

REVISTA DE **PROCESSO** RePro

ANO 44 • 298 • DEZEMBRO • 2019

COORDENAÇÃO:
TERESA ARRUDA ALVIM

PUBLICAÇÃO OFICIAL



INSTITUTO
BRASILEIRO
DE DIREITO
PROCESSUAL



INCLUI VERSÃO
ELETRÔNICA DA REVISTA

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E SUAS QUESTÕES POLÊMICAS

THE CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL PRECEPT AND ITS CONTROVERSIAL ISSUES

CLÁUDIO TESSARI

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities. Pós-Graduado em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado. ctessariadv@gmail.com

Recebido em: 18.03.2019
Aprovado em: 19.06.2019

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental enfrentando e explorando as polêmicas que envolvem o referido instituto de controle constitucional, oferecendo respostas aos seguintes questionamentos: a) a ADPF preventiva, mesmo diante da medida cautelar na ADIn 2.231/DF, deve ser considerada válida/legal/constitucional?; b) é possível o STF, via ADPF, exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato municipal?; c) qualquer preceito constitucional é um preceito fundamental?

PALAVRAS-CHAVE: ADPF – Questões polêmicas – ADPF preventiva – ADPF repressiva – Preceito municipal – Preceito fundamental – Preceito constitucional.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the claim of non-compliance with a fundamental precept facing and exploring the controversies involving the referred constitutional control institute, offering answers to the following questions: a) preventive ADPF, even in face of the precautionary measure in ADIn 2.231 / DF, should it be considered valid / legal / constitutional? b) is it possible for the Supreme Court, through ADPF, to exercise the constitutionality control of law or municipal act? c) Is any constitutional precept a fundamental one?

KEYWORDS: ADPF – Controversial issues – Preventive ADPF – Repressive ADPF – Municipal precept – Fundamental precept – Constitutional precept.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das formas de controle de constitucionalidade existentes no Brasil, e a ADPF como uma modalidade de controle repressivo judicial concentrado de constitucionalidade. 3. Da necessária regulamentação do artigo 102, I, § 1º, da CF/88, tendo em vista a sua condição de norma de eficácia limitada e o primeiro aspecto polêmico: a ADPF preventiva/incidental como uma forma de *controle preventivo judicial concentrado de constitucionalidade* (ADIn 2.231/DF). 4. Da legitimidade ativa, do procedimento e do julgamento e o segundo aspecto polêmico: da possibilidade de o STF exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato municipal via ADPF. 5. Da ADPF e do conceito de preceito fundamental e o terceiro aspecto polêmico: qualquer preceito constitucional é um preceito fundamental?. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo e a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, doravante denominada ADPF, e as questões polêmicas que ainda hoje envolvem esse remédio de controle constitucional, instituído pelo § 1º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 e regulamentado – *depois de 11 anos* – pela Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

A ADPF, nos precisos termos do § 1º do artigo 102 da CF/88, constitui-se numa ação judicial que possibilita o *controle repressivo judicial concentrado de constitucionalidade*, sendo que após a sua regulamentação (artigo 1º da Lei 9.882/1999) – *que asseverou que a arguição poderia, também, ter como objeto não só reparar lesão a preceito fundamental, mas, também, evitá-lo* – a mesma passou a exercer, também, o *controle preventivo judicial concentrado de constitucionalidade*.

Contudo, o *controle preventivo judicial concentrado de constitucionalidade* da ADPF, por meio da medida cautelar na ADIn 2.231/DF, restou suspenso, desde o ano de 2000, até a presente data, sem previsão de ser pautado para julgamento.

Assim, é necessário responder ao seguinte questionamento: a ADPF preventiva, mesmo diante da medida cautelar na ADIn 2.231/DF, deve ser considerada válida/legal/constitucional?

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal não possui competência para apreciar ação direta de controle de constitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, inexistindo previsão constitucional outorgando competência para a Suprema Corte examinar diploma municipal em face da Constituição Federal.

E, diante de tal realidade fática e jurídica, sem dúvida, é imprescindível oferecer resposta à seguinte questão: é possível o Supremo Tribunal Federal, via ADPF, exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato municipal?

Por fim, cabe ressaltar que a ADPF somente pode ser utilizada em caso de descumprimento de preceito fundamental sendo, então, importantíssimo saber e identificar os dispositivos constitucionais que podem ser considerados “preceitos fundamentais” e, além disso, quais os atos que, para além de afrontar algum preceito fundamental, podem ser objeto de questionamento por meio dessa modalidade de ação, utilizando-se do seguinte questionamento: qualquer preceito constitucional é um preceito fundamental?

Assim, com base nas respostas a tais questionamentos é que se conseguirá asseverar, com segurança, a adequação da ADPF como uma ação de controle judicial concentrado de constitucionalidade.

