

ESCOLA DE FORMAÇÃO

O sentido de "ato do Poder Público" e de
"preceito fundamental" na ADPF:
uma análise da jurisprudência do STF

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de Direito
Público como trabalho de
conclusão do curso da Escola de
Formação do ano de 2008.

Autor: Felipe Duarte Gonçalves Ventura de Paula
Orientador: Marcos Paulo Veríssimo

Banca examinadora:
Eloisa Machado de Almeida
Marcos Paulo Veríssimo

São Paulo
2008

Resumo:

Por meio da análise das 148 ADPFs distribuídas no STF até 31/08/2008, mapeei as espécies de atos do Poder Público cuja impugnação o Supremo admite em sede de ADPF, bem como os preceitos fundamentais que o tribunal considera passíveis de tutela por meio dessa ação constitucional. Além dessa contribuição mais pontual (mapeamento), busquei também demonstrar como o STF tende a manejar a ADPF como um instrumento de centralização jurisdicional.

Palavras-chave:

STF; controle de constitucionalidade; ADPF; ato do Poder Público; preceito fundamental

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 04 |
| 2. ESCLARECIMENTOS INICIAIS..... | 05 |
| 3. METODOLOGIA | |
| 3.1. OBJETO DO TRABALHO E JUSTIFICATIVA DE SUA IMPORTÂNCIA..... | 08 |
| 3.2. SELEÇÃO DAS DECISÕES E ESTRUTURA DO TRABALHO..... | 10 |
| 4. ATO DO PODER PÚBLICO | |
| 4.1. VETOS, SÚMULAS, ATOS NÃO-NORMATIVOS, ATO REGULAMENTAR E PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO..... | 15 |
| 4.1.1. Vetos: ADPF-QO-1, ADPF-45 e ADPF-73..... | 15 |
| 4.1.2. Súmulas: ADPF-80 e ADPF-128..... | 17 |
| 4.1.3. Atos não-normativos: ADPF-55..... | 18 |
| 4.1.4. Ato regulamentar: ADPF-93..... | 19 |
| 4.1.5. Proposta de emenda à Constituição: ADPF-43..... | 20 |
| 4.2. ATOS MUNICIPAIS..... | 21 |
| 4.3. ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS..... | 23 |
| 4.4. DECISÕES JUDICIAIS COMO OBJETO DA ADPF..... | 32 |
| 5. PRECEITO FUNDAMENTAL | |
| 5.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS..... | 38 |
| 5.2. PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ADPF-33..... | 41 |
| 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 45 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 47 |

1. INTRODUÇÃO

O §1º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) dispõe:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

O texto constitucional não faz mais referências à ação prevista nesse dispositivo: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Deixou-se, portanto, um amplo espaço para a lei regulamentadora do instituto.

A Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, trouxe avanços suficientes para permitir a operacionalização da ação: definiu o objeto da arguição, estabeleceu a legitimação ativa e os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito da ADPF. Contudo, alguns pontos importantes permaneceram indefinidos, como a indicação precisa de quais são os preceitos fundamentais da CF/88 passíveis de tutela por meio da ADPF, qual o conteúdo exato da expressão “ato do Poder Público” – incluída no caput do artigo 1º da Lei 9.882/99 –, bem como quais as peculiaridades da ADPF frente as outras ações constitucionais do controle concentrado no sistema brasileiro (a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC).

Assim, transferiu-se para o STF – o órgão competente para julgar a ADPF – o papel de precisar os limites do instituto que permaneceram obscuros mesmo após a edição da lei de regência. O objetivo do presente trabalho é examinar a abordagem que o tribunal tem dado a dois aspectos da arguição, os quais a Lei 9.882/99 não definiu de maneira precisa: as espécies de atos do Poder Público passíveis de ser objeto da ADPF e os preceitos fundamentais da Constituição que podem ser tutelados por meio dessa ação.

2. ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Antes de expor propriamente o objeto do presente trabalho e a metodologia adotada para sua elaboração, acredito ser importante prestar três esclarecimentos: i) a classificação da ADPF em autônoma ou incidental, ii) os efeitos da liminar, conforme regulados pelo §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99, e iii) a existência da cláusula de subsidiariedade.

Ressalto que esta monografia concentra-se na análise jurisprudencial. Portanto, a apresentação dos três elementos acima mencionados será feita de maneira breve e instrumental, na medida em que esses conceitos serão necessários para o desenvolvimento do trabalho. Optei por introduzir essas explicações no início do trabalho, a fim de evitar digressões ao longo do texto; nos próximos itens, me concentrarei na apresentação e análise das decisões.

O artigo 1º da Lei 9.882/99 estabelece que:

“A argüição 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 o parágrafo único do mesmo artigo dispõe:

“Caberá também argüição 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; II – (Vetado).”

A partir da leitura do texto legal, a doutrina concluiu a existência de duas modalidades de argüição, as quais chamou de autônoma e incidental (TAVARES, 2008, p. 384; DIMOULIS, 2005, p. 21).

A argüição autônoma, prevista no caput do artigo 1º, tem por objeto atos do Poder Público lesivos a preceitos fundamentais. O elemento que a distingue da argüição incidental é a autonomia do ato argüido, ou seja,

nesse caso a argüição se dá independentemente da ligação do ato a processos já existentes, surgindo na forma de uma ação direta (TAVARES, op. cit., p. 384).

A argüição incidental, por sua vez, está prevista no inciso I, parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99. Nesse caso, prevê-se a existência de uma “controvérsia constitucional”, a qual enseja a ADPF. Tem-se, aqui, um incidente de inconstitucionalidade, como caracterizado pelo Min. Néri da Silveira na ADPF-QO-3. No bojo dessa controvérsia surge a possibilidade de ajuizamento da argüição incidental, a qual, portanto, depende da existência prévia de processos.

Como se depreende da leitura da lei, a argüição incidental tem por objeto “lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Logo, o objeto da argüição autônoma (“ato do Poder Público”) é mais amplo, abrangendo o objeto da incidental (cf. DIMOULIS, op. cit., p. 27).

Ao longo do trabalho não aplicarei essa tipologia usualmente estabelecida pela doutrina, pois não é meu objetivo classificar as argüições que analisei em autônomas ou incidentais. Contudo, no item 4.3., quando tratar dos atos pré-constitucionais, irei reconstruir os argumentos dos votos vencidos na ADPF-QO-54 e, para tanto, será importante ter em mente a classificação acima exposta. Por isso considere conveniente apresentá-la aqui.

No que concerne os efeitos da liminar da ADPF, vale transcrever o disposto no §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99:

“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”

A respeito desse dispositivo, serão tecidas considerações no item 4.4. desta monografia.

Quanto à cláusula de subsidiariedade, trata-se de expressão cunhada pelos estudiosos para designar o que está disposto no §1º do artigo 4º da Lei 9.882/99 (cf. TAVARES, op. cit., p. 388). Na referida norma, lê-se:

“Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

A interpretação desse texto gera dúvidas e perplexidades, especialmente porque, dependendo da leitura que se fizer da idéia de eficácia aqui veiculada, pode-se retirar da ADPF qualquer utilidade. Não vou me debruçar sobre os problemas suscitados pelo dispositivo, pois não pretendo estudar o olhar do STF sobre a chamada cláusula de subsidiariedade¹. O registro de que essa exigência está posta na Lei 9.882/99 basta para o desenvolvimento do trabalho; outras considerações, quando necessárias, serão feitas mais à frente, no item 4.4..

¹ Referências a respeito do disposto no §1º do artigo 4º da Lei 9.882/99 podem ser encontradas em DIMOULIS, op. cit., pp. 23-31.

3. METODOLOGIA

3.1. OBJETO DO TRABALHO E JUSTIFICATIVA DE SUA IMPORTÂNCIA

O objeto do trabalho são as decisões, tanto monocráticas quanto plenárias, prolatadas pelos Ministros do STF em sede de ADPF e publicadas até a data de 31/08/2008. O objetivo é mapear os atos do Poder Público cuja impugnação via ADPF tem sido admitida, bem como os preceitos que o STF tem apontado como fundamentais.

É interessante observar, preliminarmente, que muitos autores afirmam ser cabível a ADPF em caso de atos normativos municipais e pré-constitucionais² (cf. DIMOULIS, op. cit., p. 27). Talvez essa leitura parta do objeto da argüição incidental, como posto na Lei 9.882/99. Estender a previsão do inciso I, parágrafo único do artigo 1º para a argüição autônoma não é equivocado, pois, como foi dito acima, o objeto da argüição incidental está contido no objeto da argüição autônoma.

As dúvidas são maiores no que concerne a previsão do caput do artigo 1º da Lei 9.882/99. A expressão "ato do Poder Público", dada sua amplitude, permite incluir no âmbito de incidência da ADPF diferentes espécies de atos. Dimitri Dimoulis menciona, por exemplo, a possibilidade de exame de emendas constitucionais (op. cit., p. 27). André Ramos Tavares, por sua vez, aponta o cabimento em tese da ADPF frente a "atos não-normativos, como os atos administrativos e os atos concretos", bem como a "atos normativos 'secundários'" (op. cit., p. 397).

A expressão "preceito fundamental" é também bastante ampla, e seu real alcance depende de concretização jurisprudencial. Além da vagueza da expressão em si, há outro problema a ser enfrentado: embora a Lei 9.882/99 empregue tão-somente a expressão "preceito fundamental", a CF/88 se refere a preceito fundamental "decorrente desta Constituição". É possível cogitar, então, que os preceitos fundamentais a serem tutelados via ADPF não incluem apenas as normas constitucionais, mas também as normas infraconstitucionais que decorrem da Constituição (DIMOULIS, op. cit., p. 19). A identificação dessa segunda categoria de preceitos

² Expressão usada para indicar os atos normativos anteriores à CF/88.

fundamentais (os decorrentes da CF/88) constituiria um desafio a mais para o STF.

Representativa da abertura semântica da expressão “preceito fundamental” é a definição proposta por José Afonso da Silva: depois de ressaltar que “preceitos fundamentais” são diferentes de “princípios fundamentais”, o constitucionalista afirma que a primeira expressão “é mais ampla, abrange estes [princípios fundamentais] e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional” (2006, p. 562 – grifei).

Parece-me interessante registrar, como o faz Dimitri Dimoulis de forma bastante pertinente, que a enumeração dos preceitos fundamentais da Constituição impõe um desafio político para o STF (op. cit., pp. 17-18). Afirmar que há preceitos constitucionais fundamentais significa afirmar que há preceitos constitucionais que não são fundamentais (caso contrário, não haveria motivo para que o constituinte originário consignasse a existência de preceitos fundamentais como uma categoria a ser especificamente protegida por ação própria – esse é o sentido do §1º do artigo 102 da CF/88). Tendo em vista que a Constituição e a Lei não apontaram quais são os preceitos fundamentais a que se referem, cabe ao Supremo realizar essa tarefa. Ao fazê-lo, assume o ônus de caracterizar um preceito constitucional como não-fundamental.

