

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: APONTAMENTOS SOBRE SEUS PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO

Luís Roberto Barroso*

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Espécies. III. Pressupostos gerais de cabimento. III. 1. Descumprimento de preceito fundamental. III. 2. Inexistência de outro meio idôneo (subsidiariedade). III.3. Ato do Poder Público. IV. Pressuposto específico de cabimento: relevância do fundamento da controvérsia constitucional. V. Conclusão.

I. Introdução

A argüição de descumprimento de preceito fundamental foi prevista no texto original da Constituição de 1988¹ e regulamentada apenas onze anos depois, com a Lei nº 9.882, de 3.12.99, que dispôs sobre o seu processo e julgamento. Anteriormente à promulgação da lei, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era pela não aplicabilidade da medida². A ADPF insere-se no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o *writ of certiorari* do direito norte-americano³. E, apesar de fundado temor inicial⁴, é certo também que ela não se prestou, ao menos nesses primeiros anos, a uso análogo ao da extinta advocatária, existente no direito constitucional brasileiro do regime militar.

*Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor Livre-docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

¹A ADPF foi inicialmente instituída no parágrafo único do art. 102, depois convertido em § 1º pela EC nº 3, de 13.03.93, conservando a mesma redação: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

²DJU 31 mai. 1996, AgRg na PET 1.140/TO, Rel. Min. Sydney Sanches: “1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro ao dispor (...). 2. Vale dizer, enquanto não houver lei estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal não poderá apreciá-la”.

³Nesse sentido, v. Daniel Sarmento, “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (orgs.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, 2001, p. 88-90; Bruno Noura de Moraes Rego, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*, 2003, p. 71. V. breve levantamento das posições a respeito em Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002, p. 635 e s. Para um estudo de direito comparado na matéria, v. André Ramos Tavares, *Tratado da argüição de preceito fundamental*, 2001, p. 35 e s.

⁴V. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade”, cit., p. 14: “[S]eu objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de advocatária, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de

Há razoável consenso doutrinário de que a Lei nº 9.882/99 não apenas deixou de explicitar de forma clara o sentido e alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental – acerca da qual havia amplo desencontro doutrinário – como, ademais, ainda criou algumas perplexidades adicionais⁵. Tal fato foi agravado pelo veto presidencial a dispositivos do projeto aprovado, desfigurando a proposta original. De todo modo, a despeito de certas dificuldades apresentadas pelo texto, a disciplina lacônica dada pela lei transferiu para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial. É possível supor, assim, que este remédio constitucional possa ser projetado para uma dimensão mais elevada, superadora, inclusive, de suas motivações iniciais⁶.

O conhecimento convencional em matéria de controle de constitucionalidade reafirma, rotineiramente, que a regra no direito brasileiro é a fiscalização incidental e difusa. A verdade, no entanto, é que a Lei nº 9.882/99 vem reforçar uma tendência que tem se manifestado nos últimos anos de ampliação do papel da jurisdição constitucional concentrada e abstrata⁷.

II. Espécies

Em sua concepção original, materializada no Projeto de Lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), aprovado pelo Congresso Nacional, a ADPF tinha dupla função institucional: (i) a de instrumento de governo, consubstanciada na

inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias⁸; no mesmo sentido, Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2001, p. 189 e 192-3.

⁵Sem embargo da qualificação pessoal dos juristas que integraram a comissão que elaborou o projeto, presidida por Celso Ribeiro Bastos, falecido em 2003, e composta por Gilmar Ferreira Mendes, Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Oscar Dias Corrêa.

⁶Além da referência constante ao combate à “indústria de liminares”, algumas das finalidades do remédio constitucional, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, cit., p. 8: “O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – resolver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal 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”.

⁷V. passagem do voto do Min. Sepúlveda Pertence, também no julgamento da ADC 1, *RTJ*, 157:371, 1996, p. 389: “Esta convivência [entre o sistema difuso e o sistema concentrado] não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”.

possibilidade de os legitimados do art. 103 aquarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (Lei nº 9.882/99, art. 1º e par. ún. c/c art. 2º, I); e (ii) a de instrumento de cidadania, de defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (art. 2º, II do PL n 17/99). Este último dispositivo, todavia, foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que franqueava de forma desmedida o acesso ao Supremo Tribunal Federal⁸.

Por conta dessa estrutura, a doutrina – de maneira praticamente unânime – tem extraído da Lei nº 9.882/99 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) a arguição autônoma e b) a arguição incidental. A autônoma tem sua previsão no art. 1º, *caput*: “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”. E a incidental decorreria do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, combinado com o art. 6º, § 1º da mesma lei: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

No caso da arguição autônoma, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (o que lhe dá um caráter de subsidiariedade), exige-se (i) ameaça ou violação a preceito fundamental e (ii) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la. Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. A legitimação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, o parâmetro de controle

⁸As razões de veto do Presidente da República, encaminhadas por via da Mensagem nº 1.807, de 3.12.99, assim se manifestavam no particular: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a 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 específico a ser ostentado pelo proponente da arguição 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 arguições 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 a 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”.

é mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle é mais amplo, pois não se limita aos atos normativos e estende-se aos três níveis de poder.

Já a arguição batizada – não sem certa impropriedade – como *incidental*⁹ pressupõe, em primeiro lugar, a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário. No caso da arguição incidental, eventuais processos em tramitação ficarão sujeitos à suspensão liminar de seu andamento ou dos efeitos da decisão acaso já proferida (art. 5º, § 3º), bem como à tese jurídica que venha a ser firmada, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento final da ADPF, que terá eficácia *erga omnes* e vinculante (art. 10, § 3º)¹⁰. O caso concreto pendente será julgado pelo juiz ou tribunal competente e que já exercia jurisdição sobre a causa; nem um nem outro poderá, todavia, ignorar a premissa lógica estabelecida na decisão da arguição. Deixando de lado a discussão teórica acerca de se tratar de um incidente processual ou de uma ação própria, o certo é que nesse caso haverá outro condicionamento legal, imposto pelo inciso I do parágrafo único da Lei nº 9.882/99¹¹: a *relevância do fundamento da controvérsia constitucional*, tema que será tratado mais adiante.