2. DAS FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXISTENTES NO BRASIL, E A ADPF COMO UMA MODALIDADE DE CONTROLE REPRESSIVO JUDICIAL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de controle de constitucionalidade, como sabemos, admite três formas distintas: preventivo, repressivo e repressivo judicial, sendo que o Brasil resolveu adotar um

sistema de controle misto, que compreende as três possibilidades. Isso porque o ordenamento jurídico interno acabou aglutinando características de controles distintos, como o estadunidense e o europeu continental, em um único sistema de controle constitucional, conforme ensina Rafael Carvalho de Fássio:

“[P]ode-se dizer que o sistema-tipo estadunidense é *difuso, incidental*, tem decisões com eficácia *inter partes*, adota a *nulidade* como sanção. Noutra giro, o sistema-tipo europeu continental é *concentrado e principal*, o que acarreta decisões com eficácia *erga omnes* e também a adoção da sanção de *anulabilidade*. Não há, na prática, nenhum ordenamento que adote integralmente essas características. Contudo, essa simplificação teórica é útil para explicar a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, que, sob a influência de Rui Barbosa, adotou o modelo estadunidense na Constituição de 1891 e, desde então, tem incorporado características do modelo europeu continental. O advento da ADPF insere-se nesse processo.”¹

Nesse sentido, é preciso especificar as peculiaridades de cada forma de controle.

O *controle preventivo* é efetuado pelos Poderes Executivo e Legislativo nas seguintes hipóteses: *a*) quando da análise pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional ou pelo Plenário do Poder Legislativo sobre a compatibilidade do projeto de lei ou de emenda constitucional frente ao próprio texto constitucional; *b*) quando ocorre o veto jurídico ao projeto de lei, veto esse diverso daquele por contrariedade ao interesse público, em razão do entendimento do Presidente da República sob o fundamento de que a lei aprovada não está de acordo com os ditames constitucionais (artigo 66, § 1º, da CF/88)².

Já o *controle repressivo* de constitucionalidade, mais usual, é efetuado em momento posterior ao da publicação da lei ou do ato normativo, de regra pelo Poder Legislativo, em dois momentos: *a*) quando o Congresso Nacional exerce a sua competência exclusiva de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (artigo 49, V, da CF/88)³; *b*) quando o Congresso Nacional rejeita medida provisória com base em parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela inconstitucionalidade da norma.

1. FASSIO, Rafael Carvalho de. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro, objeto e subsidiariedade. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 40, n. 1, jan.-jun. 2015. p. 165-184. Disponível em: [<http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/download/270/208>]. Acesso em: 08.10.2018.

2. CF/88. Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

3. CF/88. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Por fim, o *controle repressivo judicial* é exercido pelo Poder Judiciário e se subdivide em *controle difuso ou incidental*, idealizado com base no modelo da Suprema Corte Americana, e o *controle concentrado ou *vide de ação**, cuja origem se deu na Áustria.

O *controle repressivo judicial difuso de constitucionalidade* é outorgado a todos os Juízes quando do exame dos feitos que envolvem duas partes sob sua jurisdição, por meio de recusa na aplicação de determinada lei, então dita inconstitucional, sendo que o objeto do pedido não é a inconstitucionalidade em si, que é mera questão prévia na análise do feito, mas o bem da vida buscado por uma das partes, razão pela qual a eficácia da decisão é *inter partes*, pois a lei continua aplicável aos demais casos, podendo apenas ter a suspensão da sua executoriedade pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF/88⁴.

Por sua vez, o *controle repressivo judicial concentrado de constitucionalidade* é outorgado, apenas e tão somente, ao Supremo Tribunal Federal. No qual não há propriamente partes no processo (na ação), mas meros interessados, já que o pedido é a declaração por parte da Corte Suprema sobre a compatibilidade ou não da norma frente à Constituição Federal e, no caso do reconhecimento da inconstitucionalidade, o efeito da decisão é a retirada da norma do ordenamento jurídico e a eficácia é *erga omnes*.⁵

No Brasil há cinco tipos de ações que materializam o *controle repressivo judicial concentrado de constitucionalidade*, quais sejam: *a*) ação direta de inconstitucionalidade (artigo 102, I, *a*, da CF/88); *b*) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da CF/88); *c*) ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, *a*, da CF/88); *d*) ação direta interventiva (artigo 36, III, da CF/88); *e*) arguição de descumprimento de preceito fundamental, prescrito no artigo 102, § 1º, da CF/88⁶, transcrito a seguir:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional 3, de 17/03/93)”

-
4. CF/88. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.
 5. OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal de. *Da arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF*. Disponível em: [<https://pt.scribd.com/document/266935481/12-Marcia-Vogel-Vidal-de-Oliveira>]. Acesso em: 03.11.2018.
 6. LEAL, Mônica Clarissa Hennig; STEIN, Leandro Konzen. A polêmica em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental: existência, localização e eficácia. *Revista no NEJ*, v. 14, n. 2. 2º quad. 2009. p. 147-174. Disponível em: [<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1772/1412>]. Acesso em: 03.11.2018.

Concebida como instrumento novo de controle concentrado de constitucionalidade, a ADPF haveria de definir-se, assim, no seu objeto, como medida judicial distinta das demais, já que enquanto a *ação direta de inconstitucionalidade* tem como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual e a *ação declaratória de constitucionalidade* apenas lei ou ato normativo federal – em ambos os casos, em confronto com qualquer norma da Constituição Federal, e a inconstitucionalidade por omissão concerne à medida para tornar efetiva norma constitucional, a ADPF colima, de forma específica, proteger preceito fundamental decorrente da Constituição.⁷

3. DA NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 102, I, § 1º, DA CF/88, TENDO EM VISTA A SUA CONDIÇÃO DE NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA E O PRIMEIRO ASPECTO POLÊMICO: A ADPF PREVENTIVA/INCIDENTAL COMO UMA FORMA DE *CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE* (ADIn 2.231/DF)

Em decorrência do quanto asseverado no bojo do § 1º, I, do artigo 102, da CF/88, no sentido de que a ADPF “será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”, concluiu-se que a referida norma seria de eficácia limitada, tendo em vista a necessidade de uma regulamentação posterior pelo legislador ordinário.

