

**A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL:
DELINEAMENTOS DA LEI N. 9.882/99: APTIDÃO PARA O QUESTIONAMENTO
DE ATOS FORMAL E MATERIALMENTE LEGISLATIVOS**

**THE ARGUMENTATION OF NONCOMPLIANCE OF FUNDAMENTAL PRECEPT:
DELINEATIONS OF LAW N. 9882/99: THE APTNESS FOR QUESTIONING
FORMAL AND MATERIALLY LEGISLATIVES ACTS**

Alexandre Walmott Borges*

Luciana Campanelli Romeu**

RESUMO: O artigo analisa a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua aptidão para questionar atos formal e materialmente legislativos. Estuda a arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos como foi delineada pela Lei n. 9.882/99, apresentando os tópicos identificadores deste instrumento processual como a legitimidade ativa, o parâmetro de controle utilizado, as modalidades (principal e incidental), a incidência do princípio da subsidiariedade e os efeitos de sua decisão. No artigo, Constata-se que se trata de instrumento da proteção da ordem constitucional no âmbito do contencioso objetivo, que visa o controle abstrato de constitucionalidade, seja em caráter principal, seja em caráter incidental. Conclui não ser possível seu cabimento para questionar atos formal e materialmente legislativos diante eventual violação à preceito fundamental, tendo em vista principiologia constitucional da partição funcional e orgânica dos poderes.

Palavras-chave: arguição de descumprimento de preceito fundamental. proteção da ordem constitucional. instrumento de controle abstrato de constitucionalidade. atos formal e materialmente legislativos. separação dos poderes.

ABSTRACT: This article analyses the arguing action of noncompliance of fundamental precept and its ability for questioning formal and materially legislatives acts. It studies the argumentation of noncompliance of the fundamental precept according to what was delineated by the Law n. 9882/99, bringing out the identifiers topics of this procedural instrument like active legitimacy, the parameter of control used, the modalities (principal and incidental), the incidence of the principle of subsidiarity and the effects of its decision. In the article, verifies that it is an instrument of protection of the constitutional order under the scope of the

* Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, professor da graduação e pós-graduação (especialização e mestrado), Coordenador do Mestrado em Direito Público CMDIP-FADIR-UFU. Professor Voluntário do Programa de Mestrado da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita- UNESP. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogado inscrito na 13ª Subseccional da OAB-MG.

** Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito do Estado pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), Orientadora da Pós-graduação do Curso Luiz Flávio Gomes (LFG) em vários cursos. Foi Professora de Direito Público do Centro Universitário Moura Lacerda e da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal, Advogada. E-mail: luciana.romeu@hotmail.com.

contentious objective which aims the abstract control of the constitutionality, either in principal character or in incidental character. It concludes not be possible its pertinence for questioning formal and materially legislatives acts before eventual violation to fundamental precept, in the view of the pertained constitutional principles of functional and organic partition of the powers.

Keywords: argumentation of noncompliance of fundamental. protection of the constitutional order. instrument of the abstract control of the constitutionality. formal and materially legislatives acts. separation of powers.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL SEGUNDO A LEI N. 9.882/99 – 2.1 Contexto em que se insere a lei n. 9.882/99 – 2.2 Legitimidade para arguir o descumprimento de preceito fundamental – 2.3 Parâmetro – 2.4 Modalidades: principal e incidental – 2.5 Subsidiariedade – 2.6 Objeto – 2.7 Julgamento e efeitos – 3 OS ATOS FORMAL E MATERIALMENTE LEGISLATIVOS COMO OBJETO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – 3.1 os atos formal e materialmente legislativos – 3.2 os atos formal e materialmente legislativos como objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental – 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo relacionado à teoria do Estado, mais especificamente, direito constitucional, com enfoque no controle de constitucionalidade. Tem como objeto a arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua aptidão para questionar atos formal e materialmente legislativos.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista na Constituição por norma de eficácia limitada, em que o poder constituinte originário se limitou a atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciá-la. Foi regulamentada pela Lei n. 9.882/99, que tendo em vista sua imprecisão semântica, gerou muitas controversas em relação a aspectos deste novel instituto, principalmente em relação a seu objeto e a finalidade do controle de constitucionalidade (concreto ou abstrato).

Analisamos a arguição, seu contexto atual no mundo jurídico, sua legitimidade ativa, o parâmetro utilizado, as suas modalidades (principal e incidental), a incidência do princípio da subsidiariedade, o seu objeto, o seu julgamento e respectivos efeitos. Ao longo desta análise, expressamos nossos entendimentos em relação às controversas geradas pela Lei n.

9.882/99, notadamente aquelas cujo posicionamento influencia na conclusão quanto ao cabimento ou não do instrumento em epígrafe para impugnar atos formal e materialmente legislativos.

Finalmente, a partir destes posicionamentos e tendo em vista a supremacia da Constituição, verificamos o cabimento ou não da arguição de descumprimento de preceito fundamental para impugnar atos formal e materialmente legislativos.

Concluimos não ser possível a utilização da arguição para questionar atos formal e materialmente legislativos diante eventual violação a preceito fundamental, sob pena de violação à cláusula pétrea da separação dos poderes.

Vale observar que a pesquisa foi realizada através de fontes bibliográficas e documentais - no caso, fontes documentais legislativas e jurisprudenciais.