Antes de prosseguir, cabe aqui fazer uma observação. O projeto de lei originário previa o ajuizamento da ADPF *incidental* por qualquer pessoa lesada ou ameaçada (art. 2º, II do PL nº 17/99), que submeteria a questão constitucional relevante diretamente ao STF, retirando-a dos demais órgãos jurisdicionais. Como já referido, porém, o dispositivo do projeto foi vetado pelo Presidente da República. Com o veto, a legitimidade para propositura de ambas as arguições concentrou-se no mesmo elenco de legitimados: as pessoas e órgãos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I da Lei), previstos no art. 103 da Constituição.

Diante disso, o emprego da arguição incidental viu-se expressivamente limitado: de fato, se os legitimados são os mesmos, não se vislumbra por qual razão não optariam

⁹O caráter incidental da arguição sugere que ela seja suscitada no âmbito de um processo, por uma das partes, por terceiro com legitimidade para intervir ou de ofício pelo órgão judicial. Nenhuma dessas hipóteses está presente aqui. André Ramos Tavares emprega alternativamente o termo *paralela* (*Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei*, cit., p. 62), que melhor identifica a situação, mas que não foi seguido por outros autores. O termo *incidental* também não identifica adequadamente a natureza da arguição, que é suscitada em ação própria, na qual se exerce jurisdição abstrata e concentrada. Para um paralelo com o incidente de inconstitucionalidade do direito europeu e com a declaração incidental de inconstitucionalidade já existente no direito brasileiro (CF, art. 97 e CPC, art. 480-2), v. Bruno Noura de Moraes Rêgo, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, 2003, p. 33 e s.

¹⁰Na verdade, a repercussão da liminar e da decisão final sobre as ações em curso dar-se-á tanto na arguição incidental como na autônoma. Com efeito, os dispositivos relevantes não distinguem, para esse fim, entre uma e outra.

¹¹Este o teor do dispositivo: "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".

pela via autônoma, cujos requisitos são menos rígidos¹², gerando uma certa superposição entre as duas modalidades de ADPF. Nesse contexto, impõe-se ainda uma reflexão relativa ao destino da exigência adicional da relevância a que se fez referência acima. O tópico seguinte se ocupa, dentre outros, deste tema.

III. Pressupostos gerais de cabimento

Nos termos da Lei nº 9.882/99, pode-se afirmar que o cabimento de qualquer ADPF depende da presença de três elementos essenciais: (i) descumprimento de preceito fundamental; (ii) subsidiariedade; e (iii) ato do Poder Público. A exigência adicional da relevância – originariamente vinculada à arguição incidental – será aplicável agora em caráter geral, nas hipóteses em que o ato impugnado na ADPF for decisão judicial e a lesão alegada envolver controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal – incluídos os anteriores à Constituição¹³.

Na seqüência, serão objetivamente examinados o sentido e o alcance de cada um desses requisitos, tendo em conta, sobretudo: (i) questões reais que têm sido levadas ao STF por meio de ADPFs e (ii) os problemas teóricos que elas suscitam para a Corte na definição dos contornos que a ADPF deverá assumir no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

III.1. Descumprimento de preceito fundamental

Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução preceito fundamental, transferindo tal tarefa para a especulação da doutrina e a casuística da jurisprudência. Intuitivamente, preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição. Por outro lado, impõe-se reconhecer, por força do princípio da unidade, que inexistente hierarquia jurídica entre as normas constitucionais. Nada obstante, é possível distinguir entre os conceitos de Constituição material e Constituição formal e, mesmo entre as normas materialmente constitucionais, haverá aquelas que se singularizam por seu caráter estrutural ou por sua estatura axiológica. A expressão *preceito fundamental* importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas – mais comumente princípios, mas eventualmente regras – traz maiores conseqüências ou traumas para o sistema jurídico como um todo¹⁴.

¹²Este argumento trabalha sobre a premissa de que a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, prevista no art. 1º, par. ún., I da Lei, é cumulativa – e não alternativa – à lesão a preceito fundamental prevista no *caput* do art. 1º e no dispositivo constitucional (art. 102, § 1º). Poder-se-ia especular que sempre que houvesse processos subjetivos discutindo a mesma questão, impor-se-ia a via da arguição incidental. Tal entendimento, todavia, afastaria o regime jurídico da ADPF daquele que se aplica à ação direta de inconstitucionalidade e à declaratória de constitucionalidade.

¹³Lei nº 9.882/98: "Art. 1º (...)

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"

¹⁴Para um aprofundamento do tema, v. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (org.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, 2001; André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, 2001; Bruno Noura de

Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e ss.). Aqui se trará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.

Não se trata de um catálogo exaustivo, como natural, mas de parâmetros a serem testados à vista das situações da vida real e das arguições apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, nem toda discussão pode ser inserida na locução *preceito fundamental*. Tal como se verificou com os recursos extraordinários, muitas ADPFs veiculam a tentativa de discutir, *e.g.*, interpretação da legislação infraconstitucional ou reexame de matéria fática pelo Supremo Tribunal Federal. Observada a tendência, alguns requisitos devem ser atendidos para que a violação a preceito fundamental seja capaz de ensejar ADPF. Para tanto, a questão analisada: (i) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental; (ii) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos e (iii) deve ser insuscetível de definição pela interpretação do sistema infraconstitucional. O assunto é aprofundado a seguir.

a) Necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental

A locução *preceito fundamental*, como visto, descreve um conjunto de disposições constitucionais que, embora ainda não conte com uma definição precisa, certamente abarca as decisões sobre a estrutura básica do Estado, o catálogo de direitos fundamentais e os chamados princípios sensíveis¹⁵. A ADPF, portanto, é um mecanismo vinculado à proteção dos preceitos constitucionais considerados fundamentais.