Desse modo, constata-se que enquanto não houvesse regulamentação via legal não poderia a figura da ADPF alcançar sua eficácia plena, sendo que essa posição foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da ADPF intentada pelo ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, em relação ao seu *impeachment*, em face da perda de seus direitos políticos, que, conforme alegava há época, “caracterizaria descumprimento de preceito fundamental da Constituição Federal”, tendo seu pleito sido rejeitado sob os seguintes fundamentos:

“O Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Néri da Silveira, relator, negou trânsito à petição em que se postula seu conhecimento com arguição, prevista no art. 102, § 1º, da CF (A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei), adotando-se para tanto, o rito da ação cível originária, ou seu conhecimento e procedência como revisão criminal, com vistas à declaração, em qualquer das hipóteses de nulidade da pena imposta ao arguente pelo Senado – perda do cargo de Presidente da República –, como órgão judiciário, em razão de sua prévia renúncia ao mandato de Presidente.

Fundou-se a decisão no fato de não ser autoaplicável o disposto no § 1º do art. 102 da CF. O preceito demanda lei regulamentadora. Quanto à possibilidade de se acolher o pedido

7. SILVEIRA, José Néri. *Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de Preceito Fundamental*. Disponível em: [www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/29/30]. Acesso em: 03.11.2018.

como revisão criminal, ponderou-se ser esta ação própria ao reexame de casos criminais julgados pelo Tribunal e não decisão proferida pelo Senado da República” (Questão de Ordem na Petição 1.365-DF, STF, Plenário, v.u., Relator Ministro Néri da Silveira, j. 03.12.1997, p. DJU 23.03.2000. p. 86, grifou-se).

A regulamentação da ADPF adveio da Lei 9.882, de 03.12.1999, que acabou resolvendo quaisquer dúvidas sobre a natureza da referida arguição como de ação direta, *in verbis*:

“Lei 9.882/1999:

Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

Após a regulamentação da ADPF, constatou-se que a arguição poderia, também, ter como objeto não só reparar lesão a preceito fundamental, mas, também, evitá-lo – duas possibilidades de interposição dela: a arguição preventiva e arguição repressiva.

Veja que a ADPF preventiva, então, seria interposta para evitar condutas do Poder Público que possam pôr em risco os preceitos constitucionais fundamentais e, de outro lado, a arguição repressiva para fazer cessar condutas do Poder Público lesivas aos preceitos fundamentais.

A arguição repressiva – da mesma forma que a ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou omissão) e a ação declaratória de constitucionalidade – constitui mecanismo que proporciona uma fiscalização objetiva de constitucionalidade de um ato do Poder Público: podendo ele ser tanto um ato de efeitos concretos, como, por exemplo, uma lei orçamentária – lesivo a um preceito constitucional fundamental, quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.⁸

Já a arguição preventiva pressuporia um processo anterior, submetido a qualquer juízo ou Tribunal, envolvendo uma questão constitucional, cujo parâmetro de controle fosse um preceito constitucional fundamental – sendo que da mesma forma que os incidentes de inconstitucionalidade do direito estrangeiro (a *Verfassungsbeschwerde*, a *Beschwerde* e o recurso de amparo) – possibilitaria a suspensão da jurisdição ordinária até a solução da controvérsia constitucional pelo Tribunal guardião da Constituição.⁹

Dessa forma, a arguição preventiva proporciona um controle de constitucionalidade judicial concentrado em decorrência da exegese das seguintes disposições constantes da referida Lei:

8. MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104.

9. *Ibidem*, p. 105.

“Lei 9.882/1999:

Art. 1º. [...] *terá por objeto evitar ou [...] lesão a preceito fundamental [...].*

Art. 5º.

[...]

§ 3º. *A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. [...]*

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.”*

A transferência do julgamento para o Supremo Tribunal Federal, da controvérsia em relação ao preceito fundamental discutido em outro processo judicial – *via ADPF preventiva* –, antecipando a decisão, pode ocorrer quando a demora a solução (extrema urgência e perigo de lesão grave) puder ocasionar dano irreparável ou de difícil reparação a uma das partes interessadas que, então, seria a vítima de violação a um preceito fundamental, *in verbis*:

“Lei 9.882/1999:

Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

§ 1º. Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.”

Então, com a edição da Lei 9.882/1999, a ADPF passou a ter uma natureza dúplice:

“A arguição autônoma constitui típica hipótese de processo objetivo, vocacionada ao controle abstrato de constitucionalidade, à semelhança da ADIN, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da ADIN por omissão. Ela deve ser utilizada exatamente nas hipóteses em que estas outras ações constitucionais não forem cabíveis, ou não revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental da Constituição, consoante disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999.