2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL SEGUNDO A LEI N. 9.882/99

2.1 Contexto em que se insere a Lei n. 9.882/99

Inegável a evolução do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro nos últimos vinte anos. Esta mudança se inicia com a ampliação da legitimidade para propositura da ação direta de constitucionalidade (cujo monopólio era atribuído ao Procurador Geral da República) e criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988. Cinco anos após, a Emenda Constitucional n. 3, de 1993 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante. Onze anos após o novo Texto Fundamental, as Leis n. 9.868/99 (regulamentando o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade) e n. 9.882/99 (regulamentando o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental) trouxeram relevantes assuntos, consagrando entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre diversas questões. A Emenda Constitucional n. 45/2004, constitucionalizou o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade (antes previsto na Lei n. 9.868/99) e ampliou a legitimidade da ação declaratória de constitucionalidade. Tais mudanças alteraram de forma drástica a relação entre o controle concentrado e o difuso¹, de modo a reforçar o primeiro em detrimento do segundo.

¹ O controle difuso foi introduzido entre nós pela Constituição de 1891.

Nesse contexto, a Lei n. 9.882/99² veio regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, que reza: “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 nº 3, de 17/03/93).”³

Não há dúvidas de que se trata de uma norma de eficácia limitada, não autoaplicável, de aplicabilidade indireta e mediata⁴.

A Lei n. 9.882/99 delineou então a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento processual de controle de constitucionalidade que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, cujos legitimados são os mesmo da ação declaratória de inconstitucionalidade e os efeitos do julgamento, *erga omnes* e vinculante.

Esta legislação gerou muita polêmica, principalmente quanto à sua constitucionalidade. Foi inclusive, proposta a ação direta de inconstitucionalidade n. 2.231-8/DF,⁵ em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da sua íntegra.

O Relator desta ação, Ministro Néri da Silveira, acolheu em parte o pedido, para suspender, com eficácia *ex nunc* até o julgamento final da ação a vigência do artigo 5º, §3º, e conferiu interpretação conforme ao artigo 1º, parágrafo único, inciso I, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso.

No seu voto, o Ministro afirma que apesar desta suspensão e interpretação conforme, a Lei n. 9.882/99, “[...] não se esvazia, à evidência, permanecendo com as condições para regular, de forma completa, o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.” O julgamento plenário da liminar encontra-se pendente.

² A Comissão especial criada para elaborar o projeto de lei que originou o texto em estudo foi presidida por Celso Bastos, tendo como membros o ex-Ministro Oscar Dias Corrêa, Ives Gandra Martins, Arnold Wald, e o Ministro Gilmar Mendes.

³ Artigo 102, § 1º, da Constituição Federal.

⁴ Esse é o entendimento foi posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Agravo Regimental em Petição n. 1.140-7, Relator Ministro Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 31 de maio de 1996; STF, Petição n. 1.369-8, Relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 8 de outubro de 1997, p. 50.468). No mesmo sentido: PAGANELLA, Marco Aurélio. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade*. São Paulo: LTR, 2004. p. 78; NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 76. Não obstante, na doutrina, André Ramos Tavares defende que a norma constitucional é de eficácia imediata, porém, regulamentável (TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei 9.868/99 e Lei 8.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 96).

⁵ STF, AD-MC 2.231-DF, Relator Ministro Néri da Silveira, 17.12.2001.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já externou sua posição em relação ao debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.882/99 em duas situações. No julgado sobre a admissibilidade da ADPF n. 54, quando suscitada questão de ordem⁶, o Tribunal, por maioria, admitiu o cabimento da ação. E, ao julgar o mérito da ADPF n. 33⁷, o Tribunal, por maioria, rejeitou pedido de suspensão do julgamento da ação até o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade do instituto.

Além de que, o Supremo Tribunal Federal tem julgado inúmeras arguições de descumprimento de preceito fundamental,⁸ inclusive sobre temas de grande repercussão social como antecipação de parto em caso de gravidez com anencefalia fetal,⁹ registro eleitoral para candidatos que respondem a processos,¹⁰ fim da Lei de Imprensa,¹¹ interpretação mais clara da Lei de Anistia,¹² o monopólio dos Correios,¹³ a proibição de se importar pneus usados,¹⁴ adoção do sistema de cotas raciais pela Universidade de Brasília,¹⁵ vinculação do quadro de salários dos trabalhadores de autarquia ao salário mínimo.¹⁶

Analisaremos a seguir a arguição de descumprimento de preceito fundamental nos moldes em que foi desenhada pela lei que pretendeu regulamentá-la, apresentando nossos entendimentos em relação aos seus aspectos controvertidos, notadamente aquelas cujo posicionamento influencia na conclusão quanto ao cabimento ou não do instrumento em epígrafe para impugnar atos formal e materialmente legislativos.

⁶ STF, Tribunal Pleno, ADPF-QO 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 27.04.2005, publicado em 31.08.2007.

⁷ STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, 7.12.2005.