Feitas essas observações preliminares, é importante dizer que, ao longo do trabalho, procuro apresentar quais categorias de atos do Poder Público foram admitidas nas arguições, quais não foram, bem como os motivos apresentados para a tomada de decisão em um sentido ou em outro. Quanto aos preceitos fundamentais, busco enumerar os preceitos já reconhecidos como integrantes dessa categoria pelos Ministros do Supremo, assim como demonstrar a maneira como o tribunal tem enfrentado o desafio político acima referido.

Diante da vagueza da CF/88 e da amplitude dos termos empregados pela Lei 9.882/99, coube ao STF delinear a ADPF. Desse fato decorre a importância de se analisar a jurisprudência do tribunal: a partir da leitura e sistematização das decisões, é possível extrair elementos que ajudem a compreender melhor a dinâmica da ação.

Escolhi analisar o conteúdo das expressões “ato do Poder Público” e “preceito fundamental” porque elas constituem, respectivamente, o objeto de discussão e o objeto de tutela da ADPF. Em outras palavras, procurei responder, ao longo da pesquisa, os seguintes questionamentos: i) quais espécies de atos do Poder Público podem ser discutidos em sede de ADPF? e ii) quais são os preceitos da CF/88 (ou, eventualmente, do nosso ordenamento) que podem ser tidos como fundamentais e, portanto, protegidos via ADPF?

Como mencionei na introdução, há outros aspectos do instituto ora analisado que também permaneceram indefinidos após a edição da Lei 9.882/99, deslocando-se para o STF o dever de esclarecê-los. No entanto, tendo em vista o limite temporal para a elaboração desta monografia, ative-me aos dois pontos referidos neste tópico (atos e preceitos).

3.2. SELEÇÃO DAS DECISÕES E ESTRUTURA DO TRABALHO

Até 31/08/2008, foram distribuídas 148 ADPFs no STF. Utilizei o sítio do Supremo³ para ter acesso a essas arguições, por meio da ferramenta de pesquisa “Acompanhamento Processual”. Assim, pude acessar todas as decisões – monocráticas, plenárias (acórdãos) ou da Presidência – publicadas no âmbito das 148 arguições consultadas para a realização deste trabalho.

Dentre as decisões estudadas, selecionei aquelas em que a problemática dos atos do Poder Público e dos preceitos fundamentais veio à tona. No universo de arguições mencionado, há algumas em relação às quais não há decisão alguma publicada, e outras em que há decisões, porém estas tratam tão-somente de aspectos não abrangidos pela minha pesquisa – tais como a legitimidade ativa do argüente ou a incidência in casu da cláusula de subsidiariedade. Por não tangenciarem o objeto do trabalho, não as selecionei⁴.

³ <<http://www.stf.jus.br>>

⁴ Dada a natureza do objeto pesquisado, não me parece possível tecer mais considerações acerca da seleção das decisões. Enquanto realizava a pesquisa, cogitei apresentar aqui os motivos por que não selecionei cada uma das arguições consideradas desnecessárias para a realização do trabalho. Entretanto, essa tarefa se mostrou inviável dentro do prazo de elaboração desta monografia. Além disso, a apresentação dos motivos de exclusão de

Ao longo desta monografia, serão citadas as seguintes decisões:

| Argüição | Tipo de decisão | Data da decisão |
|-------------|---|-----------------|
| ADPF-QO-1 | plenária | 03/02/2000 |
| ADPF-QO-3 | plenária | 18/05/2000 |
| ADPF-MC-4 | plenária | 02/08/2006 |
| ADPF-10 | monocrática do relator (Min. Maurício Corrêa) | 04/09/2001 |
| ADPF-MC-33 | plenária | 29/10/2003 |
| ADPF-33 | plenária | 07/12/2005 |
| ADPF-43 | monocrática do relator (Min. Carlos Britto) | 09/10/2003 |
| ADPF-AgR-43 | plenária | 20/11/2003 |
| ADPF-44 | monocrática do relator (Min. Joaquim Barbosa) | 19/09/2003 |
| ADPF-45 | monocrática do relator (Min. Celso de Mello) | 29/04/2004 |
| ADPF-46 | voto do relator (Min. Marco Aurélio) ⁵ | 15/06/2005 |
| ADPF-MC-47 | plenária | 07/12/2005 |
| ADPF-47 | plenária | 12/12/2007 |
| ADPF-50 | monocrática do relator (Min. Joaquim Barbosa) | 22/02/2006 |
| ADPF-53 | monocrática do relator (Min. Gilmar Mendes) | 22/04/2008 |
| ADPF-54 | monocrática do relator (Min. Marco Aurélio) | 01/07/2004 |

algumas ADPFs não traria contribuições para o meu objetivo de pesquisa. A não apresentação desses motivos, por sua vez, não inviabiliza o controle metodológico do trabalho: os dados consultados ao longo da pesquisa são públicos e estão disponíveis no sítio do STF (<<http://www.stf.jus.br>>).

⁵ Dentre as decisões referentes à ADPF-46 disponíveis no sítio do STF, nenhuma trouxe elementos importantes para o meu trabalho. O julgamento pelo Pleno já começou, mas foi interrompido por pedido de voto-vista, e o processo está atualmente com o Min. Menezes Direito. Contudo, o voto do relator, Min. Marco Aurélio, proferido quando do início do julgamento, interessa para o trabalho e por isso foi utilizado. Tive acesso à íntegra desse voto por meio do sítio da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), especificamente no link <http://www.sbdp.org.br/material/205_ADPF%2046%20-%20Correios%20e%20Telegrafos.pdf>.

| | | |
|-------------|---|--|
| ADPF-QO-54 | plenária | 27/04/2005 |
| ADPF-55 | monocrática do relator (Min. Carlos Britto) | 23/08/2007 |
| ADPF-67 | monocrática do relator (Min. Cezar Peluso) | 05/05/2005 |
| ADPF-73 | monocrática do relator (Min. Eros Grau) | 07/05/2007 |
| ADPF-76 | monocrática do relator (Min. Gilmar Mendes) | 13/02/2006 |
| ADPF-77 | monocrática do relator (Min. Sepúlveda Pertence) | 21/08/2006 |
| ADPF-79 | da Presidência (Min. Nelson Jobim) | 29/07/2005 |
| ADPF-80 | monocrática do relator (Min. Eros Grau) | 17/08/2005 |
| ADPF-AgR-80 | plenária | 12/06/2006 |
| ADPF-83 | plenária | 24/04/2008 |
| ADPF-86 | monocrática do relator (Min. Sepúlveda Pertence) | 24/04/2006 |
| ADPF-90 | monocrática do relator (Min. Eros Grau) | 30/05/2007 |
| ADPF-92 | monocrática do relator (Min. Joaquim Barbosa) | 28/04/2006 |
| ADPF-93 | monocrática do relator (Min. Ricardo Lewandowski) | 24/08/2006 |
| ADPF-101 | monocrática da relatora (Min. Cármen Lúcia) | 09/06/2008 |
| ADPF-114 | monocrática do relator (Min. Joaquim Barbosa) | 21/06/2007 |
| ADPF-117 | três decisões monocráticas do relator (Min. Sepúlveda Pertence, depois substituído pelo Min. Eros Grau) | 27/06/2007, 10/08/2007, 16/10/2007 |
| ADPF-126 | monocrática do relator (Min. Celso de Mello) | 19/12/2007 |
| ADPF-128 | monocrática do relator (Min. Cezar Peluso) | 15/04/2008 |
| ADPF-130 | monocrática do relator (Min. Carlos | 21/02/2008 |

| | | |
|----------|---|------------|
| | Britto) | |
| ADPF-134 | monocrática do relator (Min. Ricardo Lewandowski) | 27/06/2008 |

Na tabela acima, indico a argüição utilizada, o respectivo tipo de decisão e a data em que foi prolatada a decisão. Ao longo do trabalho farei referências a essas decisões, por isso considero importante apresentá-las nesse momento de forma sistematizada, para que o leitor saiba exatamente as argüições que embasaram o trabalho – essa é a razão por que montei a coluna “Argüição”.

Incluí a coluna “Tipo de decisão”, pois ela indica que os resultados aqui apresentados não apontam de maneira categórica a posição do Supremo acerca do objeto pesquisado. Há aspectos concernentes ao tema atos do Poder Público e preceitos fundamentais, em sede de ADPF, ainda não examinados pelo Pleno, mas somente pelos Ministros isoladamente, em decisões monocráticas⁶. Cumpre ressaltar essa limitação do trabalho, a qual decorre das características do material pesquisado.

Finalmente, incluí a coluna “Data da decisão”, para permitir ao leitor um maior controle sobre o presente trabalho. Conhecendo a data da decisão e o número da argüição, pode-se ter acesso ao mesmo texto da decisão em que me baseei para a elaboração da monografia. Para isso, basta acessar o sítio do STF e utilizar a ferramenta “Acompanhamento Processual”, como afirmei acima.

Não obstante a impossibilidade de firmar categoricamente o posicionamento do STF, deve-se notar que a pesquisa jurisprudencial traz elementos importantes, ainda que não definitivos, como será demonstrado a seguir. Além da descoberta desses elementos, a pesquisa também traz

⁶ A esse respeito, vale registrar uma breve digressão. Mesmo as decisões plenárias do STF impõem para quem pesquisa a jurisprudência do tribunal um grande desafio, o qual remete ao modelo decisório do Supremo. O esforço de sistematização dos entendimentos do tribunal esbarra em duas características do referido modelo: i) os acórdãos não expressam uma manifestação institucional, senão a soma dos votos individuais dos Ministros; por vezes, surgem debates acerca de temas candentes, mas não é possível extrair do acórdão uma posição coesa, senão inventariar os diferentes argumentos articulados pelos diferentes Ministros; ii) não há no tribunal uma cultura de precedentes, de tal forma que as abordagens de um mesmo tema podem variar bastante; há inclusive ocasiões em que um mesmo Ministro não segue o posicionamento que havia anteriormente defendido a respeito de uma mesma questão. Esses fatores muitas vezes dificultam a indicação precisa da postura do STF.

outra contribuição: os resultados do trabalho apontam, a meu ver, para o fato de que o STF tende a manejar a ADPF como um instrumento de centralização jurisdicional.

Quanto à estrutura do trabalho, dividi-o em duas partes: uma dedicada aos atos do Poder Público, outra aos preceitos fundamentais. Entre essas seções, há uma diferença que merece ser mencionada.