Já a Arguição Incidental, cuja existência infere-se da leitura de diversos dispositivos esparçados assistematicamente pelo corpo da lei, como o art. 5º, § 3º, e o 6º, § 1º, representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade

ao preceituo fundamental. Se o Supremo conhecer da arguição incidental, ele não vai julgar a causa como acontecia no instituto da Avocatória, de triste memória. Irá tão-somente manifestar-se sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, característico com controle difuso [...].”¹⁰

Tornando-se uma medida de cunho judicial, a ADPF promove o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos e não normativos, desde que emanados do Poder Público, sendo que a referida ação também poderá ser utilizada quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.

Ainda que se chame arguição incidental, é importante ressaltar que há certa controvérsia de o termo estar sendo utilizado da melhor forma, pois pode gerar conflito de acordo semântico em relação ao tipo de controle a que pertence. Didaticamente, assim explica-se:

“A ADPF autônoma pode questionar em princípio, qualquer ato do Poder Público o que amplia significativamente o controle concentrado, enquanto que a ADPF incidental é restrita à lei ou ao ato normativo cuja definição da constitucionalidade é imprescindível à resolução do mérito da ação concreta. Há certa equivocidade no termo “arguição incidental” dando a entender, erroneamente que se trata do mesmo mecanismo do controle difuso. Não é assim, todavia. Trata-se de incidente que viabiliza ação própria no STF. Não é suscitado pelas partes, mas surge no caso e será julgado por aquele Tribunal.”¹¹

Ou seja, nesta última hipótese, a ação será considerada um incidente em uma causa em tramitação, cuja questão prejudicial a respeito da compatibilidade com a Constituição será examinada pelo Supremo Tribunal Federal, quando provocado, e, após essa decisão colegiada, o Magistrado da causa retomará o curso da ação que estava suspensa com base no artigo 265, IV, c, do CPC/1973:

“CPC/1973:

Art. 265. Suspende-se o processo:

[...]

10. SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr.-jun. 2011. p. 97.

11. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: NUNES JR., Vidal Serrano et al. (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. II. Direito administrativo e constitucional. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental_58eda6786fc6e.pdf]. Acesso em: 08.10.2018.

IV – quando a sentença de mérito:

[...]

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente.”

Atente que o referido dispositivo processual está superado, pois não possui artigo correspondente no novo Código de Processo Civil de 2015, na medida em que as disposições constantes do artigo 313 do CPC/2015 não reeditaram a alínea c do inciso IV do art. 265 do CPC/1973, *in verbis*:

“CPC/2015:

Art. 313. Suspende-se o processo:

[...]

V – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo;”

Relevante informar que § 3º do artigo 5º da Lei 9.882/1999 está com sua eficácia suspensa pela decisão liminar (medida cautelar) concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADIn 2.231-8-DF.

Essa ADIn foi proposta pelo Conselho Federal da OAB, em junho do ano de 2000, contra a íntegra da Lei 9.882/1999 e, em especial, contra o teor do parágrafo único do artigo 1º; do § 3º do artigo 5º; do artigo 10, *caput*, e seu § 3º; e, por fim, do artigo 11, sob a alegação de inobservância das disposições constantes da Constituição Federal de 1988: 1º (princípio do Estado Democrático de Direito); 2º (princípio da separação dos poderes); 5º, II (princípio da legalidade); 5º, XXXVII (princípio do juiz natural); 5º, LIV (princípio do devido processo legal); 92 (organização do poder judiciário); 102, § 1º (ADPF).

O Ministro Néri da Silveira, *ao proferir a decisão liminar em 05.12.2001, em vigor até a presente data*, acolheu em parte o pedido, comentário que merece transcrição:

“O Ministro Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único, do art. 1º, *considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a arguição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional*, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF, a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (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). Consequentemente, o Ministro Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto (A liminar poderá consistir na determinação

de juizes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada). ADInMC 2.231-DF, Rel. Ministro Néri da Silveira, 5.12.2001.”¹²

Tal informação também pode ser confirmada em notícia veiculada no próprio *site* oficial do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Quarta-feira, 05 de dezembro de 2001

Pedido de vista interrompe julgamento da ADI contra a lei que instituiu a ADPF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu hoje (05/12) o julgamento da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2231) contra a Lei 9.882/99, que dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF). Após o voto do relator, ministro Néri da Silveira, pediu vista dos autos o ministro Sepúlveda Pertence.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requerente da ação, pretende declarar inconstitucional todos os artigos da lei. O principal argumento utilizado é o de que o legislador extrapolou os limites da Constituição ao elaborar a lei 9.882, conferindo poderes não previstos à Suprema Corte. Segundo os advogados, houve violação dos princípios do juiz natural, da separação de poderes, entre outros previstos no artigo 5º da Carta Magna.

O ministro Néri da Silveira, em seu voto, deferiu apenas em parte a liminar, para suspender dois dispositivos da lei. Quanto ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º da lei, ele excluiu a possível interpretação no sentido de aplicá-lo em processos sobre casos concretos versando sobre controvérsias constitucionais.

O relator também votou a favor da suspensão da eficácia do parágrafo terceiro do artigo 5º da lei, que autoriza o Supremo a conceder liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais em instâncias inferiores, que apresentem relação com o objeto da ADPF, salvo se já houver trânsito em julgado.