⁸ De 1993 até 29 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou as seguintes arguições de descumprimento de preceito fundamental: STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, 7.12.2005; STF, ADPF 47/PA, Relator Ministro Eros Grau, 7.12.2005; STF, ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Britto, 30.4.2009, STF, ADPF 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, 4 e 5.5.2011; STF, ADPF 156/DF, Relator Ministro Cármen Lúcia, 18.8.2011; STF, ADPF 187/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 15.6.2011, STF, ADPF/SP 102, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 16-05-2007; STF, ADPF/ n. 171, Relatora Ministra Rosa Weber, 24-06-2009; STF, ADPF 46/DF, Relator orig. Ministro Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Ministro Eros Grau, 3 e 5.8.2008, ADPF 144/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 6.8.2008; STF, ADPF 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, 28.4.2010; deferiu liminar nas seguintes arguições de descumprimento de preceito fundamental: STF, ADPF/AL 10, Relator Ministro Marco Aurélio, 13-09-2001; STF, ADPF/PI 53, Relator Ministro Gilmar Mendes, 06-05-2008; STF, ADPF 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012; STF, ADPF 77 MC/DF, Relator Ministro Menezes Direito, 24.10.2007; STF, ADPF 79 AgR/PE, Relator Ministro Cezar Peluso, 18.6.2007; STF, ADPF/PI 114, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 27-06-2007.

⁹ STF, ADPF 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.

¹⁰ STF, ADPF 144/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 6.8.2008.

¹¹ STF, ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Britto, 30.4.2009.

¹² STF, ADPF 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, 28.4.2010.

¹³ STF, ADPF 46/DF, Relator orig. Ministro Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Ministro Eros Grau, 3 e 5.8.2008.

¹⁴ ADPF 101/DF, Relator Ministro Cármen Lúcia, 24.6.2009.

¹⁵ ADPF 186/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012.

¹⁶ ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, 7.12.2005.

2.2 Legitimidade para arguir o descumprimento de preceito fundamental

Nos termos do artigo 2.º, inciso I, da Lei 9.882/99, podem propor a arguição os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade¹⁷, quais sejam, Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado e do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Vale observar que foi vetado o inciso II deste artigo 2.º, que previa também a legitimidade ativa para a arguição de “[...] qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, sob a justificativa de se conceder um acesso individual, direto e irrestrito ao Supremo Tribunal Federal é incompatível com o controle concentrado de constitucionalidade, e geraria uma elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Consta ainda na mensagem de veto que “[...] cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes.”¹⁸

¹⁷ Art. 103, I a IX, da Constituição Federal.

¹⁸ MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999 – “A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.” BRASIL. *Mensagem nº 1.807*, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 21/03/2013.

Não obstante, alguns doutrinadores criticaram o veto no sentido de que ele acaba por

[...] “esvaziar o instituto da arguição”¹⁹, concordamos com o Ministro Sydney Sanches que entende que “seria praticamente impossível, a uma só Corte, o controle da constitucionalidade ‘in abstracto’ de leis e actos normativos de aproximadamente cinco mil municípios.”²⁰

Ora, remanescendo como legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental apenas os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, resta-nos concluir que este instrumento foi confiado ao âmbito de um contencioso objetivo, mesmo quando se tratar da arguição incidental, conforme veremos no item 2.4.

2.3 Parâmetro

O parâmetro da arguição de descumprimento de preceito fundamental é "preceito fundamental decorrente da Constituição" e não qualquer norma da Constituição. Como a Constituição e a Lei n. 9.882/99 se omitiram em relação ao significado de preceito fundamental, sua delimitação restará fruto do trabalho da doutrina e, principalmente, da jurisprudência.

André Ramos Tavares entende que “Há de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável.”²¹

O mesmo autor elenca como preceito fundamental as cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º), os princípios sensíveis, os princípios fundamentais traduzidos em fundamentos (art. 1.º, CF), objetivos (art. 3.º) e princípios retores das relações internacionais (art. 4.º, CF)²².

Este rol nos parece o mais aceitável e o que tem sido adotado pela maioria da

¹⁹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 303.

²⁰ O Supremo Tribunal Federal do Brasil na Constituição de 1988. In: *Tribunal Constitucional: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, p. 50 apud TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: (Lei 9.868/99 e Lei 8.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 321, nota de rodapé 631.

²¹ TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: _____; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei n. 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 52.

²² TAVARES, André Ramos. *Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental*. 2000. 341 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000. p. 117.

doutrinadores, dentre eles Elival da Silva Ramos²³, Gilmar Ferreira Mendes²⁴ e Walter Claudius Rothenburg²⁵.

Vale observar que não aprofundamos a pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois o conceito de preceito fundamental não influencia no cabimento ou não da arguição para questionar atos formal e materialmente legislativos.

2.4 Modalidades: principal e incidental

Como vimos, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos moldes do artigo 1º²⁶, da lei que a regulamenta, terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (*caput*) e poderá dar ensejo ao questionamento de lei ou ato normativo em relação à preceito fundamental, tendo como parâmetro a Constituição Federal (parágrafo único, I).

A arguição será utilizada de forma autônoma (principal, direta) e também de forma incidental²⁷, a partir de situações concretas. Entendemos que a previsão dessas duas modalidades de arguição estão radicadas nesse artigo 1º, consideradas, para as duas, o *caput* e o parágrafo único, I.

Este não é o posicionamento da maioria dos doutrinadores que entendem que o *caput* do referido artigo 1º se refere à arguição autônoma e o seu parágrafo único à arguição incidental. Nesse sentido explica André Ramos Tavares:

²³ RAMOS, Elival da Silva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 124.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da n. Lei 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 129.

²⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 213.

²⁶ Lei n. 9.882/99, artigo 1º - “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; II – (VETADO).”

²⁷ Também admitem tratar-se de incidente de inconstitucionalidade doutrinadores como: TAVARES, André Ramos. *Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental*. 2000. 341 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000. p. 252; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 409; BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm>. Acesso em: 21/03/2013. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 301.