Moraes Rego, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, 2003; Clèmerson Merlin Clève, "Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, 2001.

¹⁵Nesse sentido, v., na doutrina, Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 222 e ss.; na jurisprudência, v. STF, DJU 6 ago. 2004, p. 20, MC na ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes: "Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade".

Porém, para o cabimento da ADPF, não basta a alegação de não observância de um preceito fundamental existente na Constituição. Considerando o texto de 1988, não haveria grande dificuldade em associar um tema ou uma discussão a preceitos fundamentais como, *e.g.*, a igualdade, a legalidade, a liberdade, a dignidade humana, dentre outros. A rigor, a discordância acerca da interpretação conferida a uma lei pode dar margem à alegação de violação à legalidade – embora caiba ao STJ, e não ao STF, uniformizar a interpretação da ordem infraconstitucional –, assim como interpretações diversas proferidas por diferentes órgãos jurisdicionais sobre uma mesma lei, pode ser descrita como ameaça à isonomia – nada obstante, mais uma vez, a competência do STJ na matéria.

Portanto, para o cabimento da ADPF, a ameaça ou a lesão ao preceito constitucional fundamental deve ser real e direta. Por tal razão, o art. 10 da Lei nº 9.882/99 dispõe que, "*ulgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental*". Este, portanto, o primeiro aspecto fundamental: o pedido formulado perante o STF no âmbito de uma ADPF deverá envolver a fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental.

b) Não configuração da violação se a questão envolver definição prévia de fatos controvertidos

Analisando as funções estabelecidas na Constituição para os diferentes órgãos do Poder Judiciário, pode-se concluir que aos juízes de primeiro e segundo graus cabe, como regra, prestar jurisdição solucionando os casos concretos. Para isso, dentre outras atribuições, examinam provas a fim de apurar que fatos efetivamente se verificaram, e qual das versões disputadas pelas partes corresponde à realidade. A solução de controvérsias fáticas, portanto, é própria dos processos subjetivos e, de todo modo, está circunscrita às instâncias ordinárias de jurisdição. A ocupação central do Supremo Tribunal Federal é diversa: compete-lhe definir em caráter geral o sentido e o alcance das normas constitucionais.

Essa distinção de papéis se manifesta, por exemplo, nos requisitos exigidos pelo próprio STF para o cabimento de recurso extraordinário. Embora se trate de recurso no âmbito de um processo subjetivo, não será admitido (i) para o fim de rever questão de fato ou prova; (ii) para rediscutir a interpretação de cláusula contratual; (iii) ou na hipótese de a decisão recorrida haver solucionado a questão por fundamento diverso do constitucional¹⁶. Vale dizer: a jurisprudência do STF busca reservar ao próprio Tribunal a definição, em abstrato, do sentido e alcance da Constituição, evitando a revisão do ofício da jurisdição ordinária.

¹⁶A matéria é pacífica na jurisprudência do STF, estando, inclusive, cristalizada em algumas Súmulas da Corte: 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário"; 283: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles"; 454: "Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário".

É certo que, eventualmente, o STF poderá necessitar de esclarecimentos sobre fatos relevantes para as questões jurídicas a serem decididas, motivo pelo qual a Lei nº 9.882/99 permite a realização de perícias e a oitiva de especialistas, assim como já fizera a Lei nº 9.868/99¹⁷. Situação diversa, porém, é aquela em que as partes ou interessados controvertem acerca de determinado fato e pretendem trazer a disputa ao STF, no bojo de uma ADPF. Nessa hipótese, não cabe ao Supremo Tribunal Federal levar a cabo uma instrução específica para decidir qual das versões relatadas corresponde à verdade. Mesmo porque, se ainda há dúvida acerca dos elementos fáticos, não parece possível determinar se há – ou mesmo se haverá – qualquer violação a preceito fundamental.

Alguns exemplos ilustram o ponto. A Constituição garante o direito de herança, mas isso não faz com que a jurisdição constitucional seja o ambiente adequado para determinar a existência ou não de relações de filiação. A Constituição garante o direito de propriedade, mas nem por isso se pode exigir que o STF conheça de ADIn ou ADPF para definir a interpretação correta de cláusulas contratuais de compra e venda ou para verificar a ocorrência concreta dos requisitos de aquisição da propriedade por usucapião. Em suma: a solução de controvérsias de fato deve ser alcançada no âmbito de um processo subjetivo. Quanto à tese jurídico-constitucional, ela poderá vir a ser apreciada pelo STF no âmbito de um recurso extraordinário. A rigor, nem mesmo no curso de um recurso extraordinário a revisão de fatos ou provas é admitida, tendo em conta o papel institucional do STF como guardião da Constituição. Ou seja: se não cabe ao STF presidir fase instrutória para resolução de fatos controvertidos, não seria pertinente ADPF se, para conclusão acerca da violação de um preceito fundamental, fosse necessária dilação probatória.

c) Não configuração nos casos em que a questão suscitada pode ser definida pela interpretação do sistema infraconstitucional

Como se referiu acima, não basta que o interessado genericamente associe sua pretensão a um preceito fundamental para que lhe seja autorizado o uso da ADPF. É necessário que a violação alegada seja direta e, de fato, interfira com o sentido e o alcance do preceito fundamental. Tal aspecto envolve o tema da interpretação jurídica contemporânea e merece um esclarecimento.