O ministro Sepúlveda Pertence pediu vista porque é relator de uma outra ação (ADI 2176), que trata do efeito vinculante conferido pela Lei 9.868/99 nas decisões em ADI e ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). Ele afirmou serem os assuntos conexos, e por isso seria conveniente analisá-los em conjunto. Adiantou também que já pediu ao Procurador-Geral da República que apresentasse com urgência seu parecer nos processos para que pudesse trazê-los a julgamento antes das férias forenses.”¹³

Porém, enquanto o Supremo Tribunal Federal não analisar e julgar o mérito da ADIn 2.231/DF, forçoso é concluir que a ADPF preventiva deve ser considerada válida, legal e constitucional.

12. Disponível em: [<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/54976/quanto-a-decisao-proferida-na-adi-2231-8-df-que-tinha-por-objeto-lei-9882-99-pergunta-se-o-que-realmente-foi-suspenso-pe-lo-stf-ariane-fucci-wady>]. Acesso em: 04.11.2018.

13. BRASIL. STF. Notícia: Pedido de vista interrompe julgamento da ADI contra a lei que instituiu a ADPF. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58168]. Acesso em: 04.11.2018.

4. DA LEGITIMIDADE ATIVA, DO PROCEDIMENTO E DO JULGAMENTO E O SEGUNDO ASPECTO POLÊMICO: DA POSSIBILIDADE DE O STF EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO MUNICIPAL VIA ADPF

Quanto à legitimidade ativa para propor a ADPF, a previsão legal é a que consta no artigo 2º da Lei 9.882/1999, que determina:

“Lei 9.882/1999:

Art. 2º. Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – os legitimados para ação de direta de inconstitucionalidade;”

Assim, após a Emenda Constitucional 45/2004, os legitimados para propor a ADIn, igualmente legitimados para propor a ADPF, são: a) o Presidente da República; b) a Mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador de Estado ou Distrito Federal; f) o Procurador-Geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quanto ao procedimento, após a apreciação do pedido liminar, o Ministro Relator solicitará informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado (artigo 6º da Lei 9.882/1999), sendo que a decisão de mérito sobre a ADPF será tomada, apenas e tão somente, se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros que compõem o Pleno da Suprema Corte (artigo 8º da Lei 9.882/1999), sendo que tal acórdão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (artigo 10 da Lei 9.882/1999).

O acórdão que julgar procedente ou improcedente o pedido em ADPF é irrecorrível, não podendo – nem mesmo – ser objeto de ação rescisória (artigo 12 da Lei 9.882/1999). Poderá o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (artigo 11 da Lei 9.882/1999).

Mas veja que a propositura da ADPF não será admitida quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Trata-se do princípio da *subsidiariedade*, que se concentra na inexistência de outros meios judiciais eficazes, ou seja, mesmo existindo meios judiciais disponíveis, eles não se revelam eficazes, com fulcro nas disposições constantes do artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999.¹⁴

Contudo, o Supremo Tribunal Federal vem declarando em seus julgados que a *subsidiariedade* exigida pelo referido diploma legal não pode ser interpretada com raciocínio

14. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 143.

linear e fechado, ou seja, deve corresponder à existência de outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude que a própria ADPF (STF, ADPF 79-MC, Relator Ministro Cezar Peluso, DJU 04.08.2005).¹⁵

Cabe ressaltar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não possui competência para apreciar ação direta de controle de constitucionalidade de atos normativos municipais em razão da Constituição Federal¹⁶, motivo pelo qual tais diplomas devem ser fiscalizados abstratamente perante as Constituições Estaduais, pela via da representação de inconstitucionalidade formulada nos Tribunais de Justiça dos Estados, cujas decisões poderão – eventualmente – ser reapreciadas pelo Pretório Excelso mediante recurso.¹⁷ O controle de constitucionalidade ou de legalidade não se basta na apreciação do respeito aos princípios constitucionais, é uma atividade essencial por ter a capacidade normativa de conceder e evoluir os diferentes sentidos que se pode dar a determinado ato normativo de acordo com as transições históricas sociais:

“O controle dos atos jurídicos se dá por meio do controle de constitucionalidade ou do controle de legalidade. O controle de constitucionalidade abrange os atos normativos estatais enquanto os atos não normativos, públicos e privados são controlados mediante verificação de conformidade com as espécies normativas emanadas do Estado.

A jurisdição (constitucional) é não só um mecanismo de conservação da ordem constitucional, de estabilização do sistema político fixado pela Constituição, mas também de certo modo, e até certa medida, um instrumento capaz de captar um (ou vários) sentidos possíveis da evolução histórica a partir da realidade social e de sua evolução.

Toda interpretação constitucional traz ínsita um aspecto jurídico e uma dimensão político-valorativa.”¹⁸

Importante asseverar que inexistente previsão constitucional outorgando competência para o Supremo Tribunal Federal examinar diploma municipal em face da Constituição

15. JANCZESKI, Célio Armando. A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o controle de constitucionalidade da lei tributária municipal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 83, ano 16, nov.-dez. 2008. p. 80-81.