A arguição autônoma está presente no caput do art. 1.º da Lei da Arguição. Sua previsão dá-se nos seguintes termos: ‘A arguição prevista no § 1.º 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’. A apresentação desta modalidade, pois, ocorre direta e originariamente perante a Corte Suprema, sem qualquer outro processo judicial anterior. [...] Ao lado da denominada arguição autônoma há de se falar de uma segunda modalidade, a arguição incidental, paralela à um processo qualquer já instaurado e que surge em função deste.²⁸

Vale ressaltar que, não obstante entendimento em sentido diverso²⁹, o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja ela autônoma ou incidental, será feito sempre de forma abstrata.

Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galíàs de Souza Vargas parecem compartilhar desse nosso entendimento:

A regulamentação do art. 102, § 1º, da Lei Maior vem a preencher uma lacuna que se fazia sentir no ordenamento jurídico pátrio, pois cria uma ponte entre o sistema difuso e o concentrado, uma vez que a decisão proferida incidirá sobre os diversos processos em curso. Com isso, permite-se antecipar o deslinde de uma questão jurídica que percorreria a *via crucis* do sistema difuso até chegar ao Supremo Tribunal Federal, para então, após decisão definitiva, ser a mesma comunicada ao Senado Federal, que poderá suspender a eficácia da lei impugnada, para só então cessarem os efeitos da lei ou ato normativo inconstitucional. Através dos mecanismos da lei ora estudada, permite-se que sejam integrados os dois sistemas de controle, conferindo-se mais racionalidade e coerência ao sistema, uma vez que se permite decidir com eficácia *erga omnes*, incidindo diretamente sobre os processos em curso [...].³⁰

²⁸ TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: _____; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei n. 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 61. Nesse sentido, Juliano Taveira Bernardes entende que a arguição se caracteriza como instituto bivalente, pois funciona tanto como legítima ação sumária (arguição autônoma), de caráter processual autônomo, como incidente processual de inconstitucionalidade (arguição incidental) (BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm>. Acesso em: 21/03/2013. No mesmo sentido é a posição de Gustavo Binbenbom (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 191).

²⁹ Entende que a arguição incidental se trata de controle concentrado concreto e não abstrato: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 57.

³⁰ Revista de Direito Constitucional e Internacional, 30, 70-1 apud RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 118. (nota 20).

Assim, em relação à arguição incidental, o controle ocorrerá da mesma forma que no incidente de inconstitucionalidade do sistema de controle concentrado do Direito Europeu continental.

Nos países europeus de jurisdição concentrada quando surge questão prejudicial sobre a compatibilidade de ato legislativo com a Constituição, instaura-se incidente. Os autos são então remessados para a Corte Constitucional (cisão funcional vertical), que decidirá a matéria constitucional discutida, restituindo-os à jurisdição de origem, que dará prosseguimento no feito. O objeto do incidente é analisado em abstrato, apesar de serem levadas em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto, e, no caso de declaração de inconstitucionalidade, a esta se aplica a respectiva sanção com eficácia *erga omnes*.

Para Gilmar Mendes, a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio, pois completar o sistema de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal,³¹ de modo a torná-lo viável em relação às matérias que antes eram apenas suscetíveis de controle difuso como a interpretação direta de cláusulas constitucionais por juízes e tribunais, o direito pré-constitucional, o direito Municipal tendo como parâmetro a Constituição Federal. As situações imunes ao controle concentrado, nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes, “[...] tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada ‘guerra de liminares.’”³²

Acreditamos inclusive, que esta tenha sido a intenção do legislador ordinário, ao prever o requisito da subsidiariedade, mencionado a seguir.

2.5 Subsidiariedade

A subsidiariedade³³ da arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99³⁴, que diz não ser admitido este instrumento quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira.; GONET, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1288.

³² *Ibid.*, p. 1268, 1288, 1291, 1292

³³ No direito estrangeiro também obedece ao princípio da subsidiariedade a Verfassungsbeshwerde alemã e o recurso de amparo espanhol. (Cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 305).

³⁴ Lei 9.882/99, artigo 4º, § 1º - “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

Esta exigência é entendida restritivamente, relacionada às demais ações de controle concentrado de constitucionalidade.³⁵

Nota-se que esta foi a interpretação dada ao artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 pelo Supremo Tribunal Federal, na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 33³⁶.

2.6 Objeto

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos moldes da lei que a regulamenta, terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público³⁷, podendo também ser utilizada quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição³⁸.

Ela possui assim, finalidade preventiva ou repressiva. Assim, suas decisões de mérito poderão ser declaratórias, normalmente quando seu fim for a reparação, ou mandamentais, especialmente quando visar a prevenção de lesão a preceito fundamental.

³⁵ Autores renomados também defendem que a subsidiariedade diz respeito apenas às ações de controle concentrado de constitucionalidade. Fausto de França salienta que a referida norma tem por objetivo obstar a miscigenação entre o processo objetivo representado pela ADPF e uma lide em discussão na via difusa, evitando-se o uso da ADPF como apenas um recurso a mais (FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. *A coisa julgada inconstitucional e o seu controle por meio da ADPF. Boletim Jurídico*, Uberaba, ed. 113, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=496>>. Acesso em: 29 jan. 2012). Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira entende que “[...] que o princípio da subsidiariedade deve ser aplicado com cautelas, evitando-se a eliminação das possibilidades de propositura da arguição, sob pena de inconstitucionalidade, por violação ao art. 102, § 1º, da Constituição Federal” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 59). Zeno Veloso entende que a arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui “[...] remédio excepcional, último, extremo [...], sua utilização será possível em casos muito raros e limitados”. (VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 306). Alexandre de Moraes também defende que a arguição de descumprimento de preceito fundamental “não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica; interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 263). O Ministro Gilmar Mendes diz que “a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, a mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia” (MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração da inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 2, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm>. Acesso em: 21/03/2013).