Na primeira parte, separei os casos em categorias de atos, na medida em que foi possível agrupar os diferentes atos de acordo com suas similitudes. Porém, na segunda parte, relativa aos preceitos fundamentais, não elenquei categorias, pois a indicação desses preceitos é, a meu ver, essencialmente casuística. Portanto, criei nessa segunda parte apenas dois itens: no primeiro, teço considerações gerais; no segundo, trato dos preceitos fundamentais na ADPF-33. Pareceu-me importante tratar dessa arguição separadamente, pois nela foi lançada uma tese acerca dos preceitos que pode representar uma resposta ao desafio de separar os preceitos constitucionais em fundamentais ou não fundamentais, como acima mencionado. Além disso, essa tese reforça a impressão de que a ADPF tende a ser utilizada como ferramenta de expansão da jurisdição do STF.

4. ATO DO PODER PÚBLICO

4.1. VETOS, SÚMULAS, ATOS NÃO-NORMATIVOS, ATO REGULAMENTAR E PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Neste item, apresento as arguições que trataram de atos os quais se enquadram na previsão genérica do caput do artigo 1º da Lei 9.882/99. Esse ponto comum justifica a reunião dessas arguições no mesmo tópico. Ainda assim, dadas as peculiaridades de cada modalidade de ato – ou seja, as diferenças entre a impugnação de um veto e de uma súmula, por exemplo –, considereei oportuna a divisão em subtópicos.

Alguns dos atos aqui expostos são encontrados entre as hipóteses apresentadas por doutrinadores (TAVARES, *op. cit.*, p. 397), como os atos não-normativos (ADPF-55) e os atos regulamentares (ADPF-93). Além desses, incluí aqui também os seguintes atos: veto (ADPF-QO-1, ADPF-45 e ADPF-73), súmula e súmula vinculante (ADPF-80 e ADPF-128, respectivamente), bem como proposta de emenda à Constituição (ADPF-43).

A seguir, exponho o contexto de cada um dos casos e as razões apresentadas para conhecer ou não a arguição frente aos atos impugnados. Faço-o de maneira breve, tendo em vista que meu objetivo é mapear os tipos de atos do Poder Público admitidos ou não em sede de ADPF, bem como os motivos da decisão em um sentido ou em outro. Dessa forma, não serão abordados aspectos dos casos que não importam para o delineamento das espécies de atos sindicáveis via ADPF.

4.1.1. Vetos: ADPF-QO-1, ADPF-45 e ADPF-73

Na ADPF-QO-1, cuja data de julgamento foi 03/02/2000, o relator, Min. Néri da Silveira, suscitou questão de ordem relativa à natureza do ato atacado. Nessa arguição, o Partido Comunista do Brasil (PC do B) impugnou um veto do Prefeito do Rio de Janeiro ao artigo 3º do Projeto de Lei nº 1.713-A/99. Esse projeto tivera origem executiva e, enviado para a Câmara Municipal, lá recebeu emenda, a qual foi vetada pelo Prefeito.

Contra esse veto se insurgiu o argüente. A ação, contudo, não foi admitida, pois os Ministros consideraram que o veto não se enquadra no conceito de ato do Poder Público previsto na Lei 9.882/99: trata-se de ato discricionário do chefe do Poder Executivo, de natureza política, insuscetível de controle jurisdicional. Não caberia ao STF examinar a motivação do veto – como propunha o PC do B – e recuperar o texto vetado da emenda legislativa, pois isso representaria um desrespeito à independência do Poder Executivo⁷.

Na ADPF-45, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impugnou o veto presidencial ao §2º do artigo 59 da Lei 10.707/03 (Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO). Em decisão monocrática de 29/04/2004, o relator, Min. Celso de Mello, julgou a ação prejudicada⁸; contudo, o juízo de prejudicialidade não resultou de qualquer característica do ato impugnado⁹.

Na ADPF-73, o PSDB recorreu novamente ao STF, dessa vez argüindo o veto presidencial ao §3º do artigo 59 da Lei 10.934/04 (LDO). Em decisão monocrática de 07/05/2007, o relator, Min. Eros Grau, negou seguimento à ação. Quanto à admissibilidade do ato impugnado, afirmou ser incabível o manejo da ADPF em face de veto do Executivo, pois o Supremo já firmara esse entendimento em outra ocasião (o Ministro citou a ADPF-QO-1, transcrevendo parte da ementa do acórdão).

⁷ Em seu voto, o Min. Néri da Silveira lançou outro argumento, que me parece interessante registrar: segundo o relator, caso o Supremo apreciasse o veto e o derrubasse, retomando a redação original da emenda legislativa, estaria realizando controle preventivo de constitucionalidade, pois “o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo” (voto do Min. Néri da Silveira, p. 14 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf). E não há, em nosso ordenamento, fundamento para que o Judiciário realize essa espécie de controle.

⁸ Posteriormente à impetração da ação, foi aprovada a Lei 10.777/03 (cujo projeto fora de iniciativa executiva), a qual reinseriu na Lei 10.707/03 o dispositivo antes impugnado; com isso, a pretensão do argüente restou satisfeita, não havendo necessidade de manifestação jurisdicional.

⁹ Não obstante esse resultado, considere interessante incluir aqui essa decisão, tendo em vista a posição peculiar que o relator apresenta acerca da ADPF. O Min. Celso de Mello afirma que essa ação é “(...) instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República” (ADPF-45, relator Min. Celso de Mello, decisão de 29/04/2004 – suprimi os grifos do original). Ou seja, o Min. Celso de Mello confere à ADPF uma função bastante arrojada, na medida em que esta poderia ser manejada no controle das omissões governamentais relacionadas à implementação de políticas públicas. Contudo, no que diz respeito ao delineamento da ADPF, essa é uma posição isolada, que não repercutiu em outros casos.

4.1.2. Súmulas: ADPF-80 e ADPF-128

Na ADPF-80, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria impugnou o enunciado da Súmula nº 666 do STF. Foi pedida liminar, com fulcro no §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99, para a suspensão dos processos e efeitos de decisões judiciais relativos ao objeto impugnado¹⁰.

O relator, Min. Eros Grau, em decisão monocrática de 17/08/2005, negou seguimento à ação. Para tanto, apresentou o seguinte argumento: um enunciado de Súmula não possui caráter normativo, logo não pode ser concebido como ato do Poder Público. Vale transcrever o excerto a seguir:

“Os enunciados de Súmula nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. Não se confundem com a súmula vinculante do artigo 103-A da Constituição do Brasil. Esta consubstancia texto normativo, aqueles enunciados não. Por isso não podem ser concebidos como ato do poder público lesivo a preceito fundamental. Esta circunstância afasta irretorquivelmente o cabimento da presente argüição.” (ADPF-80, relator Min. Eros Graus, decisão de 17/08/2005 – grifei)

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, o qual foi julgado pelo Pleno em 12/06/2006. A decisão agravada foi mantida, mas o argumento da não-normatividade do enunciado de Súmula não foi repetido. Em seu lugar, foram apresentados outros fundamentos.

Primeiramente, o Min. Eros Grau definiu os enunciados de Súmula como “expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte” (o que, segundo o Ministro, afastaria o enquadramento na categoria “ato do Poder Público”). A partir dessa definição, o relator concluiu que um entendimento do STF não pode lesar preceitos fundamentais, tendo em vista que a Constituição reserva ao Supremo a função de a resguardar. Veja-se:

¹⁰ Vide item 4.4. deste trabalho.

“Os enunciados de Súmula (...) nada mais são senão expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte. (...)”

Assim, os enunciados da Súmula desta Corte não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental. Não se pode afirmar que o entendimento deste Tribunal a respeito de qualquer questão constitucional possa ser qualificado como lesivo a preceito da própria Constituição, que atribui a esta Corte a função de resguardá-la.” (ADPF-AgR-80, voto do Min. Eros Graus, pp. 5-6 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf – grifei)

Esse caminho argumentativo me parece tortuoso e pouco convincente. A decisão contém, porém, outro fundamento, o qual é um pouco mais consistente: é possível revisar um enunciado de Súmula, mas a ADPF não pode ser instrumento desse processo, pois a revisão deve ocorrer “paulatinamente”, no mesmo ritmo em que “se formam os entendimentos jurisprudenciais que culminam na edição dos verbetes”.

Na ADPF-128, foi novamente apresentado para o STF o desafio de examinar uma Súmula do tribunal. Dessa vez, porém, tratou-se da Súmula Vinculante nº 2, a qual foi impugnada pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE). Em decisão monocrática de 15/04/2008, o relator, Min. Cezar Peluso, extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Argumentou que é incabível utilizar ADPF para impugnar uma Súmula Vinculante, pois o processo de revisão, edição e cancelamento desse tipo de enunciado do tribunal é especificamente regulado pela Lei 11.417/06, havendo, portanto, mecanismos próprios para se atacar uma Súmula Vinculante¹¹.

4.1.3. Atos não-normativos: ADPF-55

A ADPF-55 foi ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) em face de atos oficiais do Ministério do Trabalho, de

¹¹ Contra essa decisão foi interposto agravo regimental. O relator, porém, em decisão monocrática de 17 de junho de 2008, não conheceu do agravo, porque foi impetrado intempestivamente.

caráter não-normativo. Estes, nas palavras da argüente, citadas na decisão monocrática do relator (Min. Carlos Britto) de 23/08/2007, seriam atos do Ministério que, para efeito de registro sindical de novas entidades, “não se cingem à exclusiva verificação da observância do princípio constitucional da unicidade sindical”.

Na decisão de 23/08/2007, o Min. Carlos Britto negou seguimento à argüição, sob o fundamento de que os atos impugnados foram apontados de maneira apenas genérica. Por não estarem individualizados, indicados com precisão, não era possível conhecer o conteúdo dos atos atacados. A não delimitação dos atos fere o disposto no artigo 3º, inciso II da Lei 9.882/99¹².

4.1.4. Ato regulamentar: ADPF-93

Na ADPF-93, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE) impugnou o Decreto presidencial 5.597/05. Foi pedida liminar, com base no §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99, para a suspensão dos processos relativos à aplicação do ato atacado.

Em decisão monocrática de 24/08/2006, o relator, Min. Ricardo Lewandowski, não conheceu da ação¹³. No que concerne o ato impugnado, o relator entendeu que o Decreto 5.597/05 constitui ato regulamentar secundário, capaz de ofender a Constituição de maneira apenas reflexa. A ADPF é incabível para impugnar essa espécie de ato, pois, nas palavras do Ministro, por meio dessa ação se realiza o controle abstrato de constitucionalidade e, para a prática dessa modalidade de controle, é preciso que o ato impugnado ofenda diretamente o texto constitucional¹⁴.

¹² “Art. 3º A petição inicial deverá conter: (...) II – a indicação do ato questionado; (...)”.

¹³ Foi interposto agravo regimental contra essa decisão. O julgamento desse agravo, pelo Pleno, já começou, mas foi interrompido por pedido de voto-vista do Min. Eros Grau.