16. BRASIL. STF Súmula 280. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2173]. Acesso em: 04.11.2018.

17. ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Questões pacíficas e temas controvertidos sobre o controle concentrado de constitucionalidade. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/9183/questoes-pacificas-e-temas-controvertidos-sobre-o-controle-concentrado-de-constitucionalidade]. Acesso em: 04.11.2018.

18. FIGUEIREDO, Marcelo. Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: NUNES JR., Vidal Serrano et al. (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUC SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. II. Direito administrativo e constitucional. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/27/edicao-1/controlado-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil]. Acesso em: 08.10.2018.

Federal, consoante, inclusive, já decidido pelo Plenário da Corte Constitucional no bojo da ADIn 1.803-SP, *in verbis*:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal proposta, perante este Supremo Tribunal Federal, por mesa de câmara municipal.

Dois são os óbices para o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade: o de que a Mesa de Câmara Municipal não tem legitimidade ativa para propor ação dessa natureza por não estar arrolada no *caput* do artigo 103 da Constituição Federal, e o de que há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que, em face do disposto no artigo 102, I, a, da Carta Magna, *só cabe ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual, e não de lei ou ato normativo municipal.*

Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida” (ADIn 1.803-0-SP, STF, Plenário, Relator Ministro Moreira Alves, j. 19.03.1998, DJU 24.04.1998, grifou-se).

Assim, somente as Cortes Estaduais é que podem examinar a compatibilidade de ato normativo municipal, e apenas em face de preceitos de suas respectivas Constituições Estaduais, nos precisos termos do artigo 125, § 2º, da CF/88:

“CF/88:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Contudo, após a regulamentação da ADPF pela Lei 9.882/1999, o Supremo Tribunal Federal foi autorizado a examinar a congruência entre ato normativo municipal em face da Constituição Federal, em se tratando de descumprimento de preceitos fundamentais.

5. DA ADPF E DO CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O TERCEIRO ASPECTO POLÊMICO: QUALQUER PRECEITO CONSTITUCIONAL É UM PRECEITO FUNDAMENTAL?

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental que, ao lado das ações de constitucionalidade, é mais um instrumento com a finalidade exclusiva de defesa da integridade da Constituição e dos direitos fundamentais. Assim, havendo violação a preceito fundamental, surge a possibilidade do acesso ao Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição.¹⁹

19. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315.

Indispensável, também, é a análise individual de cada termo que compõe a expressão ADPF para que seu significado seja consolidado.

O termo arguição significa questionar, perguntar, impugnar, provocar, ou alegar de forma fundamentada, designando a alegação promovida perante o Supremo Tribunal Federal para denunciar a violação de preceito fundamental.

De outra ponta, o termo descumprimento significa não cumprir, não realizar. O descumprimento de preceito fundamental é uma forma de invalidade ou inconstitucionalidade.

Por preceitos constitucionais entendem-se tanto regras quanto disposições e princípios, sejam eles expressos, sejam implícitos, que foram consagrados no texto constitucional. Assim se conclui com a leitura de Alberto de Magalhães Franco Filho:

“No entanto, o parâmetro utilizado para a admissibilidade de uma ADPF não são todos os preceitos constitucionais, mas somente os preceitos constitucionais fundamentais, conforme dispõe o próprio texto constitucional, no seu artigo 102, § 1º, “preceitos fundamentais decorrentes desta Constituição”. Antes e mais nada é imperioso salientar que o Direito é uma unidade de sentido onde os valores são incorporados à norma, e o Direito Constitucional constitui-se de um sistema aberto de normas. As normas, por sua vez, subdividem-se em duas espécies: os princípios e as regras. Os princípios são comandos gerais dotados de alto grau de abstração, com amplo campo de incidência e abrangência, servindo como norte para o ordenamento jurídico. Por sua vez, as regras são comandos aplicáveis em um campo de incidência específico, com elementos próximos ao direito comum, capazes de investir um titular em direitos subjetivos.

[...] Como se vê o preceito é sem dúvida uma norma, porém não podemos afirmar que ele seria nem princípio nem regra, mas sem a menor sobra de dúvida uma categoria à parte, mas sendo pois, norma. Sendo então o preceito uma categoria autônoma de norma, cumpre agora delimitar o que seria preceito fundamental.”²⁰

Utilizou, então, o Constituinte um qualificativo ao preceito constitucional, qual seja, ser ele fundamental, sendo que tal termo significa essencial, ou seja, que faz parte do seu alicerce.

Portanto, preceito fundamental da Constituição não é qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo Constituinte.²¹

20. FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. O significado e alcance da expressão “preceito fundamental”, no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Disponível em: [<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7023/4241>]. Acesso em: 09.10.2018.

21. MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 115.

Contudo, a Constituição Federal não define o que se deva entender por preceito fundamental, o que a Lei 9.882/1999 também não faz. Em decorrência disso, a delimitação desse conceito fica a cargo da doutrina e, principalmente, do próprio Supremo Tribunal Federal.

Aliás, nesse sentido, cabe asseverar que, ao proferir decisão na primeira ADPF ajuizada no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Néri da Silveira, então Relator, asseverou que “compete ao Supremo Tribunal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”²².