Ao longo das últimas décadas, as Constituições passaram ao centro dos sistemas jurídicos nacionais e o mesmo se verificou – e se verifica – com a Carta brasileira de 1988¹⁸. Nesse passo, é correto afirmar que toda interpretação jurídica é, em alguma medida, interpretação constitucional, já que será necessário verificar se a norma objeto

¹⁷Lei nº 9.882, art. 6º, § 1º: “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

¹⁸V. Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983 e Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1985.

de interpretação é ou não compatível com o texto da Constituição¹⁹. Isso não significa, porém, que toda interpretação jurídica se resuma à interpretação constitucional, ou que o ofício de cada juiz se confunda com o ofício próprio de uma Corte Constitucional. Aprofunde-se a questão.

Ao se deparar com as disposições jurídicas infraconstitucionais, o intérprete percorre um itinerário lógico que inclui três etapas. Na primeira, cabe-lhe verificar a compatibilidade entre a norma a aplicar e o sistema constitucional em vigor. Apurada a validade do enunciado normativo, passa ele à segunda fase, na qual vai interpretar o sistema infraconstitucional propriamente dito. Note-se que, embora a Constituição exerça influência na determinação do sentido e alcance de qualquer norma, a interpretação legal tem categorias e conceitos específicos. De fato, a Constituição não esgota a disciplina de todos os temas, reservando ao legislador um espaço próprio de conformação. Boa parte da interpretação jurídica, portanto, envolverá essas decisões, que formam a ordem jurídica infraconstitucional.

A terceira etapa do raciocínio desenvolvido pelo intérprete, que na prática conjugase com a segunda, envolve a identificação e a apreciação dos fatos do caso concreto. A missão principal da jurisdição ordinária é conferir solução juridicamente adequada a uma lide concreta, real, que apresenta características fáticas particulares. Assim, cabe ao juiz definir – finda a instrução probatória – que fatos considerará verdadeiros, qual o sentido deles e, diante do quadro fático apresentado, qual a solução jurídica adequada.

A circunstância de toda interpretação traduzir, em maior ou menor medida, interpretação constitucional (e, eventualmente, de um preceito fundamental) precisa ser considerada com prudência e razoabilidade²⁰. Do contrário, justificaria um sem-número de ADPFs, o que desnaturaria o seu papel e inviabilizaria o Supremo Tribunal Federal, já sobrecarregado. É preciso, portanto, distinguir as hipóteses em que a discussão constitucional é realmente relevante para a determinação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental e que, por isso mesmo, autorizam o manejo da ADPF.

Pois bem. Considerando as três fases de raciocínio envolvidas na interpretação da ordem infraconstitucional – (i) a interpretação constitucional, (ii) do sistema legal em si (iii) e dos fatos –, é necessário fazer algumas distinções. Se o tema da ADPF for a invalidade da norma infraconstitucional – isto é, se o confronto se estabelecer de forma direta entre a norma legal e o preceito constitucional fundamental – a discussão estará concentrada, não há dúvida, naquela primeira etapa da interpretação e, atendidos

¹⁹J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999.

²⁰Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004

os demais requisitos, poderá em tese ser suscitada no âmbito de uma ADPF. Ou em outras palavras: uma lei ou ato normativo que viola de forma direta um preceito fundamental poderá justificar o ajuizamento de uma ADPF.

Situação diversa será aquela em que, ultrapassado o juízo preliminar de validade, a questão envolva a interpretação do dispositivo legal tendo em conta o sistema infraconstitucional do qual ele faz parte. Ou ainda quando o debate se relacione com a definição da solução mais adequada à vista das particularidades de determinado caso concreto. Como já se referiu, a interpretação da ordem infraconstitucional e a sua aplicação aos fatos é o ofício próprio dos órgãos judiciários de natureza ordinária, bem como, em parte, do Superior Tribunal de Justiça. Ao revés, não é essa a função do Supremo Tribunal Federal²¹, principalmente diante de ações constitucionais que consubstanciam processos objetivos.

Assim, se a lesão a preceito fundamental puder ser solucionada pela interpretação própria da ordem infraconstitucional, ou por sua aplicação aos fatos do caso concreto – vale dizer, se a discussão estiver inserida na terceira ou segunda fases de raciocínio referidas acima –, não será o caso de propor ADPF. Não cabe atribuir ao STF, em detrimento de suas atribuições como Corte Constitucional, a competência própria das instâncias ordinárias, ou mesmo do STJ em matéria de interpretação da ordem infraconstitucional, até porque não se estaria no caso discutindo o sentido e o alcance de preceito fundamental.

Em resumo: a violação a preceito fundamental que autoriza o cabimento da ADPF é aquela que interfere de forma direta com a fixação do conteúdo e alcance do preceito e independe da definição prévia acerca de fatos controvertidos. De parte isto, não caberá a ADPF se a questão suscitada, a despeito do rótulo que se lhe atribua, puder ser solucionada pela interpretação do sistema infraconstitucional.

III.2. Inexistência de outro meio idôneo (subsidiariedade)

O segundo pressuposto genérico para o cabimento da ADPF é a inexistência de

²¹Ao STF incumbe, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102). Órgão de cúpula do Poder Judiciário, exerce, de modo concentrado, a fiscalização em via principal da constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, tendo como paradigma a Constituição Federal. Cabe-lhe, também, e privativamente, o controle abstrato de normas federais. Nada obstante essa primazia no controle mediante ação direta (isto é, principal, concentrado e, como regra, abstrato), o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais, também realiza o controle incidental e difuso de constitucionalidade. Poderá fazê-lo em processos de sua competência originária (art. 102, I) ou no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II). Todavia, é em sede de recurso extraordinário que a corte suprema desempenha, normalmente e em grande volume, a fiscalização concreta de constitucionalidade de leis e atos normativos.

outro meio idôneo. Assim dispõe, em sua literalidade, o art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Institui-se, dessa forma, em matéria de ADPF, o princípio (na verdade, uma regra) da subsidiariedade. A determinação, que não decorre da matriz constitucional do instituto, foi inspirada por dispositivos análogos, relativamente ao recurso constitucional alemão²² e ao recurso de amparo espanhol²³. A doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm oscilado na compreensão desse dispositivo, gerando manifestações antagônicas. A matéria não é singela.