¹⁴ O Min. Ricardo Lewandowski, acolhendo argumento contido no parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR), diferenciou o ato impugnado na ADPF-93 dos atos impugnados na ADPF-33 e na ADPF-47: nos três casos, tratava-se de ato regulamentar secundário, mas, nas duas últimas argüições, os atos eram pré-constitucionais. Essa característica (pré-constitucionalidade) preponderou sobre o fato de os atos serem secundários, justificando a admissão das argüições 33 e 47. O item 4.3. do presente trabalho tratará dos atos anteriores à CF/88.

4.1.5. Proposta de emenda à Constituição: ADPF-43

Na ADPF-43, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) impugnou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 40/03. O relator, Min. Carlos Britto, em decisão monocrática de 09/10/2003, não conheceu da argüição. Argumentou que a PEC não pode ser caracterizada como ato do Poder Público para efeito da Lei 9.882/99, pois é suscetível de alterações, e a previsão da Lei de regência da ADPF se refere a atos definidos, prontos e acabados.

O argüente impetrou agravo regimental contra essa decisão. Às razões expostas no despacho monocrático, o acórdão de julgamento do agravo (de 20/11/2003) somou a seguinte: o exame de um ato ainda em processo de elaboração representaria prática de controle preventivo de constitucionalidade, o qual não é facultado ao Judiciário no direito brasileiro. A decisão agravada foi mantida.

Conclusões Parciais

A partir do que foi exposto, parece-me possível sistematizar as seguintes informações:

a) não é possível impugnar veto por meio de ADPF, pois este é um ato discricionário de natureza política, que se insere na esfera de independência do Poder Executivo;

b) um enunciado de Súmula do STF não pode ser impugnado por meio de ADPF, já que não se enquadra no conceito de ato do Poder Público; a revisão do enunciado é possível, mas deve ser realizada paulatinamente;

c) a ADPF não é meio idôneo para a impugnação de Súmula Vinculante: para isso, deve-se seguir o rito próprio estabelecido na Lei 11.417/06;

d) para se impugnar ato não-normativo por meio de ADPF, este deve ser bem delimitado, individualizado, de tal forma que o conteúdo do referido ato seja indicado de maneira precisa. Essa exigência vai de encontro ao disposto no artigo 3º, inciso II da Lei 9.882/99;

e) não é possível atacar, via ADPF, um ato regulamentar que produz ofensa somente reflexa à Constituição¹⁵;

f) é incabível ADPF que impugne PEC, uma vez que essa espécie de ato é suscetível de alterações, não podendo o Judiciário interferir no processo de elaboração da emenda constitucional.

4.2. ATOS MUNICIPAIS

O inciso I, parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99 prevê a possibilidade de manejo da ADPF em face de atos municipais. Como foi ressaltado anteriormente, essa previsão específica não conflita, mas está contida na previsão genérica do caput do artigo 1º da Lei 9.882/99.

Apresento a seguir algumas das arguições que versaram sobre essa espécie de ato:

| Arguição | Ato impugnado |
|-------------------------|--|
| ADPF-QO-1 ¹⁶ | veto do Prefeito do Rio de Janeiro ao artigo 3º do Projeto de Lei nº 1.713-A/99 |
| ADPF-44 | lei nº 006/03 do Município de Ibema (RJ) |
| ADPF-50 | emenda nº 29/03 à Lei Orgânica do Município de Caraguatatuba (SP) |
| ADPF-83 | lei nº 3.624/89 do Município de Vitória (ES) |
| ADPF-86 | lei nº 38/05 do Município de Barra de São Francisco (ES) |
| ADPF-92 | lei nº 1.153/06 do Município de Ouro Preto do Oeste (RO) |
| ADPF-134 ¹⁷ | decretos municipais nº 7.153/85, 7.182/85, 7.183/85, 7.251/85, 7.144/85, 7.809/88 e 7.853/88, e lei municipal nº 6.090/86, todos de Fortaleza (CE) |

¹⁵ A contrario sensu, pode-se afirmar que é possível, em sede de ADPF, a impugnação de ato regulamentar que ofende diretamente o texto constitucional. Contudo, o STF ainda não se pronunciou a respeito. No caso de outras arguições que também discutiam atos regulamentares e foram admitidas, preponderou a circunstância da pré-constitucionalidade dos atos atacados.

¹⁶ Vide item 4.1.1. deste trabalho.

¹⁷ Alguns dos atos impugnados nessa arguição são pré-constitucionais. A respeito dessa modalidade, vide item 4.3. deste trabalho.

O rol acima é exemplificativo. Ou seja, não incluí todas as arguições já impetradas no STF que atacaram atos municipais¹⁸; incluí apenas aquelas que impugnaram essa modalidade de ato, mas não foram conhecidas, por diferentes motivos¹⁹. Em nenhum caso, o não conhecimento decorreu do caráter municipal do ato. Ao contrário, em três delas (ADPF-1, ADPF-44 e ADPF-92) foi expressamente consignado que a ADPF é meio idôneo para a impugnação de atos municipais.

Na ADPF-QO-1, o relator, Min. Néri da Silveira, afirmou: “Podendo, dessa forma, na arguição regulada na Lei nº 9.882/1999, ter-se como objeto ‘ato do Poder Público’ federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não (...)” (ADPF-QO-1, voto do Min. Néri da Silveira, p. 12 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf – grifei). O relator das arguições nº 44 e 92, Min. Joaquim Barbosa, igualmente reconheceu a possibilidade de manejar a ADPF para atacar atos municipais. Nas decisões monocráticas de 19/09/2003 e de 28/04/2006, em que indeferiu liminarmente a ADPF-44 e a ADPF-92, respectivamente, o Ministro citou o inciso I, parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99, como evidência da idoneidade da ADPF para a impugnação de atos municipais.

Pode-se concluir, portanto, que, embora já tenham sido impetradas no STF ADPFs atacando atos municipais, o tribunal ainda não se debruçou sobre essa modalidade de ato. Em alguns casos (enumerados acima), as arguições não foram conhecidas; em outros, o tribunal ainda não se pronunciou, estando estes à espera de julgamento. Já se reconheceu, porém, a possibilidade de impugnar atos municipais via ADPF. O material pesquisado não oferece mais elementos que contribuam para a compreensão da dinâmica de julgamento de um ato municipal por meio de uma arguição.

¹⁸ Há ADPFs que versam sobre atos municipais, mas estão pendentes de julgamento. A título de exemplo, pode-se mencionar a ADPF-109, em que é impugnada a Lei 13.113/01 e o respectivo ato regulamentador, Decreto 41.788/02, ambos do Município de São Paulo (SP).

¹⁹ Não vou elencar esses motivos, pois isso não contribuiria para o objetivo da monografia.

4.3. ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS

A Lei 9.882/99 prevê especificamente que os atos pré-constitucionais podem ser objeto de ADPF (como ocorre em relação aos atos municipais). Diferentemente destes, porém, sobre aqueles o STF já se debruçou em algumas ocasiões. Assim, pude extrair das decisões elementos acerca da maneira como é abordado um ato pré-constitucional em sede de ADPF.

Dentre as decisões analisadas, não me deparei com nenhuma que envolvesse a impugnação de um ato pré-constitucional não-normativo. Todas as decisões que versaram sobre atos pré-constitucionais trataram de atos normativos. Não quero dizer, com isso, que nunca se tenha impetrado no STF uma argüição atacando um ato simultaneamente pré-constitucional e não-normativo; quero apenas dizer que, nas oportunidades em que o Supremo abordou o tema, debruçou-se sobre normas pré-constitucionais.

A partir das questões suscitadas pelos Ministros nas decisões analisadas, constatei a preocupação do STF em relação a três aspectos da argüição de uma norma pré-constitucional: i) admissibilidade da impugnação dessa espécie de ato via ADPF; ii) formas de análise do ato frente a CF/88, e iii) inconstitucionalidade originária da norma atacada.

Quanto ao primeiro ponto, deve-se dizer que, na ADPF-QO-54, cuja data de julgamento foi 27/04/2005, foram problematizados alguns aspectos do exame de um ato pré-constitucional via ADPF. Essa argüição foi impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), impugnando os artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40)²⁰. Pediu-se a interpretação conforme a Constituição desses dispositivos, no sentido de se excluir de seu âmbito de incidência a hipótese de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. Foi também pedida liminar, nos termos do §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99.

O Procurador-Geral da República suscitou questão de ordem, relativa ao cabimento da ADPF no caso concreto²¹. No acórdão em que foi julgada a questão de ordem, encontram-se duas decisões: i) referendo da liminar

²⁰ Esses artigos tipificam o crime de aborto.

²¹ Isso não foi feito no parecer de 18/08/2004, mas em outra peça, de 27/09/2004, à qual não tive acesso. Logo, não conheço os argumentos articulados pelo PGR para fundamentar o pedido de submissão da questão de ordem ao Pleno.

anteriormente concedida pelo relator, Min. Marco Aurélio, em decisão monocrática de 01/07/2004; ii) admissão do uso de ADPF no caso concreto.

No que concerne a segunda decisão, a utilização de ADPF foi admitida, por maioria, havendo quatro votos vencidos: Min. Carlos Velloso, Min. Cezar Peluso, Min. Ellen Gracie e Min. Eros Grau. Os três primeiros ministros se mostraram contrários ao uso da ADPF para impugnação de atos pré-constitucionais²².

O Min. Carlos Velloso, o Min. Cezar Peluso e a Min. Ellen Gracie aduziram que a impugnação de uma norma pré-constitucional em sede de ADPF enfrenta o mesmo problema que a impugnação desse tipo de norma em sede de ADI. Ou seja, não se há de falar em inconstitucionalidade superveniente de uma norma pré-constitucional, mas em revogação dessa norma: a Constituição, na condição de lei posterior e suprema, revoga as leis anteriores a ela contrárias. Portanto, o problema do cotejo de uma norma pré-constitucional frente à Constituição atual não deve ser focado na perspectiva da declaração de inconstitucionalidade superveniente (não-recepção da norma anterior), mas na perspectiva do conflito intertemporal (revogação da norma anterior)²³.

Dessa forma, segundo o Ministro Cezar Peluso, não seria possível fazer da ADPF uma ação direta contra atos pré-constitucionais. Daí decorre o segundo argumento apresentado pelo Min. Peluso: a única possibilidade de uso da ADPF em face de normas pré-constitucionais é aquela regulada pelo inciso I, parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99²⁴. Para tanto, na dicção do Min. Peluso, é requisito de admissibilidade a comprovação de uma relevante controvérsia judicial, conforme previsto no inciso V do artigo 3º

²² Os votos vencidos desse acórdão também expuseram outros argumentos para inadmitir o uso da ADPF in casu. Contudo, interessam para esta monografia apenas os argumentos relativos à impugnação de normas pré-constitucionais. Portanto, apenas estes serão aqui apresentados.