Celso Ribeiro Bastos afirmava que devem ser havidos por preceitos fundamentais os princípios constitucionais:

“O Texto Constitucional consagra como princípios fundamentais (artigo 1º): a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais, vendando a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir qualquer um desses princípios (artigo 60, § 4º), vigas-mestras do Estado democrático brasileiro. [...] deles defluem, naturalmente, outros princípios, também fundamentais, na medida em que asseguram a estabilidade da ordem jurídica nacional, como, por exemplo: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, o pluralismo político, a distribuição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as garantias da ordem econômica e financeira, a proteção à criança, à velhice, aos menos afortunados.”²³

Outros respeitáveis doutrinadores defendem que:

“Foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber:

- a) as que identificam a forma e a estrutura do Estado;
- b) o sistema de governo;
- c) a divisão e o funcionamento dos poderes;
- d) princípios fundamentais;
- e) a ordem econômica;
- f) a ordem social.”²⁴

22. BRASIL. STF. QO na ADPF 1-RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 03.02.2000, DJU 07.11.2003.

23. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 2017. t. III. 4º v. arts. 92 a 126. p. 235 e 237.

24. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.

Assim, de modo geral, a noção do que se deve compreender por preceito fundamental pode ser retirada dos princípios fundamentais norteadores da República Federativa do Brasil, insculpidos nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988. Todo preceito constitucional que lhes dê desdobramento deve ser havido por fundamental, para o fim de permitir sua proteção por intermédio de ADPF.²⁵

Da mesma forma, quando se tratar dos direitos individuais (artigo 5º da CF/88), dos direitos sociais (artigo 6º da CF/88), dos direitos dos trabalhadores (artigo 7º da CF/88) e da associação profissional ou sindical (artigo 8º da CF/88), e o § 4º, do artigo 60 da CF/88, que afirma que não devem ser objeto de deliberação propostas de emenda constitucional tendentes a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.²⁶

Por fim, os valores indicados no inciso VII do artigo 34 da Constituição, cuja ofensa justifica a intervenção da União Federal nos Estados ou no Distrito Federal, também devem ser havidos por preceitos fundamentais.

De outra ponta, sem dúvida, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir, em cada ADPF que lhe é submetida, se o preceito constitucional em contraste com o qual se afirma estar o ato Poder Público deve mesmo ser havido por fundamental:

“À luz da jurisprudência do STF (ADPF 1/RJ e 33/PA etc...), podemos considerar como preceitos fundamentais da CF/88: os direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º a 17); as cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º); os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, VII); os princípios fundamentais do Estado brasileiro (CF, art. 1º ao 4º, democracia, dignidade da pessoa humana, cidadania etc.); além das normas fundamentais de organização e estruturação do Estado e da sociedade (federalismo, separação de poderes, princípios norteadores da ordem econômica e social)”.²⁷

Contudo, não existe, ainda, concretizado pelo referido Tribunal Constitucional o conceito por preceito fundamental para fins de interposição de ADPF, sendo que alguns indicativos, contudo, vão surgindo. Nesse sentido, cabe ressaltar que, ao julgar a questão de ordem na ADPF 54/DF, o Relator Ministro Marco Aurélio afirmou que devem ser havidos por fundamentais “os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade, da saúde, da liberdade e da legalidade”²⁸.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a ADPF 33/PA, reconheceu “como preceitos fundamentais o princípio do federalismo e a vedação da fixação de remuneração de servidores públicos em múltiplos do salário mínimo”, *in verbis*:

25. DECOMAIN, Pedro Roberto. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 92, nov. 2010. p. 84.

26. *Ibidem*, p. 87.

27. HOLTHE, Leo van. *Direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 202.

28. BRASIL. STF ADPF 54/DF-QO, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, *DJe* 31.08.2007.

“É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (Einheit der Verfassung) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. [...] O efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados ‘princípios sensíveis’, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados ‘preceitos fundamentais’. [...] É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...] Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, 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.”²⁹

E, conforme restou assentado no último julgamento, o que importa é que o conceito de preceito fundamental não é limitado, pois, ao prevalecer de um conceito jurídico indeterminado, há flexibilidade para adequar ao tempo e ao espaço o que é preceito fundamental em cada contexto social e político.

29. STF, Plenário, ADPF 33/PA. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJU 27.10.2006. p. 31.

Tanto isso é verdade que, ao proferir julgamento na ADPF 130/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal incluiu entre os preceitos fundamentais todos aqueles que regulam a liberdade de imprensa, como desdobramentos do direito à liberdade de manifestação do pensamento, de informação e de expressão de modo geral, assegurando no próprio artigo 5º da CF/88, confira:

“2. Regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional. [...] O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador de superiores bens de personalidade que são a mais emanção da dignidade da humana: a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da natureza jurídica dos direitos prolongados ao capítulo constitucional sobre a comunicação social.”

Assim, embora não se identifique no bojo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede das ADPFs a conceituação sólida e uníssona do que se deva entender por preceito fundamental, já se desenha nítida a tendência no sentido de conferir essa qualidade àqueles dispositivos que versam sobre direitos fundamentais, e aos correspondentes desdobramentos.

6. CONCLUSÕES

A ADPF é um instrumento de *controle repressivo e preventivo judicial constitucional* voltado para proteção de preceitos fundamentais, sendo que a sua principal peculiaridade reside no fato de que, enquanto os outros instrumentos de controle/fiscalização de constitucionalidade têm como parâmetro de atuação todo o texto constitucional, a ADPF somente pode ser utilizada se houver descumprimento de preceito fundamental.