A primeira posição em relação a esse tema, desenvolvida em sede doutrinária, rejeita o caráter subsidiário ou residual que a lei pretendeu reservar para a ADPF. O argumento central é o de que o art. 102, § 1º da Constituição somente autorizou a lei a dar forma, ou seja, a disciplinar o processo da arguição, e não a restringir o seu conteúdo. Assim, não se deve interpretar a norma constitucional com subordinação à vontade do legislador. Nessa linha, sustenta-se a autonomia da ADPF em relação às ações objetivas e subjetivas existentes no sistema, sendo ela cabível sempre que se verificar violação de preceito constitucional de natureza fundamental por ato do Poder Público (e, no caso da incidental, estiverem presentes os demais requisitos). Mais que a admissão de eventual duplicidade ou pluralidade de vias, reivindica-se preferência para a arguição, quando cabível, com exclusão das demais ações²⁴.

Sem embargo da respeitabilidade dos argumentos e da autoridade de seus defensores, a tese prova demais. Não é incomum no direito brasileiro a disciplina infraconstitucional de direitos e garantias constitucionais, à vista de outras situações subjetivas igualmente protegidas e do interesse público de uma maneira geral. Mais

²²A Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal exige, em seu § 90, alínea 2, que antes da interposição de um recurso constitucional seja esgotada regularmente a via judicial. A esse propósito, v. Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 272: “Essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente, ganha significado crescente. Segundo isso, um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal”.

²³Lei Orgânica 2, de 3.10.79, del Tribunal Constitucional, art. 44, 1, a: “Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieren su origen inmediato y directo en un acto ou 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”.

²⁴Nesse sentido, veja-se José Afonso da Silva, “Comentários de acórdãos”, *Cadernos de soluções constitucionais* nº 1, 2003, p. 257-60, e, especialmente, André Ramos Tavares, *Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei*, cit., p. 42-8: “Verificar-se-á que a arguição é cabível sempre, e absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. (...) Não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da arguição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição. (...) As hipóteses de cabimento da arguição, no que se refere à exigência de violação da Carta Constitucional, não podem depender de lei. Já vem traçada pela própria Constituição”.

que isso, a legislação ordinária provê amplamente acerca de outras ações de base constitucional, dentre as quais o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, contendo regras sobre cabimento decadência do direito, direito de propositura, objeto, efeitos da decisão, dentre outros aspectos que não são estritamente processuais. É claro que a subsidiariedade será ilegítima se for tomada em sentido literal radical, tornando imprestável a arguição. Trata-se, portanto, de uma questão de razoabilidade da interpretação e não de invalidade da norma.

A segunda posição em relação à regra da subsidiariedade tende para o extremo oposto da primeira. Fundada na dicção expressa do dispositivo legal (art. 4º, § 1º da Lei), sustenta a inadmissibilidade da ADPF sempre que cabível outro processo objetivo – como a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão e a ação declaratória de constitucionalidade – ou mesmo ações individuais ou recursos. Essa linha, que tem igualmente suporte da doutrina²⁵ e de precedentes do Supremo Tribunal Federal, rejeita a arguição sempre que seja possível enfrentar o ato por via de mandado de segurança, ação popular, reclamação ou recursos ordinários e extraordinários, pelo menos antes que eles sejam esgotados²⁶.

Como se pode verificar nos precedentes citados em nota ao parágrafo anterior, a interpretação estrita do art. 4º, § 1º conduzirá, na grande maioria dos casos, à inadmissibilidade da arguição. A ADPF teria, assim, um papel marginal e inglório, na mesma linha do mal-aventurado mandado de injunção. É que, na prática, dificilmente deixará de haver no arsenal do controle concentrado ou do controle difuso a possibilidade, em tese, de utilizar-se alguma ação ou recurso contra o ato a ser questionado. E a demora inevitável no esgotamento de todas as outras vias compromete, naturalmente, os objetivos visados pela arguição, dentre os quais o de evitar a incerteza trazida por decisões contraditórias e de promover segurança jurídica. É necessária, portanto, uma interpretação mais aberta e construtiva da regra da subsidiariedade.

²⁵Vejam-se: Zeno Velloso, *Controle judicial de constitucionalidade*, 1999, p. 327, escrito anteriormente à promulgação da lei: “[A] lei a ser editada deverá estabelecer o procedimento da arguição, indicando os casos em que a mesma poderá ocorrer, evidentemente, num campo residual, numa situação especial e excepcional, quando tenham sido esgotadas as vias normais do controle jurisdicional de constitucionalidade, que, entre nós, já são muitas e diversificadas” (texto ligeiramente editado); e Alexandre de Moraes, *Comentários à lei n.º 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei 9.882/99*, 2001, p. 26-7: “[A ADPF] não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade (...). Porém, o cabimento da ADPF não exige a inexistência de outro mecanismo jurídico, mas seu prévio esgotamento sem real efetividade, ou seja, sem que tenha havido cessação à lesividade a preceito fundamental, pois a lei não previu exclusividade de hipóteses para a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas subsidiariedade” (texto ligeiramente editado).

