendo uma diretriz confiável sobre a interpretação e aplicação dos preceitos fundamentais plasmados pela Constituição Federal, propiciando-se que além da simples declaração constitucional do direito, seja ele respeitado e garantido.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JANCZESKI, Célio Armando. Notas atuais sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 147-162, abr./jun. 2008.