Na hipótese de exercer o controle preventivo de constitucionalidade, previsto apenas e tão comentada no artigo 1º da Lei 9.882/1991, a ADPF será considerada um incidente em uma causa em julgamento, cuja questão prejudicial a respeito da compatibilidade com a Constituição será examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa eficácia preventiva da ADPF foi suspensa por meio da decisão liminar (medida cautelar) concedida pelo STF nos autos da ADIn 2.231-8-DF, em 05.12.2001, e permanece até os dias atuais.

Porém, enquanto o Supremo Tribunal Federal não analisar e julgar o mérito da ADIn 2.231/DF, forçoso é concluir que a ADPF preventiva deve ser considerada válida, legal e constitucional.

O Supremo Tribunal Federal não possui competência para apreciar Ação Direta de Controle de Constitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, razão pela qual tais diplomas devem ser fiscalizados abstratamente perante as Constituições Estaduais, pela via da representação de inconstitucionalidade formulada

nos Tribunais de Justiça dos Estados, cujas decisões podem eventualmente ser reapreciadas pelo Pretório Excelso mediante recurso.

Contudo, após a regulamentação da ADPF pela Lei 9.882/1999, o Supremo Tribunal Federal foi autorizado a examinar a congruência entre ato normativo municipal em face da Constituição Federal, em se tratando de descumprimento de preceitos fundamentais.

Por fim, é ver-se que nem a Constituição Federal nem a Lei regulamentadora da ADPF explicitaram quais seriam os preceitos fundamentais que dariam azo à propositura da ADPF, deixando a cargo do Poder Judiciário a incumbência de definir a interpretação da expressão.

No mais, destaca-se que o preceito fundamental da Constituição não é qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte.

Conclusões que são resultado de ampla, mas não exaustiva, análise de vários julgados do referido Tribunal, podemos considerar como preceitos fundamentais da Constituição Federal, passíveis a ensejar ADPFs, os direitos e garantias fundamentais (CF, arts. 5º a 17); as cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º); os princípios constitucionais sensíveis (CF, art. 34, VII); os princípios fundamentais do Estado brasileiro (CF, arts. 1º a 4º, democracia, dignidade da pessoa humana, cidadania etc.); além das normas fundamentais de organização e estruturação do Estado e da sociedade (federalismo, separação de poderes, princípios norteadores da ordem econômica e social – CF, art. 170).

7. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 2017. t. III. 4º v. arts. 92 a 126.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 92, p. 84, nov. 2010.
- FASSIO, Rafael Carvalho de. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro, objeto e subsidiariedade. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 40, n. 1, jan.-jun. 2015. p. 165-184. Disponível em: [<http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/download/270/208>]. Acesso em: 08.10.2018.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: NUNES JR., Vidal Serrano et al. (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. II. Direito administrativo e constitucional. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental_58eda6786fc6e.pdf]. Acesso em: 08.10.2018.

- FIGUEIREDO, Marcelo. Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: NUNES JR., Vidal Serrano et al. (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUC SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. II. Direito administrativo e constitucional. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbebe/27/edicao-1/controlado-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil>]. Acesso em: 08.10.2018.
- FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. O significado e alcance da expressão “preceito fundamental”, no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Disponível em: [<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7023/4241>]. Acesso em: 09.10.2018.
- HOLTHE, Leo van. *Direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- JANCZESKI, Célio Armando. A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o controle de constitucionalidade da lei tributária municipal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 83, ano 16, p. 80-98, nov.-dez. 2008.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig; STEIN, Leandro Konzen. A polêmica em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental: existência, localização e eficácia. *Revista no NEJ*, v. 14, n. 2. 2º quad. 2009. p. 147-174. Disponível em: [<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1772/1412>]. Acesso em: 03.11.2018.
- MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Marco Aurélio. Considerações acerca da admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 24, nov.-dez. 2008.
- OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal de. *Da arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF*. Disponível em: [<https://pt.scribd.com/document/266935481/12-Marcia-Vogel-Vidal-de-Oliveira>]. Acesso em: 03.11.2018.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr.-jun. 2011.
- SILVEIRA, José Néri da. Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, v. 1, p. 181-192, 2003. Disponível em: [www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/29/30]. Acesso em: 08.10.2018.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Questões pacíficas e temas controvertidos sobre o controle concentrado de constitucionalidade*. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/9183/questoes-pacificas-e-temas-controvertidos-sobre-o-controlado-concentrado-de-constitucionalidade>]. Acesso em: 04.11.2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: problemas de concretização e limitação, de Dimitri Dimoulis – *RT*832/11-36 (DTR\2005\168);
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma formatação constitucional, de Pedro Ferreira Leite Neto – *RDC*178/229-248 (DTR\2012\2481);
- Arguição Paralela de Descumprimento de Preceito Fundamental: avanços e retrocessos, de Bruno Moraes Faria Monteiro Belem – *RT*917/93-161 (DTR\2012\2304); e
- Os desafios da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no direito brasileiro pela busca dos direitos fundamentais, de Renato Neves de Oliveira – *RDC*180/47-65 (DTR\2012\450573).