²⁶V. ADPF 3-QO-CE, rel. Min. Sydney Sanches (*Inf. STF*, 189, mai. 2000 e Carlos Mário Velloso, *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*, cit., p. 1.852); ADPF 12, rel. Min. Ilmar Galvão (*DJU*, 26 mar. 2001); ADPF 13, rel. Min. Ilmar Galvão (*DJU*, 5 abr. 2001); ADPF 17, rel. Min. Celso de Mello (*DJU*, 28 set. 2001).

A questão central aqui parece estar na *eficácia* do “outro meio” referido na lei, isto é, no tipo de solução que ele é capaz de produzir²⁷. Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los. É por esse fundamento que merece adesão a posição intermediária e melhor, que vem conquistando a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Isso porque, embora seja possível imaginar exceções pontuais²⁸, os efeitos da atuação judicial nas vias ordinárias limitam-se, como regra, às partes.

Desse modo, não sendo cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, por se tratar, por exemplo, de controle relativo a direito pré-constitucional, norma municipal em face da Constituição Federal, disposição regulamentar ou lei pós-constitucional já revogada, é admissível a ADPF. Inversamente, se couber uma daquelas ações, não será possível o ajuizamento da arguição. Por outro lado, a simples possibilidade de propositura de ações de natureza subjetiva ou o cabimento de recursos processuais não é, de per si, impedimento à arguição, se aquelas medidas não forem idôneas a produzir solução imediata e abrangente, nas hipóteses em que o interesse público relevante ou a segurança jurídica assim o exijam.

Contudo, a tese demanda observações, aqui desenvolvidas em duas assertivas: uma envolvendo a convivência da ADPF com as demais ações abstratas de controle de constitucionalidade, e a outra relacionando a convivência da mesma ação com os processos subjetivos em geral.

a) Não caberá ADPF apenas porque não cabem ADIn ou ADC. A jurisdição constitucional abstrata não abrange todas as disputas subjetivas

O descabimento de outros mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade, como assinalado, é um elemento necessário para caracterizar a presença da subsidiariedade que justifica a ADPF. Não se trata, porém, de elemento suficiente. Além da presença dos demais requisitos referidos acima, é preciso que os mecanismos subjetivos existentes sejam insatisfatórios, justificando uma intervenção concentrada por parte do Supremo Tribunal Federal. Se tais mecanismos forem adequados para afastar eventual lesão, não se justifica o uso da ADPF.

²⁷Embora na ADPF 17 (*DJU*, 28 set. 2001), o relator Min. Celso de Mello não tenha conhecido da arguição, por aplicação da regra da subsidiariedade, esse ponto não lhe passou despercebido, como se vê da transcrição da seguinte passagem de seu voto: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação da lesividade. (...) Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público”.

²⁸Como ocorre, por exemplo, em certas hipóteses de ação popular ou de ação civil pública.

O sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade não objetiva absorver toda e qualquer discussão subjetiva envolvendo questões constitucionais. Por tal razão, os jurisdicionados não detêm a expectativa legítima de verem todas as suas disputas apreciadas pelo STF *em sede de uma ação abstrata*. Para conhecer as lides e dar-lhes solução, existe um complexo sistema orgânico e processual que, eventualmente, poderá até mesmo chegar ao Supremo Tribunal Federal – pelas vias recursais próprias de natureza subjetiva.

Nesse contexto, portanto, a ADPF não é uma ação abstrata *subsidiária*, no sentido de que seria cabível *sempre* que a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade não o fossem. Como explicitado acima, a *subsidiariedade* significa apenas que *não* caberá ADPF se outro meio idôneo capaz de sanar a lesividade estiver disponível, não podendo ser extraída da regra da subsidiariedade a conclusão de que seria possível o ajuizamento de ADPF *sempre* que não coubesse ADIn ou ADC.

b) O esgotamento do sistema recursal não caracteriza a “ausência de outro meio eficaz de sanar a lesividade”

Já se mencionou acima que o fato de existir ação subjetiva ou possibilidade recursal não basta para descaracterizar a admissibilidade da ADPF – já que a questão realmente importante será a capacidade de o meio disponível sanar ou evitar a lesividade ao preceito fundamental. Por isso mesmo, se as ações subjetivas forem suficientes para esse fim, não caberá a ADPF. O ponto que se quer destacar aqui, no entanto, é outro. Como é corrente, o sistema recursal existente no Brasil é bastante amplo, sendo inclusive criticado por essa razão. Ainda assim, em algum momento ele encerrará a disputa entre as partes.

Pois bem. O encerramento da disputa entre as partes por esgotamento dos recursos existentes no sistema não configura a “ausência de outro meio eficaz de sanar a lesividade”, nos termos do art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99. Ao contrário, se as partes já discutiram amplamente suas razões ao longo de um processo que chegou ao fim, houve farta oportunidade de definir os fatos e o direito na hipótese e sanar ou evitar qualquer lesão. A circunstância de uma das partes continuar inconformada – e não haver mais recurso no âmbito do processo subjetivo – não autoriza, por isso só, o cabimento da ADPF. Parece certo que a ADPF não se destina a funcionar como uma nova modalidade de ação rescisória, ou um recurso último, com objetivo de rever, mais uma vez, as decisões proferidas em sede concreta.