²³ Com isso, os três Ministros aderiram à tese vencedora da ADI-2. Nessa decisão, o STF firmou a impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de direito pré-constitucional em sede de ADI. Infelizmente não tive tempo para estudar esse acórdão. Contudo, na ADPF-33, o Min. Gilmar Mendes reproduz o teor do debate ocorrido na ADI-2 (vide ADPF-33, julgada em 07/12/2005, voto do Min. Gilmar Mendes, pp. 21-25 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf).

²⁴ O Min. Peluso parece abraçar a classificação doutrinária que distingue duas modalidades de ADPF: autônoma e incidental. Para ele, só seria cabível, em face de normas pré-constitucionais, o ajuizamento de arguição incidental, pois, no caso de arguição autônoma, haveria os mesmos problemas da ADI. Acerca da distinção autônoma-incidental, vide item 2. deste trabalho.

da Lei 9.882/99²⁵. No caso concreto, o Ministro entendeu que a petição inicial da ADPF-54 não comprovava a existência de controvérsia.

Relativamente a esse segundo ponto, o Min. Carlos Velloso e a Min. Ellen Gracie se mostraram mais radicais do que o Min. Peluso.

O Min. Velloso afirmou que o inciso I, parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99, embora preveja a possibilidade de manejo de ADPF frente a direito pré-constitucional, “deve ser visualizado com a maior cautela”: o Ministro disse ter dúvidas sobre a “legitimidade constitucional” desse dispositivo (ADPF-QO-54, voto do Min. Carlos Velloso, p. 198 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf). Ou seja, ao contrário do Min. Peluso (que disse admitir a impugnação de normas pré-constitucionais via ADPF, apenas na hipótese específica do inciso I, parágrafo único do artigo 1º), o Min. Velloso sugeriu a própria inconstitucionalidade do referido dispositivo da Lei 9.882/99. A Min. Ellen Gracie teceu considerações que apontam para o mesmo sentido, indicando também a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado²⁶.

No entanto, os argumentos acima expostos constituem posição isolada. Em outras decisões, não foram levantadas objeções ao manejo da ADPF em face de normas pré-constitucionais.

Dentre as arguições em que foram impugnadas normas pré-constitucionais, vale ressaltar que, além da ADPF-54, outras seis tiveram suas liminares deferidas²⁷: as arguições nº 10, 33, 47, 53, 79 e 130. As liminares nas ADPFs 10 e 53 foram deferidas monocraticamente pelos respectivos relatores, estando pendentes de referendo pelo Pleno. No caso das ADPFs 54, 79 e 130, já houve o referendo. Nas ADPFs 33 e 47, não apenas houve o referendo, como também já foi julgado o mérito.

²⁵ “Art. 3º. A petição inicial deverá conter: (...) V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.”

²⁶ Existe, de fato, uma discussão acerca da constitucionalidade da modalidade incidental da arguição, havendo inclusive uma ADI, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em face da Lei 9.882/99: a ADI 2.231. Não vou me deter nesse ponto, pois, como afirmei no início desta monografia, meu foco é a análise jurisprudencial, não doutrinária.

²⁷ Há algumas ADPFs que impugnaram atos pré-constitucionais, porém tiveram suas liminares indeferidas (por exemplo, a ADPF-67 e a ADPF-90). Cumpre ressaltar que, nessas decisões de indeferimento da liminar, não desempenhou papel relevante o caráter pré-constitucional dos atos atacados.

Em todas essas liminares foi determinada a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões relacionados às normas impugnadas, nos termos do §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99. No caso da ADPF-10, foi também determinada a suspensão da eficácia dos atos normativos atacados. Na ADPF-54, o relator, Min. Marco Aurélio, em decisão monocrática de 01/07/2004, deferiu a liminar não só para suspender processos e efeitos de decisões relacionados ao objeto da ação, mas também para reconhecer que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é um direito constitucional da gestante. Na ADPF-QO-54, foi referendada a primeira parte da liminar (suspensão dos processos), mas não a segunda parte (reconhecimento do direito).

Quanto ao julgamento de mérito, é importante notar que as únicas duas arguições já julgadas procedentes pelo STF versavam sobre direito pré-constitucional: ADPF-33 e ADPF-47²⁸. No caso da primeira, foi impugnado o artigo 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP); esse dispositivo fora adotado pela Resolução nº 8/86 do Conselho de Administração do IDESP e aprovado pelo Decreto Estadual 4.307/86. No caso da ADPF-47, impugnou-se o artigo 2º do Decreto 4.726/87.

O mérito da ADPF-33 foi julgado em 07/12/2005, e da ADPF-47, em 12/12/2007. Em ambos os casos, a decisão final foi a declaração de não-recepção, pela CF/88, das normas impugnadas.

Na ADPF-33, o relator, Min. Gilmar Mendes, proferiu um voto em que buscou abordar os aspectos principais da ADPF. Parece-me que a intenção do Ministro foi efetivamente delinear os pontos essenciais do instituto. Um dos temas abordados foi a idoneidade da ADPF para a impugnação de atos pré-constitucionais. Depois de reproduzir o debate travado na ADI-2²⁹, o Ministro concluiu:

²⁸ É curioso notar que, nessas duas arguições, não foram feitas objeções à impugnação de normas pré-constitucionais via ADPF, sendo que ambas foram julgadas procedentes por unanimidade. No julgamento da ADPF-33, os Ministros Peluso e Velloso estavam presentes, mas a Min. Ellen Gracie não; e no julgamento da ADPF-47, os Ministros Peluso e Ellen Gracie estavam presentes (embora fosse então Presidente, Ellen Gracie também votou). Tanto a ADPF-33 quanto a ADPF-47 foram julgadas depois da ADPF-QO-54.

²⁹ Vide a nota de rodapé nº 23 desta monografia.

“A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei nº 9.882, de 1999, que disciplina a argüição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal.” (ADPF-33, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 30 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf)

Portanto, excetuando-se a posição isolada dos votos vencidos na ADPF-QO-54, pode-se afirmar que o STF admite a impugnação de uma norma pré-constitucional via ADPF. Em alguns casos, foram deferidas liminares no âmbito de argüições que tinham por objeto normas anteriores à CF/88 (ADPFs 10, 53, 54, 79 e 130); em outros casos, foi julgado o mérito, declarando-se a não-recepção das normas atacadas (ADPFs 33 e 47).

Cabe agora tecer algumas considerações sobre a forma como a norma anterior foi cotejada com a Constituição. Nas ADPFs 33 e 47, foi realizado um juízo acerca da compatibilidade ou não da norma pré-constitucional com a CF/88, tendo em vista o conteúdo da Constituição atual. Ou seja, os Ministros compararam a norma impugnada com o preceito constitucional considerado lesado pelo argüente, e, a partir dessa comparação, concluíram que os dispositivos em tela (a norma pré-constitucional e o preceito constitucional) eram incompatíveis. Veja-se o que afirmou o Min. Eros Grau, relator da ADPF-47:

“Vislumbro sim, no caso, afronta a preceito fundamental contido na Constituição do Brasil, razão pela qual, confirmando a medida cautelar deferida pelo Plenário em 7 de dezembro de 2005, julgo procedente o pedido da argüição de descumprimento de preceito fundamental, declarando o não-recebimento, pela Constituição de 1988, do artigo 2º do decreto n. 4.726/87 do Estado do Pará.” (ADPF-47, voto do Min. Eros Grau, pp. 5-6 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf)

Na ADPF-33, o Min. Gilmar Mendes afirmou:

“No caso presente, cuida-se de norma de direito estadual editada em 1986, anterior, portanto, à Constituição de 1988, e que com esta seria incompatível em virtude do princípio federativo e da vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, da CF/88).” (ADPF-33, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 31 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf)

Já na ADPF-46³⁰, o juízo desenvolvido teve outro enfoque. Nessa arguição, a Associação Brasileira de Empresas de Distribuição (ABRAED) impugnou a Lei 6.538/78, a qual estabelece o regime de monopólio da União no serviço de prestação postal. Ao votar, o relator, Min. Marco Aurélio, declarou a não-recepção, pela CF/88, dos artigos da Lei 6.538/78 que estabelecem o regime de monopólio. Contudo, para chegar a esse resultado, percorreu um caminho argumentativo diferente do seguido pelos Ministros nas ADPFs 33 e 47.

A diferença se deve ao fato de que existe na CF/88 um dispositivo que poderia embasar a manutenção do regime de monopólio instituído na Lei 6.538/78: trata-se do inciso X do artigo 21, o qual dispõe que “Art. 21. Compete à União: (...) X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (...)” (grifei). Por conta disso, os esforços argumentativos empreendidos pelo Min. Marco Aurélio não foram no sentido de demonstrar a incompatibilidade entre a norma impugnada na ADPF-46 e os preceitos considerados lesados pelo argüente.

Ao longo do voto, o Ministro busca, na verdade, demonstrar que ocorreu uma mudança no sentido do verbo manter do inciso X, artigo 21, de tal forma que não se justificaria mais a manutenção do regime monopolístico da Lei 6.538/78. Para isso, o Min. Marco Aurélio recorre à idéia de “mutação constitucional”: segundo a explicação brevemente oferecida pelo Ministro, esse é um processo por meio do qual o significado da Constituição se altera, em face das mudanças ocorridas na sociedade e na economia; cabe ao intérprete reconhecer essas “mutações

³⁰ Vide nota de rodapé nº 5 desta monografia.

constitucionais silenciosas” por meio de uma “interpretação evolutiva” (cf. ADPF-46, voto do Min. Marco Aurélio, p. 23 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf.).

Partindo dessa idéia, são feitas, ao longo do voto, indagações como: “Nesse contexto, qual o significado do teor do inciso X do artigo 21?” (p. 23 do voto). Depois de fazer considerações históricas acerca dos monopólios estatais no Brasil, bem como afirmar que, frente à iniciativa privada, o Estado é ineficiente, o Min. Marco Aurélio lança o seguinte questionamento:

“Em outras palavras, as razões que determinaram a instituição do monopólio do serviço postal permanecem vigentes? Pode a Corte olvidar as transformações sociais e tecnológicas que ocorreram no País nesse meio século e entender que o significado do verbo ‘manter’, núcleo do inciso X do artigo 21, é o mesmo de dois séculos atrás?” (ADPF-46, voto do Min. Marco Aurélio, pp. 31-32 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf)

O relator da argüição então conclui que a Lei 6.538/78 não foi recepcionada pela CF/88, tendo em vista as mudanças ocorridas no cenário econômico brasileiro, em especial a diminuição da participação do Estado na economia:

“Desse modo, faz-se necessário reconhecer que, diante do texto constitucional de 1988, frente às mutações operadas no Direito Administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites de participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei nº 6.538/78, especialmente o texto do artigo 9º, no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União.” (ADPF-46, voto do Min. Marco Aurélio, pp. 41-42 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf)

Além desses dois tipos de raciocínio (compatibilidade e mutação constitucional), identifiquei um terceiro procedimento: a interpretação

conforme a Constituição. Não há nenhuma decisão em que seja aplicada essa ferramenta ao exame de uma norma pré-constitucional, porém o STF já reconheceu, na ADPF-QO-54, que é possível fazê-lo³¹.