³⁶ STF, ADPF 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 27.10.2006.

³⁷ Lei n. 9.882/99, artigo 1º, *caput* - “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

³⁸ Lei n. 9.882/99, artigo 1º, parágrafo único - “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Observa-se que a arguição é delineada, pois, como instrumento apto a solver controvérsias sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal, e tem como objeto mediato “ato do Poder Público”, expressão de significado amplo que inclui atos administrativos, atos jurisdicionais e atos legislativos.

Considerado o princípio da subsidiariedade, os doutrinadores discutem a possibilidade de utilização do instrumento em epígrafe para questionar, em face da Constituição Federal, eventual violação à preceito fundamental por direito pré-constitucional, inclusive por lei pré-constitucional maculada pela incompetência legislativa superveniente, por direito municipal, por mera interpretação judicial, por decisão judicial sem base legal (ou fundada em falsa base legal), por omissão legislativa, por ato regulamentar, por norma revogada, por veto do presidente do Poder Executivo, por medida provisória rejeitada, quando da sua vigência, por lei já declarada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, e, por proposta à emenda constitucional³⁹. Ventila-se ainda a possibilidade do maneja da arguição com a finalidade de pleitear a declaração de constitucionalidade de lei estadual e municipal, de maneira a preencher o quadro das “ações declaratórias”.

Dentro do nosso propósito de investigação, analisaremos, no item 3.2, apenas a possibilidade de questionar, mediante arguição, atos formal e materialmente legislativos de forma genérica, sem especificá-los diante o princípio da subsidiariedade.

2.7 Julgamento e efeitos

Nos termos do artigo 8.º da Lei 9.882/1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será julgada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria 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.

Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

³⁹ Estas são as hipóteses apresentadas por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, que me parece terem elencado a maioria, senão todas as situações pretendidas pela doutrina na identificação do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1288 - 1306).

As decisões em arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴⁰, nos moldes delimitados pela Lei n. 9.882/99⁴¹, geram efeitos vinculantes⁴² e *erga omnes*, nos termos do artigo 10, § 3.º, da Lei 9.882/99⁴³.

Ao prever estes efeitos o legislador ordinário procurar proporcionar maior efetividade à justiça propriamente dita (menos processos e mais celeridade, respeito ao princípio da isonomia, quando da igualdade de decisão para todos).

A eficácia *erga omnes* significa que a decisão do Pretório Excelso obriga a todos os destinatários da norma cuja constitucionalidade foi analisada. Trata-se de um consectário da natureza objetiva do processo, sem partes formais, cuja discussão visa a tutela do interesse público de forma geral⁴⁴. Ela obedece assim, à lógica dos instrumentos processuais destinados ao contencioso objetivo, da mesma forma que daqueles destinados à tutela dos interesses de larga escala social, interesses coletivos e difusos.

O efeito vinculante cria uma relação de subordinação, obrigando seus destinatários, demais magistrados ou funcionários e autoridades do Poder Executivo, a acatarem a tese adotada na decisão do Pretório Excelso, tomando as providências necessárias para que, no âmbito de suas atribuições, seja implementado o efeito contra todos.

Entendemos assim, que o efeito vinculante decorre do próprio sistema de controle abstrato, dada a eficácia e autoridade *erga omnes*, das decisões⁴⁵.

Eis o posicionamento de José Afonso da Silva:

O efeito vinculante relativamente à função jurisdicional dos demais órgãos do Poder Judiciário, portanto, já decorreria da própria afirmativa da eficácia contra todos, mas, assim mesmo, o texto quis ser expresso para alcançar também os atos normativos desses órgãos que eventualmente tinham sido objeto de uma decisão declaratória de constitucionalidade. Assim nenhum juízo ou Tribunal poderá conhecer de ação ou processo em que se postule

⁴⁰ Nos termos do artigo 12 da Lei n. 9.882/99, a decisão que julgar o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurível e não podendo ser objeto de ação rescisória. No entanto, caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

⁴¹ Lei n. 9.882/99, artigo 10, § 3º - “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

⁴² Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.231, o relator Ministro Néri da Silveira, reconheceu a constitucionalidade do efeito vinculante, previsto no artigo 10, §3º, da Lei n. 9.882/99, em voto no sentido de indeferir a liminar. A ação, até a presente data, aguarda julgamento. (STF, ADI-MC 2.231-DF, Relator Ministro Néri da Silveira, 5.12.2001).

⁴³ Lei 9.882/99, artigo 10, § 3º - “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

⁴⁴ Nesse sentido: STF, Rcl 6.064-MC, Relator Ministro Celso de Mello julgamento em 20-05-2008.