III.3. Ato do Poder Público

Por fim, o terceiro requisito geral consiste na locução *ato do Poder Público*²⁹. Sob

²⁹A despeito do instigante debate doutrinário em curso no Brasil acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas – e, conseqüentemente, à vinculação direta dos particulares ao que dispõe a Constituição –, atos normativos ou negociais envolvendo particulares não estão sujeitos, em princípio, à ADPF, mas sim a outras formas de impugnação.

essa cláusula geral poderão abrigar-se não apenas leis e atos normativos – de qualquer dos entes federativos, anteriores e posteriores à Carta de 1988 –, mas também atos em geral da Administração Pública, decisões judiciais, atos dos tribunais de contas, dentre outros³⁰. Nessa linha, o conjunto de atos que poderá ser submetido a controle é substancialmente mais amplo. Assim, podem ser considerados atos do Poder Público:

a) *Atos normativos*: A locução atos normativos compreende os atos estatais dotados dos atributos de generalidade, abstração e obrigatoriedade, destinados a reger a vida social. Para os fins da ADPF, estão abrangidos todos os atos infraconstitucionais, da lei complementar aos atos normativos emanados da Administração Pública. Além disso, a lesão a preceito fundamental e a controvérsia constitucional relevante podem envolver tanto direito federal, como estadual e municipal, incluído os anteriores à Constituição³¹. Relativamente ao controle de atos *municipais*, aí repousa uma das mais significativas inovações trazidas pela ADPF³².

No ponto, cumpre apenas consignar que, diferentemente do que se passa com a arguição autônoma, que pode envolver quaisquer atos do Poder Público – normativos, administrativos e jurisdicionais –, a incidental somente poderá discutir atos de cunho normativo. Nessa categoria estão compreendidos os que têm caráter geral, abstrato e obrigatório, e não os de individualização ou concretização do direito positivo. Os atos privados, em princípio, estão excluídos do âmbito da arguição.

b) *Atos infralegais*: Jurisprudência antiga e constante do Supremo Tribunal Federal rejeita o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos

³⁰Com base em doutrina e em jurisprudência desenvolvidas, sobretudo, em relação ao mandado de segurança, determinados atos privados devem ser equiparados aos praticados por autoridades públicas. Incluem-se nessa categoria aqueles executados por entidades privadas que agem mediante delegação do Poder Público, sejam as controladas pelo Estado ou as titularizadas exclusivamente por particulares. É o que se passa, por exemplo, com os concessionários de serviços públicos, não por seus atos de gestão, mas por aqueles que envolvem o desempenho de parcela de competência pública. Também os dirigentes de entidades privadas de ensino praticam, em determinadas circunstâncias, atos de natureza pública.

³¹Direito pré-constitucional: No direito brasileiro, as relações entre uma nova Constituição (ou uma emenda constitucional) e o direito infraconstitucional preexistente regem-se por duas regras. A primeira: toda a legislação ordinária anterior, naquilo em que for compatível com a nova ordem constitucional, subsiste validamente e continua em vigor, ainda que com um novo fundamento de validade. Segunda: toda a normatização infraconstitucional preexistente incompatível com a Constituição fica automaticamente revogada. Portanto, entre nós, o contraste entre a nova Constituição e o direito anterior se coloca no plano da vigência e não da validade das normas. Para uma ampla discussão acerca dessa matéria, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 67-82.

³²É que, consoante jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal, não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal à Constituição Federal¹ (v. *supra*). O mesmo vale para a ação direta de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.93, cujo objeto restringe-se à lei ou ato normativo federal. De modo que até a edição da Lei nº 9.882/99, o direito municipal somente comportava o controle incidental ou difuso de constitucionalidade, salvo a hipótese de representação de inconstitucionalidade em âmbito estadual, por contraste com a Constituição do Estado-membro. Já agora, se a norma municipal envolver ameaça ou lesão a preceito fundamental ou houver controvérsia constitucional relevante quanto à sua aplicação, sujeitar-se-á ao controle abstrato e concentrado do Supremo Tribunal Federal, mediante ADPF.

secundários, como são os regulamentos, resoluções, instruções, portarias e outros. Tais atos, como regra geral, não podem inovar na ordem jurídica, estando subordinados às leis que legitimam a sua expedição³³. A existência de crítica doutrinária a esse entendimento jamais abalou a sólida jurisprudência da Corte³⁴, que só admite a ação direta quando, sob a aparência formal de secundário, tem caráter autônomo, criando direito novo. Há precedente de admissão de arguição contra provimento de Tribunal de Justiça³⁵.

c) *Atos administrativos*: São atos de individualização do direito e, normalmente, repercutirão limitadamente sobre a esfera jurídica das partes interessadas. Portanto, no geral, poderão ser impugnados satisfatoriamente mediante ações subjetivas, como o mandado de segurança, a ação popular, ou mesmo por remédios de natureza coletiva, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Há atos administrativos, todavia, de alcance mais amplo e até de repercussão geral, como editais de licitação, contratos administrativos, concursos públicos, decisões de tribunais de contas³⁶. É possível supor, assim, que em determinadas situações de descumprimento de preceito fundamental e de relevância do fundamento da controvérsia constitucional que venha se instalar seja possível superar a regra da subsidiariedade, tornando-se admissível a ADPF.

d) *Atos jurisdicionais*: Relativamente aos atos jurisdicionais, em princípio deverão ser impugnados mediante os recursos cabíveis. Todavia, em casos gravíssimos de erro *in procedendo* e *in iudicando*, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e *havendo relevância na controvérsia constitucional*, será possível cogitar do cabimento de ADPF. O Min. Gilmar Mendes faz referência a duas possibilidades, coligidas na experiência alemã: lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial³⁷ e

³³Atos administrativos normativos — como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios —, sendo secundários em relação à lei, não ensejam controle de constitucionalidade por ação direta. De fato, estando subordinados à lei, que é o ato normativo primário, não se estabelece o confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo a contrariedade, deve-se verificar: a) se o ato administrativo não está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, hipótese que caracteriza ilegalidade, e não inconstitucionalidade; b) se a lei não está em desconformidade com a Constituição, hipótese em que deverá ser ela o objeto da arguição de inconstitucionalidade (STF, *RDA*, 183:132, 1991, 184:202, 1991, 185:163, 1991, 185:179, 1991, 185:184, 1991, 188:201, 1992, 188:215, 1992, e 191:214, 1993; *RTJ*, 99:1362; 1982, *RT*, 655:215, 1990, 661:208, 1990 e 683:200, 1992).