Nesse acórdão, o Min. Carlos Britto, em seu voto-vista, explicou o modo como opera uma interpretação conforme: diante de uma norma polissêmica, deve-se extrair os sentidos possíveis do texto normativo. Apenas depois desse processo interpretativo esses sentidos são comparados com a Constituição, de tal forma que os sentidos com ela incompatíveis são excluídos, firmando-se que somente aquele sentido compatível é correto e pode ser aplicado. Como aduziu o Min. Britto:

“Ela [a interpretação conforme a Constituição] serve tão-só para descartar a incidência de uma dada compreensão (ou mais de uma) que se possa extrair do dispositivo infraconstitucional tido por insurgente. Que significação? Aquela (ou aquelas) em demonstrada rota de colisão com a Magna Carta Federal.” (ADPF-QO-54, voto do Min. Carlos Britto, p. 113 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf – grifo no original)

Portanto, o Min. Carlos Britto entendeu ser possível realizar a interpretação conforme a Constituição em sede de ADPF. Como foi dito acima, essa foi a tese vencedora do acórdão (admissão do uso de ADPF no caso concreto, em que se pedia a interpretação conforme de normas pré-constitucionais).

Finalmente, cabem algumas palavras sobre a eventual inconstitucionalidade originária da norma pré-constitucional impugnada. Nas ADPFs 33 e 47, a decisão foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas a partir da CF/88 (ou seja, declaração de não-recepção).

Contudo, se a norma pré-constitucional já era inconstitucional no regime anterior e existe um precedente do STF que reconhece essa

³¹ Vale notar que, na ADPF-130, o pedido alternativo foi de interpretação conforme a Constituição de alguns dos dispositivos da norma pré-constitucional impugnada. A liminar dessa arguição foi deferida, mas o mérito está aguardando julgamento.

inconstitucionalidade, nesse caso não cabe ADPF, mas reclamação. Essa problemática foi abordada na ADPF-53.

Essa argüição, ajuizada pelo Governador do Piauí, impugnou o artigo 5º da Lei 4.950-A/66, o qual vinculava a remuneração dos servidores de alguns órgãos da Administração Pública do Piauí à variação do salário mínimo. Foi pedida liminar, nos termos do §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99, a fim de suspender os processos e efeitos de decisões que tratavam da aplicação do dispositivo impugnado.

Em decisão monocrática de 22/04/2008, o relator, Min. Gilmar Mendes, observou que, na Representação de Inconstitucionalidade nº 716 (Relator Min. Eloy da Rocha, julgada em 26/02/1969), já fora declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada em relação aos servidores estatutários. Portanto, diante desse precedente específico, não cabia o manejo da argüição, devendo ser ajuizada uma reclamação.

Entretanto, em relação aos servidores celetistas, não havia decisão anterior alguma. Por isso, o Ministro deferiu a liminar ad referendum do Pleno, para suspender os processos e efeitos de decisões referentes aos funcionários celetistas.

Conclusões Parciais

Como foi visto acima, embora o STF tenha prolatado poucas decisões relativas a atos pré-constitucionais, parece-me possível extrair delas os seguintes dados:

a) a ADPF é meio idôneo para a impugnação de atos pré-constitucionais. Até a data estipulada como recorte temporal deste trabalho (31/08/2008), o STF não se deparou com o exame de atos pré-constitucionais não-normativos, mas tão-somente com a análise de normas pré-constitucionais;

b) já foram deferidas sete liminares em argüições que versavam sobre direito pré-constitucional: ADPFs 10, 33, 47, 53, 54, 79 e 130. Em todos esses casos, a liminar aplicou o disposto no §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99. No caso da ADPF-10, foi também determinada a suspensão liminar da eficácia dos dispositivos nela impugnados;

c) as únicas duas arguições até hoje julgadas procedentes pelo STF tratavam de direito pré-constitucional: a ADPFs 33 e 47. Nelas, a decisão foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas a partir da CF/88 (ou seja, a não-recepção dessas normas pela Constituição atual);

d) ao analisar uma norma pré-constitucional em face da Constituição vigente, há três procedimentos possíveis: i) juízo de compatibilidade (comparação) entre a norma anterior e o conteúdo da Constituição atual (ADPFs 33 e 47); ii) análise das possíveis mudanças de sentido sofridas pela Constituição diante das mudanças da sociedade e da economia ("mutação constitucional", conforme apresentada no voto do Min. Marco Aurélio na ADPF-46), e iii) interpretação conforme a Constituição da norma pré-constitucional (ADPF-QO-54);

e) havendo um precedente específico do STF, o qual reconheça a inconstitucionalidade da norma pré-constitucional já no regime anterior, não cabe ADPF, senão reclamação.

4.4. DECISÕES JUDICIAIS COMO OBJETO DA ADPF

Ao longo da pesquisa, me deparei, em algumas ocasiões, com arguições que foram manejadas em face de decisões judiciais. Relativamente a essas ADPFs, parece-me possível distinguir dois grupos: i) há algumas arguições em que foram impugnados atos (normas municipais, normas pré-constitucionais ou súmulas, por exemplo) e, em sede liminar, foi pedida a suspensão dos processos e efeitos de decisões relativas ao ato atacado, nos termos do §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99; ii) há outras arguições, porém, em que foram diretamente impugnados conjuntos de decisões judiciais.

No primeiro grupo, se enquadram algumas das arguições mencionadas anteriormente: a ADPF-80 (em que foi impugnado um enunciado de Súmula do STF), a ADPF-93 (que atacou um ato regulamentar) e as ADPFs 83, 86 e 134 (que impugnaram atos normativos municipais). Nesses casos, como essas ações não foram conhecidas, as liminares restaram prejudicadas.

Em outros casos, as liminares foram deferidas: assim ocorreu nas ADPFs 10, 33, 47, 53, 54, 77, 79 e 130. Excetuando-se a ADPF-77 (que teve como objeto o artigo 38 da Lei 8.880/94), todas as demais trataram de direito pré-constitucional, sobre o qual se falou no item anterior.

O disposto no §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99 é, a meu ver, uma ferramenta jurídica interessante³²; porém, seu estudo envolve aspectos (por exemplo, a cláusula de subsidiariedade e a comparação entre esse dispositivo e o disposto no artigo 21 da Lei 9.868/99) que escapam ao objetivo desta monografia. Portanto, não vou me deter nesse tema.

Registre a existência dessas arguições para diferenciá-las do segundo grupo. Neste, as decisões judiciais não são atacadas no pedido de liminar (ou seja, na medida em que se relacionam com o ato principal atacado), mas constituem o próprio objeto de impugnação. Esse foi o caso das ADPFs 3, 101, 114 e 117.

A seguir, vou apresentar brevemente o contexto de cada um desses casos, sem abordar aspectos que não importam para o objetivo do trabalho. Ao final, buscarei sistematizar os dados que pude extrair das decisões.

Na ADPF-3, o Governador do Ceará impugnou um conjunto de decisões do Tribunal de Justiça do Ceará. Com a promulgação da Emenda Constitucional 19/98, determinou-se que as gratificações e vantagens dos servidores públicos deveriam ser calculadas dentro do teto dos vencimentos dos servidores, sem acúmulo para além do limite do teto. A partir dessa Emenda, o Governador então organizou o sistema remuneratório dos servidores do Estado, seguindo o que nela disposto.

Alguns servidores, então, ajuizaram reclamações, relativas a antigos mandados de segurança já transitados em julgado. Nos referidos mandados de segurança, anteriores à EC/19, fora reconhecido o direito desses servidores de ter sua remuneração liberada do limite do teto vencimental. O Tribunal de Justiça do Ceará deferiu as reclamações ajuizadas, determinando que fossem pagos aos servidores os vencimentos independentemente do teto e em desrespeito ao disposto na EC/19.

³² Acerca disso, o Min. Gilmar Mendes afirmou, na ADPF-MC-33: "(...) a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial." (ADPF-MC-33, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 30 – conforme a contagem de páginas do arquivo em formato .pdf).

Contra essas reclamações foi impetrada a argüição nº 3. Contudo, a ação não foi conhecida. Na ADPF-QO-3, julgada em 18/05/2000, os Ministros consideraram que incidia in casu a cláusula de subsidiariedade; ou seja, havia outros meios eficazes para impugnar as decisões do TJ/CE³³.

Na ADPF-114, o Governador do Piauí impugnou decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Essas decisões determinaram o bloqueio de recursos repassados da União para o Piauí; os recursos se referiam a convênios celebrados entre o Estado e autarquias federais, para a construção de obras no Piauí. Os bloqueios foram determinados como forma de garantir o pagamento de obrigações trabalhistas da Companhia de Desenvolvimento do Piauí – COMDEPI (um dos órgãos envolvidos nos convênios celebrados).

Em decisão monocrática de 21/06/2007, o relator, Min. Joaquim Barbosa, conheceu a ação e deferiu o pedido de liminar. Ao examinar a admissibilidade da argüição, o Ministro considerou que a cláusula de subsidiariedade não representava, para o caso em tela, um obstáculo. Para isso, adotou uma interpretação do §1º do artigo 4º da Lei 9.882/99 que remonta ao entendimento firmado na ADPF-33.

Embora eu não tenha analisado, ao longo da pesquisa, a cláusula de subsidiariedade, percebi que, na ADPF-33, foi lançado um entendimento importante, seguido em algumas decisões posteriores³⁴. Como foi dito acima, em seu voto nessa argüição, o Min. Gilmar Mendes buscou delinear os pontos principais do instituto. No que se refere à subsidiariedade, o Ministro afirmou que ela deve ser encarada frente os outros instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade; ou seja, não cabendo ADI ou ADC, deve-se admitir o uso da ADPF. Essa posição se fundamenta na necessidade de o STF oferecer respostas amplas, gerais e imediatas para questões importantes que, de outra forma, poderiam se desdobrar em um grande número de processos³⁵.

³³ Os Ministros mencionam alguns dos meios pelos quais as decisões poderiam ser impugnadas. Não vou me deter nesse ponto, pois não é meu objetivo, nesta monografia, estudar a cláusula de subsidiariedade.

³⁴ Não tenho como avaliar o impacto desse entendimento na jurisprudência do STF, pois, como afirmei, não foquei minha pesquisa nessa questão.

³⁵ Essa posição já havia sido apresentada na ADPF-MC-33, julgada em 29/10/2003.

Seguindo essa interpretação da cláusula de subsidiariedade, o Min. Joaquim Barbosa conheceu a ADPF-114. Considerou que os outros meios à disposição do Governador do Piauí, para atacar as decisões impugnadas, não resolveriam o problema de maneira realmente eficaz. Além disso, o Ministro deferiu a liminar, suspendendo os efeitos das decisões que haviam bloqueado os recursos dos convênios entre a União e o Piauí³⁶.