⁴⁵ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma que o efeito vinculante deveria decorrer automaticamente do sistema, dada a eficácia e autoridade *erga omnes* das sentenças proferidas nas ações diretas e declaratórias do controle abstrato (GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. Revista Forense, v. 341/7. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2005. p.120).

uma decisão contrária à declaração emitida no processo da ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal [...].⁴⁶

A atribuição destes efeitos ao julgamento da arguição também demonstra o escopo primordial de proteção da ordem constitucional deste instrumento processual, mesmo que, pretensões subjetivas venham a ser através dela, resguardadas, indiretamente.⁴⁷

3 OS ATOS FORMAL E MATERIALMENTE LEGISLATIVOS COMO OBJETO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1 Os atos formal e materialmente legislativos

Para a abordagem deste artigo, utilizamos o termo **atos formal e materialmente legislativos** pois nos referimos à lei em sentido formal e material, chamada por Elival da Silva Ramos de “lei veiculadora de normas gerais e abstratas”⁴⁸, e não apenas à lei em sentido formal.

Esta constatação é importante, pois, conforme Otto de Ignácio, para a doutrina jurídica atual, essencialmente dogmática e voltada para o Direito positivo, pode-se afirmar que o conceito de lei está baseado no seu aspecto formal, ou seja, nos órgãos competentes para editá-la e no procedimento previsto para isso.⁴⁹

Nesse sentido, afirma o Professor Elival da Silva Ramos⁵⁰:

Para o ordenamento jurídico brasileiro, lei, em nível federal é o ato elaborado, ordinariamente, pelo Congresso Nacional, com ou sem a participação do Presidente da República, ou apenas pelo Presidente da República, extraordinariamente, mediante delegação legislativa ou mediante a edição de medida provisória com força de lei, de acordo com os procedimentos previstos na Constituição (arts. 59 a 69 e 165), tendo por objeto normas gerais e abstratas ou individuais e concretas.

Eis o conceito de ato legislativo formal, cuja caracterização tem em vista os órgãos competentes para legislar (o Poder Legislativo e, no exercício extraordinário da função

⁴⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 63.

⁴⁷ Nesse sentido: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 328.

⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 194.

⁴⁹ Cf. OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1988. p. 102.

⁵⁰ RAMOS, op. cit., p.19.

legislativa, quando previsto expressamente na Magna Carta, os outros Poderes, Executivo⁵¹ e Judiciário⁵²) e o procedimento legislativo descrito na Constituição Federal. Há uma primazia dos elementos formais na formação deste conceito de lei, em detrimento de um conteúdo material quase que indiferente (normas gerais e abstratas ou individuais e concretas⁵³).

O ato materialmente legislativo é a norma legal geral e abstrata.

A generalidade a qual nos referimos está relacionada com os destinatários da lei. O ato materialmente legislativo não visa a um só indivíduo ou a uma única ação, ao dispor para pessoas genericamente determinadas, ele deve ser aplicado a todos.

A norma geral se contrapõe à individual que se destina a pessoa (s) determinada (s).

Interessante observar que a generalidade mencionada por Jean Jacques Rousseau, por ter duplo sentido, abarca o conceito de ato materialmente legislativo e o de ato formalmente legislativo que verificamos:

[...] a vontade geral, por ser realmente conforme, deve existir no seu objeto, bem como na sua essência; que deve partir de todos, para a todos ser aplicada⁵⁴ [...] quando todo o povo estatui sobre todo o povo, só a si mesmo considera; e se se forma então uma relação, é do objeto inteiro sob um ponto de vista ao objeto inteiro sob outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então, a matéria sobre a qual estatuímos passa a ser geral, como a vontade que estatui. A esse ato é que eu chamo uma lei. Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os vassallos em corpo e as ações como sendo abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular.⁵⁵

A norma abstrata se relaciona com o objeto da norma. Ela diz respeito a fato-tipo, ou melhor, condutas ou ações genericamente determinadas, e não a fatos concretos. Ela é descritiva e não prescritiva. Assim, se aplica à situação ocorrida após a sua edição, sempre que acontecer a situação prevista hipoteticamente. Quando retirada do ordenamento jurídico, ela perde este atributo, deixando de caracterizar ato formalmente legislativo.

A norma abstrata se contrapõe à concreta, que se refere em sua hipótese de incidência a uma determinada situação concreta, normalmente que já ocorreu.

⁵¹ O Poder Executivo legisla quando diante delegação legislativa ou por meio da edição de medida provisória com força de lei.

⁵² Entendemos que o Poder Judiciário atua como legislador negativo quando declara a inconstitucionalidade de ato formalmente e materialmente legislativo no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, conforme veremos no próximo item.

⁵³ Vale observar que Tércio Sampaio Ferraz Júnior entende que negar o caráter normativo das normas individuais e concretas constitui preconceito do século XIX. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 116-117).

⁵⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Ronaldo Roque da Silva. São Paulo: Cultrix. p. 43.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 48.

Entendemos que o Poder Legislativo, na sua função típica, editará sempre ato formalmente e materialmente legislativo, e, no exercício de função atípica, editará ato apenas formalmente legislativo, contendo normas individuais e concretas. Vejamos.

A separação dos poderes implica em uma distribuição de funções estatais a Poderes independentes, consistindo a função legislativa, de forma precisa, na elaboração, por meio de procedimento legislativo, de normas gerais e abstratas, subordinadas à Constituição Federal, em nível primário de produção legislativa⁵⁶.

Dessa forma, a edição de normas individuais e concretas pelas fontes legiferantes normais não caracteriza função típica legislativa, devendo, portanto, estar prevista de forma expressa na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade substancial. Trata-se do exercício de função administrativa em caráter excepcional pelo Poder Legislativo, o que possibilita a utilização de instrumentos de controle jurídico aplicáveis aos atos administrativos, como a ação popular⁵⁷.