³⁴V. por todos, Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 212: “[O] regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação de poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata”.

³⁵ADPF 41-6, j. 24 abr. 2003, rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁶V. Daniel Sarmento, *Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*, cit., p. 91.

³⁷Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto*, cit., p. 143: “Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento — lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público —, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso”.

contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em uma falsa base legal)³⁸. Por relevante, o tema será retomado quando do estudo do requisito da *relevância do fundamento da controvérsia constitucional*, exigível para a impugnação de decisões judiciais mediante ADPF.

IV. Pressuposto Específico de Cabimento: Relevância do Fundamento da Controvérsia Constitucional

Como se assinalou anteriormente, o papel da arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental restou minimizado na Lei nº 9.882/99. Não sendo suscetível pelas partes do processo ou por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, a legitimação para esta arguição recai sobre as mesmas pessoas e órgãos que podem propor a arguição autônoma. Como regra, dificilmente optarão elas pela via incidental, que é mais complexa e tem objeto mais limitado.

Nada obstante, a arguição incidental permanece vigente no ordenamento e, para seu cabimento, a Lei exige requisitos adicionais: (i) a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, e (ii) lei ou ato normativo.

Embora a motivação imediata de quaisquer dos legitimados possa ser a eventual tutela de uma situação específica — agindo, portanto, como um substituto processual do verdadeiro interessado —, deverá ele demonstrar ser relevante a controvérsia constitucional em discussão. Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda ao 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 de uma injustiça individual tem 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.

Estabelecida a noção de relevância, e visando contribuir para o aprofundamento da questão, passa-se ao estudo de uma hipótese especial, qual seja, a necessidade de caracterizar a relevância da controvérsia quando o ato impugnado é decisão judicial que discute ato normativo federal, estadual ou municipal.

É certo que *decisão judicial* é um tipo particular de ato do Poder Público, originalmente associado à modalidade incidental, para a qual se exigia o requisito adicional da relevância. Muito embora tenha se verificado o esvaziamento da modalidade incidental, o requisito da relevância da controvérsia constitucional continua pertinente

³⁸Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto*, cit., p.144-5, transplantando os critérios adotados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em relação ao recurso constitucional, averbou: “Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o Juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão revela-se grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial”.

– agora em caráter geral –, nas arguições que envolvam atos normativos das três esferas de poder, discutidos no âmbito de decisões judiciais.

Em verdade, o requisito atende a dois propósitos principais. Em primeiro lugar, a especial *relevância* presta-se a justificar o afastamento da competência dos demais órgãos jurisdicionais e a transferência da discussão para o STF. Pela ordem jurídica vigente, o juízo competente para conhecer e processar as diferentes demandas, bem como para conhecer e processar os recursos cabíveis, é definido por leis abstratas e que independem dos fatos concretos. Ora, interpretar a ADPF de modo a transferir para o STF a competência própria das instâncias ordinárias – sem que para tanto concorra o requisito da relevância –, consiste em violação direta à regra do juiz natural, prevista no art. 5º, LIII, da Constituição.

Em segundo lugar, apreciar a “*relevância da controvérsia constitucional*” sugere que o STF deve restringir sua atuação aos casos em que estejam em jogo questões relacionadas, por exemplo, ao núcleo dos direitos fundamentais, à estrutura essencial do Estado, e com grande repercussão social. Essa a vocação de uma ação destinada a tutelar os preceitos fundamentais da Constituição.

Ao fazer essa opção, o legislador seguiu tendência observada nos principais sistemas constitucionais estrangeiros, que reservam à Corte Constitucional certa margem de discricionariedade na escolha dos casos que serão julgados³⁹. O objetivo de tal fórmula é concentrar a atuação desses órgãos nos casos de maior projeção – tanto para que eles possam receber um tratamento específico por parte do Tribunal, como para que as decisões proferidas em tais casos obtenham maior repercussão social. No Brasil, previsão semelhante foi recentemente introduzida no regramento constitucional do recurso extraordinário⁴⁰, ingressando definitivamente na lógica do sistema de controle de constitucionalidade.

V. Conclusão

Com intuito de contribuir para o estudo dos pressupostos de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, de modo a não banalizar o instrumento e direcioná-lo ao objetivo para o qual foi concebido, pode-se afirmar, objetivamente, que:

a) A violação a preceito fundamental capaz de ensejar ADPF é aquela que interfere com a fixação do conteúdo e alcance do preceito;

³⁹É o caso dos Estados Unidos e da Alemanha, para citar os dois principais referenciais contemporâneos. Os principais mecanismos de acesso à jurisdição constitucional nesses países – respectivamente o *writ of certiorari* e a *Verfassungsbeschwerde* – envolvem um juízo de admissibilidade marcado por considerável dose de discricionariedade.

⁴⁰CF/88, art. 102, § 3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. (Parágrafo acrescentado pela EC 45, de 08.12.04).

b) Não há violação a preceito fundamental capaz de ensejar ADPF se a questão suscitada depende de definição prévia acerca de fatos controvertidos;

c) Não há violação a preceito fundamental capaz de ensejar ADPF se a questão suscitada pode ser definida pela interpretação do sistema infraconstitucional;

d) Não caberá ADPF apenas porque não cabem ADIn ou ADC. A jurisdição constitucional abstrata não precisa – nem deve – abranger todas as disputas subjetivas existentes;

e) Se o ato impugnado for decisão judicial que discute ato normativo federal, estadual ou municipal, há necessidade de caracterizar a relevância constitucional da controvérsia, de modo a justificar a competência do STF para julgamento do feito – e não ferir o princípio do juiz natural;

f) O esgotamento do sistema recursal não caracteriza a *ausência de outro meio eficaz de sanar a lesividade*.