Na ADPF-117, a Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL) impugnou decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Em Assembléia Geral Extraordinária da CNDL, foram promovidas alterações no estatuto social da Confederação. Algumas filiadas ajuizaram ações ordinárias em face dessas alterações: em primeira instância, foi decidido que as alterações eram inválidas. A CNDL recorreu dessas decisões e o TJDFT decidiu que as mudanças estatutárias eram válidas.

Posteriormente, as filiadas voltaram a ajuizar ações contestando as mudanças, e novamente foram consideradas inválidas as alterações do estatuto, sendo deferidas liminares para suspendê-las. A CNDL também recorreu dessas decisões, mas o TJDFT, dessa vez, manteve as decisões de primeira instância.

Diante dessas decisões díspares do TJDFT, a CNDL buscou o STF por meio da ADPF. Em decisão monocrática de 27/06/2007, o relator, Min. Sepúlveda Pertence, não conheceu a argüição, pois considerou que incidia in casu a cláusula de subsidiariedade³⁷; o Min. mencionou como precedente a ADPF-QO-3.

A CNDL interpôs agravo regimental contra essa decisão. Além disso, protocolou, em 09/08/2007, uma petição na qual requereu a concessão de liminar para suspender as eleições internas da diretoria da Confederação. Segundo a argüente, as decisões divergentes do TJDFT acerca da validade do estatuto social geraram um grave conflito no âmbito da Confederação, o que inviabilizaria a realização das eleições internas.

³⁶ Em sua decisão, o Ministro também determinou que “as Varas da Justiça do Trabalho do Piauí se abstenham de determinar bloqueios dessa natureza.” (ADPF-114, relator Min. Joaquim Barbosa, decisão de 21/06/2007).

³⁷ Vale notar que essa decisão (assim como a decisão do Min. Joaquim Barbosa na ADPF-114) é posterior ao julgamento da ADPF-33. Mas o Min. Sepúlveda Pertence não seguiu a tese do Min. Gilmar Mendes acerca da subsidiariedade.

Em 10/08/2007, o Min. Sepúlveda Pertence concedeu monocraticamente a liminar, apenas para suspender a realização das eleições. Quanto ao agravo, o Ministro fez uma observação que me parece interessante registrar:

“(...) o agravo regimental traz fundamentação que, apesar de não me convencerem pela reconsideração da decisão que proferi, demonstra aparente contradição no entendimento dos Ministros deste Tribunal quanto à aplicação do princípio da subsidiariedade da ADPF, o que torna indispensável a manifestação do Plenário.” (ADPF-117, decisão monocrática do Min. Pertence, de 10/08/2007)

Finalmente, em decisão monocrática de 16/10/2007, o Min. Eros Grau (que substituiu o Min. Pertence na relatoria da argüição), revogou a liminar concedida e restabeleceu a decisão de não conhecimento da ação. Para isso, invocou um dos argumentos do parecer da PGR: as decisões díspares impugnadas diziam respeito a problemas eminentemente privados, de interesses subjetivos da CNDL e de seus filiados. A questão a ser decidida na ADPF-117 não era relevante nem estava amparada em interesses públicos, não se justificando, portanto, o pronunciamento do STF em sede de controle concentrado.

Na ADPF-101, por fim, o Presidente da República impugnou uma série de decisões judiciais de diferentes Varas e Tribunais. Essas decisões, desrespeitando atos normativos que proíbem a importação de bens de consumo usados, permitiram a entrada de pneus usados no Brasil³⁸. Em decisão monocrática de 09/06/2008, a relatora, Min. Cármen Lúcia, conheceu a ação (sem fazer referências à cláusula de subsidiariedade). Afirmou tratar-se de questão relevante e complexa, em que o pedido de liminar e o mérito se confundiam (razão pela qual deveriam ser apreciados conjuntamente). Além disso, convocou uma audiência pública.

³⁸ Além de pedir a declaração de inconstitucionalidade e ilegitimidade das decisões atacadas, o argüente pediu também a declaração de constitucionalidade dos atos normativos desrespeitados pelas decisões.

Conclusões Parciais

De todo o exposto, parece-me possível sistematizar o seguinte:

a) decisões judiciais podem ser objeto de ADPF de duas maneiras: i) por meio do pedido de liminar, de acordo com o disposto no §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99, ou ii) por meio de uma impugnação que recai diretamente sobre as decisões;

b) a admissão de uma ADPF que ataca diretamente um conjunto de decisões depende de dois fatores: i) a interpretação da subsidiariedade e ii) a relevância da questão discutida nas decisões. Caso se faça uma interpretação do §1º do artigo 4º da Lei 9.882/99 que leve em conta todos os meios de acesso ao Judiciário existentes no ordenamento brasileiro, então a ADPF não será admitida (ADPF-QO-3); porém, se a cláusula de subsidiariedade for lida apenas em relação às ações do controle concentrado (ADI e ADC), então a ADPF pode ser admitida (ADPF-114). Além disso, caso se considere que a questão discutida nas decisões impugnadas não envolve o interesse público, a ADPF não será conhecida (ADPF-117);

c) o STF ainda não julgou o mérito de nenhuma ADPF que tenha como objeto um conjunto de decisões judiciais. Para analisar a dinâmica do julgamento de uma ação nesses moldes, é preciso acompanhar a jurisprudência do tribunal, em especial o julgamento de mérito das ADPFs 101 e 114.

5. PRECEITO FUNDAMENTAL

5.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

No que se refere aos preceitos fundamentais, parece-me interessante registrar, primeiramente, que os Ministros do STF reconhecem que cabe a eles a função de concretizar o significado da expressão “preceito fundamental”. Nesse sentido, na ADPF-QO-1, o Min. Néri da Silveira afirmou:

“(…) ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental, cujo desrespeito pode ensejar a argüição regulada na Lei 9.882, de 3.12.1999.” (ADPF-QO-1, voto do Min. Néri da Silveira, p. 10 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf – grifo no original)

No universo de argüições pesquisadas, não houve nenhuma que foi inadmitida porque o dispositivo tido por lesado não foi considerado um preceito fundamental. Pode-se dizer que esse fato era previsível, tendo em vista o que foi dito no início deste trabalho a respeito do desafio representado pela identificação dos dispositivos fundamentais da Constituição³⁹.

Não obstante essa tendência do tribunal de não deixar de acolher, na condição de preceitos fundamentais, os dispositivos apontados como lesados pelos argüentes, parece-me útil enumerar as normas que o STF já apontou expressamente como sendo preceitos fundamentais. A seguir, indico o número da argüição e os dispositivos nela qualificados como fundamentais pelos Ministros:

- a) ADPF-4: artigo 7º, IV da CF/88;
- b) ADPF-33: artigos 60, §4º, I e 7º, IV da CF/88⁴⁰;

³⁹ Vide item 3.1. deste trabalho.

⁴⁰ O Min. Gilmar Mendes apontou também a segurança jurídica como um preceito fundamental da Constituição; porém, não indicou o fundamento jurídico desse preceito. Para o Ministro, a ADPF pode ser importante para a proteção da segurança jurídica, na medida em

- c) ADPF-46 (voto do Min. Marco Aurélio): artigos 1º, IV; 5º, XIII; 170, caput, IV e parágrafo único da CF/88;
- d) ADPF-47: artigo 7º, IV da CF/88;
- e) ADPF-53: artigo 7º, IV da CF/88;
- f) ADPF-54: artigos 1º, IV; 5º, II; 6º, caput e 196 da CF/88.
- g) ADPF-79: artigos 5º, II; 7º, IV; 37; 60, §4º, I da CF/88
- h) ADPF-114: artigos 37; 71, VI; 157 a 162 da CF/88;
- i) ADPF-126: artigos 5º, XX e 8º, V da CF/88;
- j) ADPF-130: artigos 1º, parágrafo único; 5º, IV, V, IX e XXXIII, e o Capítulo V do Título VIII (artigos 220 a 224) da CF/88.

Como se observa da lista acima, todos os preceitos fundamentais apontados são preceitos constitucionais. Embora, em tese, seja possível a alegação de lesão de um preceito decorrente da Constituição⁴¹, o STF ainda não prolatou nenhuma decisão em que tenha lidado com essa possibilidade.

Quanto às razões indicadas pelos Ministros para declarar o caráter fundamental de determinado preceito, não identifiquei nenhum padrão que pudesse constituir um método de reconhecimento de preceitos fundamentais. Assim, por exemplo, na ADPF-MC-4, o Min. Néri da Silveira considerou que o artigo 7º, IV da CF/88 é preceito fundamental “por sua natureza e destinação, enquanto direito social com imediata relação aos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito” (ADPF-MC-4, voto do Min. Néri da Silveira, p. 35 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf).

Já na ADPF-46, o Min. Marco Aurélio considerou que os dispositivos considerados lesados eram fundamentais por serem “essenciais à ordem constitucional vigente, configurando princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil” (ADPF-46, voto do Min. Marco Aurélio, p. 20 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf).

Na ADPF-126, por sua vez, o Min. Celso de Mello apresentou duas razões por que os artigos 5º, XX e 8º, V da CF/88 são preceitos fundamentais. Primeiramente, aduziu o “inquestionável sentido de fundamentalidade” desses dispositivos, que seriam, por natureza, preceitos

que constitui um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, que visa oferecer respostas amplas, gerais e imediatas para questões jurídicas relevantes.

⁴¹ Vide item 3.1. deste trabalho.

fundamentais. Além disso, afirmou que, na CF/88, ao contrário do que previsto em outras Constituições, a liberdade de associação não pode ser suprimida em nenhuma hipótese, nem mesmo durante o estado de sítio⁴². Por esses motivos, as normas referidas seriam preceitos fundamentais.

Parece-me não haver, portanto, a preocupação de elaborar uma metodologia de reconhecimento dos preceitos fundamentais da Constituição (excetuando a posição do Min. Gilmar Mendes na ADPF-33, que será vista a seguir). Ora os Ministros alegam que um determinado preceito é fundamental por sua própria natureza, sem desenvolver o sentido preciso dessa afirmação. Ora empregam termos sinônimos para explicar o porquê da “fundamentalidade” do preceito: assim, o preceito é fundamental porque é essencial, basilar ou “estrutural em nosso sistema constitucional”⁴³.

Dessa forma, constatei que em nenhuma decisão houve a preocupação de enumerar exaustivamente os preceitos fundamentais a serem tutelados via ADPF. Em diferentes ocasiões, os Ministros afirmaram que a leitura dos preceitos é casuística: depende das circunstâncias do caso e dos dispositivos considerados lesados. Nesse sentido, vale transcrever o que o Min. Sepúlveda Pertence registrou em seu voto na ADPF-33:

“(…) em relação ao qual [o preceito fundamental], evidentemente, se deixou uma margem de concretização ao Tribunal para, em cada caso, verificar ou não a presença de um preceito fundamental em causa.” (ADPF-33, voto do Min. Sepúlveda Pertence, p. 57 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf – grifei).