Vale observar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime proferida no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade n. 643-6⁵⁸, firmou o entendimento de que leis exclusivamente formais não podem ser questionadas através de ação declaratória de inconstitucionalidade.

Assim, podemos citar como exemplo de previsão constitucional de edição de lei meramente formal pelo Poder Legislativo, o artigo 49, I⁵⁹. Este diz da competência do Congresso Nacional em relação ao decreto legislativo que resolve definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Outro exemplo é o artigo 165, III⁶⁰, que prevê a iniciativa do Poder Executivo para a lei orçamentária anual.

Elival da Silva Ramos explica de forma plausível a intenção do Legislador Constituinte ao prever a edição de atos meramente formais pelo Poder Legislativo:

⁵⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 206.

⁵⁷ A ação popular está prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, que reza: “[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]”

⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 193.

⁵⁹ Constituição Federal, artigo 49 – “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]”

⁶⁰ Constituição Federal, artigo 165 – “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] III - os orçamentos anuais.”

[...] em face da importância de certas matérias, submete-se ao regime jurídico próprio dos atos legislativos, com o que essas leis meramente formais adquirem superioridade hierárquica em face de atos normativos de caráter secundário.⁶¹

Não constitui, pois, ato materialmente legislativo, a lei revogada. Esta constitui apenas ato formalmente legislativo, já que com a revogação deixou de ser dotada de abstração.⁶²

Não caracterizam ato materialmente legislativo os atos administrativos que, ao criarem, modificarem ou extinguiem direitos, operam no âmbito concreto, bem como os atos tipicamente jurisdicionais, por estarem despidos das notas de abstração e de generalidade. Ambos também não estão incluídos no conceito de ato formalmente legislativo porque não preenchem os requisitos formais necessários.

3.2 Os atos formal e materialmente legislativos como objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Como vimos, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, da forma como desenhada pela Lei n. 9.882/99, constitui instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, confiada a um contencioso objetivo, com finalidade de proteção da ordem constitucional, apesar de, na arguição incidental, também resguardar pretensões subjetivas.

No controle abstrato, diante a inconstitucionalidade de ato formal ou materialmente legislativo, o Judiciário declara a invalidade de ato de outro poder do Estado (Poder Legislativo e Poder Executivo, quando no exercício do poder hierárquico).

Assim, ao analisar o controle abstrato de constitucionalidade de atos material e formalmente legislativos, o Professor Elival da Silva Ramos apesar de defender que ele é ínsito à função jurisdicional, reconhece sua semelhança com a atividade legislativa:

[...] se, por um lado, pode e deve ser caracterizado como integrante da função jurisdicional (aplicação do direito, no caso, de porte constitucional, a uma situação fática, no caso, consubstanciada no ato legislativo editado), de outro, aproxima-se, e muito, da função legislativa, merecendo a inclusão em categoria específica no plano das funções estatais, que em outras passagens,

⁶¹ RAMOS, op. cit., p. 21.

⁶² Ibid., p. 15 -22.

procuramos identificar como função de controle jurídico da atividade legislativa.⁶³

Hans Kelsen já comparava o controle de constitucionalidade com a atividade legislativa, ao afirmar que a lei inconstitucional “pode ser revogada não só pelo processo comum, pelo qual *lex posterior derogat priori*, mas também por meio de “um processo especial, previsto na Constituição”⁶⁴.

Entendemos que o controle abstrato de constitucionalidade de atos material e formalmente legislativos constitui exercício excepcional da função legislativa realizada pelo Poder Judiciário, que, nesse caso, atua como legislador negativo.

Ora, como o seu exercício não é ínsito à atividade jurisdicional, deve estar previsto no corpo da Constituição, de forma clara e expressa⁶⁵, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes⁶⁶, cláusula pétreia, prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal⁶⁷.

Eis o entendimento externado pelo eminente Ministro José Carlos Moreira Alves na qualidade de Relator do recurso extraordinário n. 109098:

[...] o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido – como sucede no Brasil – ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle *incidenter tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), ínsito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato dos outros poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os poderes devem guardar obediência. (...) Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente

⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 229-230.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p. 367.

⁶⁵ Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 645-646; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 236, nota de rodapé 48; RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331.

⁶⁶ Tendo sua previsão no artigo 16.9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, este princípio foi consagrado em todas as Constituições dos séculos XVIII e XIX. A Constituição Federal, no seu artigo 2º, prevê dentre os postulados basilares da República Federativa Brasileira, a tripartição dos Poderes, independentes e harmônicos entre si. Na verdade, existe uma tripartição das funções estatais (teoria de Montesquieu), segundo a qual cada um dos poderes exerce a sua função típica e, em caráter excepcional, algumas funções dos outros poderes (interpenetração dos poderes ou, sistema de freios e contrapesos), denominadas atípicas. A finalidade da previsão da separação de poderes foi evitar o arbítrio e garantir a liberdade do cidadão, com a previsão da reciprocidade de controle, exercitado inclusive pelos juízes e Tribunais (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 414).

⁶⁷ Constituição Federal, artigo 60, § 4º - “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes [...]”

em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria constituição, como consecutório, aliás, do princípio da harmonia e independência dos poderes do Estado.⁶⁸

Dessa forma, em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, como não há qualquer previsão constitucional caracterizando-a como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de atos material e formalmente legislativos, não poderia o legislador ordinário pretender extrair de norma dotada de anemia semântica, qual seja, artigo 102, § 1º, da Constituição, este entendimento, sob pena de alargar o rol das exceções ao princípio da separação dos Poderes e à independência dele advinda para o desempenho funcional dos outros agentes e órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Por isso, diante a necessidade de previsão constitucional expressa de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de atos material e formalmente legislativos, a caracterização pelo legislador ordinário da arguição de descumprimento de preceito fundamental como tal, está contaminada pelo vício de inconstitucionalidade material,⁶⁹ violando o princípio da separação dos poderes, núcleo normativo que não comporta alterações supressivas, base do Estado Democrático de Direito.

Cumprir destacar que a divisão orgânica e funcional de órgãos e poderes, na Constituição brasileira, não comporta uma visão essencialista ou o desenho de uma espécie de círculos, ou de uma geometria da partição funcional, entre os órgãos e os poderes. Na verdade, como já detectado por Ville⁷⁰, o constitucionalismo contemporâneo, inclusive o constitucionalismo brasileiro, utiliza-se da teoria da separação como uma tradição teórica e institucional, sem que se possa afirmar que exista um sistema coerente e essencial. Para Ville⁷¹, a separação de poderes é um aglomerado de teorias como a teoria do governo misto, a teoria de freios e contrapesos, e uma boa quantidade de construções institucionais históricas: os parlamentos, a estrutura administrativa do Estado de Bem-estar, entre tantos.

Para Ville⁷², e este elemento é fundamental à conclusão deste trabalho, a separação funcional e orgânica dos órgãos e poderes estatais é, sobretudo, uma forma de limitação das

⁶⁸ RE 109098, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/1987, DJ 11-03-1988 PP-04745 EMENT VOL-01493-03 PP-00440.

⁶⁹ Nesse sentido: RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 120.

⁷⁰ Cf. VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2nd. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

atividades estatais. Ao se mencionar atividades estatais, inclui-se o poder Judiciário. Assim, extravasar o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental é forma de descontrole funcional e ilimitação de um órgão estatal. Especialmente, como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de atos material e formalmente legislativos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista na Constituição por norma de eficácia limitada, foi regulamentada pela Lei n. 9.882/99, que causou muitos questionamentos em relação à sua constitucionalidade e interpretações contrárias das suas normas pelos juristas, notadamente em relação a seu objeto e a finalidade do controle de constitucionalidade (concreto ou abstrato).

A Lei n. 9.882/99 caracterizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de controle de constitucionalidade que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, expressão esta última que abrange atos administrativos, atos jurisdicionais e atos legislativos.

A restrição dos legitimados ativos aos mesmos da ação declaratória de inconstitucionalidade e a previsão de efeitos *erga omnes* e vinculante ao julgamento, deixa claro que se trata de instrumento de proteção da ordem constitucional, confiado ao âmbito de um contencioso objetivo, mesmo que pretensões subjetivas venham a ser resguardadas através da arguição incidental e da autônoma, que nesse último caso o será de forma indireta.

O controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja ela autônoma ou incidental, modalidades radicadas no artigo 1º, ambas no seu *caput* e no seu parágrafo único, I, será feito sempre em abstrato. No caso da arguição incidental, o controle será realizado da mesma forma que o é pela Corte Constitucional dos países europeus de jurisdição concentrada, onde há uma cisão funcional vertical.

No controle abstrato, diante a inconstitucionalidade de ato formal ou materialmente legislativo, o Judiciário declara a invalidade de ato de outro poder do Estado, seja do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, quando no exercício do poder hierárquico.

Constitui ato formalmente legislativo aquele editado pelo órgão constitucionalmente competente, através de procedimento legislativo previsto na Constituição. Já o ato materialmente legislativo se caracteriza por veicular norma legal geral (dispõe para pessoas

genericamente determinadas) e abstrata (prevê condutas ou ações genericamente determinadas).

Dessa forma a edição de ato formalmente e materialmente legislativo consiste em função típica legislativa atribuída, na distribuição de funções estatais, ao Poder Legislativo.

O controle abstrato de constitucionalidade de ato formalmente e materialmente legislativo caracteriza a atuação atípica do Judiciário como legislador negativo, situação que representa exceção ao princípio da separação dos poderes e, por isso, deve estar contida no corpo da Constituição, de forma clara e expressa, sob pena de violação à separação dos poderes, verdadeira cláusula pétrea.

Assim, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição Federal, não poderá ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, os atos material e formalmente legislativos.

Entretanto, é viável o questionamento por arguição dos atos legislativos meramente formais, como os atos administrativos, despidos das notas de abstração e da generalidade, e, a lei revogada, que, com a revogação passa a não ser dotada de abstração, não constituindo disposição legal em sentido material.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm>. Acesso em: 21/03/2013.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. *Mensagem nº 1.807*, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 21/03/2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANÇA JÚNIOR, Fausto F. de. A coisa julgada inconstitucional e o seu controle por meio da ADPF. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ed. 113, 10 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=496>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração da inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 2, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/arguides.htm>. Acesso em: 21/03/2013.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

OTERO, Paulo Manoel Cunha da Costa. *Ensaio sobre caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1988.

PAGANELLA, Marco Aurélio. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade*. São Paulo: LTR, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Ronaldo Roque da Silva. São Paulo: Cultrix.

SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência: pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21/03/2013.

TAVARES, André Ramos. *Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental*. 2000. 341 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: (Lei 9.868/99 e Lei 8.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: _____.; ROTHENBURG, Walter Claudius. (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei n. 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2nd. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.