Ainda assim, como afirmei acima, não houve nenhum caso em que se considerou que o dispositivo tido por lesado não era um preceito fundamental. Caso excluísse algum dos dispositivos constitucionais da

⁴² Nas palavras do Ministro: “(…) ao contrário do que dispunha a Carta anterior, nem mesmo durante a vigência do estado de sítio se torna lícito suspender o exercício concreto dessa prerrogativa essencial [a liberdade de associação].” (ADPF-126, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, de 19/12/2007 – suprimi os grifos do original).

⁴³ Conforme justificativa apresentada pelo Min. Nelson Jobim ao deferir a liminar da ADPF-79.

categoria de preceito fundamental, o STF assumiria o risco de classificar as normas constitucionais em fundamentais ou não, hierarquizando-as.

Na própria ADPF-33 (em que o Min. Sepúlveda Pertence apontou a leitura casuística), foi lançada uma idéia que permite ao STF se esquivar da tarefa de elencar um rol delimitado de preceitos fundamentais.

5.2. PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ADPF-33

Na ADPF-33, julgada em 07/12/2005, foram defendidas duas posições acerca dos preceitos fundamentais que merecem registro: as teses do Min. Gilmar Mendes e do Min. Carlos Britto.

O Min. Carlos Britto, ao indicar quais são os preceitos fundamentais da Constituição, partiu de duas premissas: i) baseado no artigo 29 da CF/88⁴⁴, o Ministro afirmou que preceitos e princípios são categorias distintas; ii) para o Ministro, só é fundamental aquilo que a própria Constituição qualifica como fundamental. Logo, apenas as normas do Título I (Dos Princípios Fundamentais) e do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) podem ser encaradas como fundamentais, pois o texto constitucional apenas utiliza o termo fundamental nesses dois Títulos.

Contudo, como preceitos e princípios são distintos, então os preceitos fundamentais só podem estar contidos no Título II da Constituição, já que o Título I se refere aos princípios fundamentais. Assim, o Min. Carlos Britto afirmou que a ADPF só é cabível para tutelar os dispositivos do Título II da CF/88: “Eu restrinjo o âmbito material da ADPF à defesa de preceitos que a Constituição designa por fundamentais, não princípios” (ADPF-33, voto do Min. Carlos Britto, p. 51 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf).

Essa é uma posição bastante isolada, que não repercutiu no Supremo. O próprio Min. Carlos Britto não a seguiu: ao deferir monocraticamente a liminar da ADPF-130, o Ministro afirmou que o artigo 1º, parágrafo único e todo o Capítulo V do Título VIII da CF/88 são

⁴⁴ O Ministro não esclareceu o motivo por que se baseou nesse dispositivo. A redação da norma em questão é a seguinte: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)” (grifei).

preceitos fundamentais (e esses dispositivos, evidentemente, não estão incluídos no Título II da CF/88).

O Min. Gilmar Mendes defendeu uma posição mais interessante⁴⁵. Para o Ministro, embora seja difícil apontar os preceitos fundamentais da Constituição, há três grupos de normas que são claramente fundamentais: os direitos e garantias individuais (como os consignados no artigo 5º), as cláusulas pétreas (artigo 60, §4º) e os chamados “princípios sensíveis” (artigo 34, VII), que são aqueles cuja violação pode levar à intervenção federal nos Estados.

O Ministro não demonstrou a razão por que esses três conjuntos normativos são preceitos fundamentais. Contudo, defendeu uma idéia que é necessário registrar:

“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. (...) a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional (...)” (ADPF-33, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 15 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf – grifei).

Mais à frente, o Ministro ainda afirmou que um preceito fundamental não pode ser encarado isoladamente, mas em conjunto com as “regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio”⁴⁶.

A posição defendida pelo Min. Gilmar Mendes ilustra, a meu ver, uma leitura sistemática da Constituição. Essa leitura permite ao intérprete incluir todas as normas constitucionais na categoria de preceitos fundamentais, mediante o esforço argumentativo de estabelecer relações entre os diferentes dispositivos da Constituição. Assim, constitui uma ferramenta para enfrentar o desafio imposto ao STF, a quem coube, diante da vagueza

⁴⁵ Essa posição já havia sido anteriormente apresentada, quando do julgamento da ADPF-MC-33, em 25/11/2002.

⁴⁶ Vale notar que o Ministro defendeu um conceito de preceito fundamental que não se atenha à distinção entre princípios e regras.

da CF/88 e da Lei 9.882/99, apontar um grupo de preceitos como fundamentais.

Dentre as arguições analisadas, constatei a utilização dessa ferramenta da leitura sistemática em algumas decisões. Assim, na ADPF-MC-4, já acima referida, o Min. Néri da Silveira aludiu à “imediata relação” do artigo 7º, IV da CF/88 com os “fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito” (ADPF-MC-4, voto do Min. Néri da Silveira, p. 35 – conforme contagem de páginas do arquivo em formato .pdf).

Na ADPF-76, o argüente (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) apontou como lesado o artigo 94 e parágrafo único da CF/88 (os quais regulam o chamado “quinto constitucional”). Em decisão monocrática de 13/02/2006, o relator, Min. Gilmar Mendes, embora tenha negado seguimento à ação (por razões que não tangenciam o objetivo desta monografia), fez uma breve referência ao dispositivo considerado lesado: afirmou que a caracterização do “quinto constitucional” como preceito fundamental “exige, preliminarmente, a identificação da conformação dessa categoria na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.” (ADPF-76, relator Min. Gilmar Mendes, decisão de 13/02/2006).

Na ADPF-114, o argüente (Governador do Piauí) indicou como lesado o artigo 167, VI e X da CF/88 (dispositivos referentes à execução orçamentária da administração pública). Em decisão monocrática de 21/06/2007 (a qual foi abordada acima), o relator, Min. Joaquim Barbosa, examinando a norma apontada pelo argüente, considerou que, embora em si mesma essa norma não constituísse preceito fundamental, estava ligada a dispositivos essenciais da Constituição. Vale observar o que afirmou o Ministro:

“Não que essa regra [artigo 167, X], isoladamente considerada, seja por si só, um preceito fundamental que mereça amparo pela via da ADPF. Mas sugere, concretamente, um desígnio maior da Constituição Federal, no que exige a concretização de outras garantias. Em exame preliminar, entendo que essa norma constitucional revela num ponto específico a conjunção de outros

princípios entre os quais identifico (...)”⁴⁷ (ADPF-114, relator Min. Joaquim Barbosa, decisão de 21/06/2007)

É interessante observar como, nas decisões acima mencionadas, foi utilizada a idéia de relação, conexão, conjunção de sentido. Parece-me que, por meio dessa leitura sistemática e abrangente, os Ministros tornam possível incluir todas as normas constitucionais, de alguma maneira, na categoria de preceito fundamental: seja porque a norma é diretamente um preceito fundamental, seja porque está ligada a um preceito fundamental.

⁴⁷ Os princípios identificados pelo Ministro foram enumerados no item 5.1. desta monografia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, observei a maneira como o STF enfrenta os temas atos do Poder Público e preceito fundamental em sede de ADPF. Para realizar essa análise, prescindí das classificações e entendimentos da doutrina, concentrando-me na jurisprudência já construída pelo Supremo. Trabalhei exclusivamente com as decisões, buscando organizá-las, sistematizá-las e extrair delas informações úteis, que ajudem a apontar as formas como o instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental vem sendo delineado pelo Supremo Tribunal Federal.

Acredito que o meu trabalho traz contribuições em dois planos.

Primeiramente, de forma pontual, mapeei alguns entendimentos do tribunal. Registrei esses resultados nas conclusões parciais inseridas ao final de alguns itens. Assim, no item 4.1., apresentei algumas espécies de atos cuja impugnação o STF já rejeitou em sede de ADPF e expliquei as razões pelas quais esses atos foram inadmitidos. No item 4.2., elenquei algumas argüições ajuizadas em face de atos municipais; contudo, não pude analisar essa modalidade de ato, pois ainda não foi julgada pelo Supremo nenhuma ADPF cujo objeto fosse um ato municipal.

No item 4.3., analisei a abordagem do tribunal em relação a argüições que atacam atos pré-constitucionais. Já no item 4.4., apresentei as ADPFs que tiveram por objeto decisões judiciais, distinguindo as formas como a impugnação de conjuntos de decisões pode ocorrer. Finalmente, no item 5., tratei dos preceitos fundamentais: além de enumerar os dispositivos já expressamente apontados como preceitos fundamentais pelo STF, também analisei a maneira como o tribunal tem lidado com a função de concretizar o conteúdo da expressão “preceito fundamental”.

Em segundo lugar, de forma mais genérica, acredito que os resultados da minha pesquisa permitem afirmar que o STF tende a manejar a ADPF como um instrumento de centralização jurisdicional. Isso decorre de dois fatores observados no universo de argüições estudadas: i) a impugnação de decisões judiciais via ADPF e ii) a leitura sistemática da CF/88, por meio da chave das “conexões de sentido” de que o Min. Gilmar Mendes falou na ADPF-33.

No que concerne o primeiro ponto, é importante notar que o STF já acionou em algumas ocasiões a ferramenta da liminar da ADPF, como prevista no §3º do artigo 5º da Lei 9.882/99. Com isso, suspendeu o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais que versavam sobre os atos impugnados nas arguições que tiveram suas liminares deferidas. Além disso, ao conhecer ADPFs que atacam diretamente conjuntos de decisões judiciais, o STF sinaliza a intensificação de sua atuação de Corte Constitucional, empenhada na elaboração de respostas gerais para problemas jurídicos relevantes, pacificando e uniformizando a jurisprudência.

Relativamente ao segundo ponto, parece-me que a leitura sistemática e abrangente da Constituição, abordada no item 5.2., gera dois resultados. O primeiro deles já foi apresentado: ao utilizar a idéia de “conexões de sentido” e “relações de interdependência”, o STF dribla o desafio de eventualmente caracterizar um preceito constitucional como não fundamental, o que representaria a emissão de um juízo sobre o trabalho do constituinte originário. Além disso, por meio da referida leitura sistemática, os Ministros podem incluir todas as normas constitucionais, direta ou indiretamente, na categoria de preceitos fundamentais, expandindo assim o objeto de tutela da ADPF, que passa a ser o texto constitucional na sua integralidade.

De qualquer forma, parece-me que essas conclusões constituem apenas o diagnóstico de uma tendência. A confirmação ou não desta dependerá do acompanhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

DIMOULIS, Dimitri. "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação", in Revista dos Tribunais, volume 832, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. "Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle de constitucionalidade", in Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Jus Podium, 2008.