

# A LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

## L'AMPIA LEGITTIMITÀ ATTIVA DELL'ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Marcus Vinicius Bachiega<sup>1</sup>

### RESUMO

Abordamos inicialmente a origem da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no artigo 102, §1º, da Constituição Federal de 1988, como instrumento de controle de constitucionalidade inspirado em institutos semelhantes de tutela de direitos fundamentais de outros países. Em seguida, tratamos do advento da Lei nº 9.882/99, a qual veio regular o referido dispositivo constitucional, cujo projeto aprovado no Congresso Nacional, no aspecto da legitimidade ativa popular prevista no inciso II, do artigo 2º, foi alvo de veto presidencial. Sustentamos que o referido veto acabou frustrando os propósitos da ADPF, notadamente a modalidade accidental, divorciando-a de seus semelhantes estrangeiros. Mostramos que parte da doutrina nacional buscou interpretar sistematicamente a Lei nº 9.882/99, a fim de tentar devolver à ADPF a referida legitimidade ampla, o que, conquanto entendamos insuperável do veto, atende ao escopo dessa ação de jurisdição constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arguição; Preceito; Fundamental; Legitimidade; Popular; Veto.

### RIASSUNTO

Abbordiamo inizialmente l'origine dell'*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) nell'articolo 102, §1º, della Costituzione Federale del 1988, come strumento di controllo di costituzionalità ispirato su analoghi istituti di tutela di diritti fondamentali in altri paesi. In seguito, trattiamo dell'avvento della legge nº 9.882/99, la quale è venuta a regolare la riferita norma costituzionale, cui progetto approvato nel Congresso Nazionale, sotto l'aspetto della legittimità attiva popolare prevista nell'inciso II, dell'articolo 2º, è stato oggetto di veto presidenziale. Sosteniamo che tale veto ha soltanto frustrato gli scopi dell'ADPF, in particolare la modalità accidental, divorziandola dai suoi simili stranieri. Mostriamo che parte della dottrina nazionale ha cercato di interpretare sistematicamente la legge nº 9.882/99 con lo scopo di restituire all'ADPF detto ampia legittimità, con ciò capiamo l'insuperabile veto, trova l'ambito de quest'azione di giurisdizione costituzionale.

**PAROLE CHIAVE:** Arguição; Preceito; Fundamental; Legittimità; Popolare; Veto.

## 1. INTRODUÇÃO

Inovando no sistema de controle de constitucionalidade, a Constituição Federal de

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie (1999); Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru/SP; Especialista em Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru/SP; Especialista em “Grandes Transformações do Processo” pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL; Docente na Instituição Toledo de Ensino – ITE, Botucatu/SP; Juiz de Direito do Estado de São Paulo.

1988 trouxe em seu artigo 102, §1º, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF):

*§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.*

Embora não figurasse no denominado *Projeto A* da Constituição Federal, após a emenda coletiva nº 2P02040-2 a ADPF passou a figurar no parágrafo único do artigo 126, entre as competências do Supremo Tribunal Federal. O *Projeto B* manteve-a, desta vez no parágrafo único do artigo 108, vindo a ser incorporada ao texto promulgado (TAVARES, 2001, p. 16-20).

Posteriormente, a Revisão Constitucional de 1993 transformou o original parágrafo único do artigo 102 em parágrafo primeiro, devido ao acréscimo de outros dois parágrafos ao referido artigo.

Segundo Mendes (2013, p. 1214), a ADPF veio preencher as lacunas do sistema de controle de constitucionalidade, notadamente quanto ao direito municipal, ao direito pré-constitucional e aos atos concretos do Poder Público:

*As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição. É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que 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”.*

Esse também é o sentir de Tavares (*op. cit.*, p. 282):

*O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental é justamente a análise da compatibilidade do comportamento estatal tendo como parâmetro as normas constitucionais fundamentais. Incluem-se os atos normativos e os atos administrativos ou jurisdicionais, e até atos estatais materiais.*

*Pretende-se, por meio dessa novel ação, a impugnação de qualquer comportamento estatal que revele a desobediência a uma especial norma constitucional (preceito constitucional).*

*A possibilidade de arguição de descumprimento vem colmatar uma verdadeira lacuna existente no atual sistema de controle de constitucionalidade.*

A ADPF se assemelha a alguns institutos há muito já existentes no direito estrangeiro, dos quais destacaremos os mais relevantes. Porém, como se verá adiante, quanto à legitimidade ativa acabaram se distanciando sensivelmente.

O *Verfassungsbeschwerde*, que se pode traduzir como *queixa constitucional* ou *recurso constitucional*, está previsto em lei desde 17 de abril de 1951 da República Federal da Alemanha e foi recepcionado em 29 de janeiro de 1969 no artigo 93, alínea 1, n. 4a, da Constituição Federal daquele país. Cuida-se, em síntese, de instrumento acessível a qualquer pessoa física ou jurídica, a qual, quando violados seus direitos fundamentais e uma vez esgotadas as vias ordinárias, pode recorrer ao Tribunal Constitucional (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 76-77).

De forma parecida, o *Recurso de Amparo*, insculpido no artigo 53 da Constituição Espanhola de 1978, está ao alcance dos particulares, do Defensor do Povo e do Ministério Público, em caso de afronta dos direitos e liberdades enumerados nos artigos 14 a 30 da Carta, isto é, dos direitos e liberdades clássicas, com exceção dos direitos econômicos e sociais e principalmente do direito à propriedade, devendo ser interposto diretamente no Tribunal Constitucional (FAVOREU, 2004, p. 107).

Por sua vez, o *Recurso Constitucional* austríaco (*Beschwerde*), instituído originalmente no Império em 1867, permite que, por meio de um incidente de inconstitucionalidade, seja suspenso um processo em qualquer instância, a fim de que seja submetida a questão constitucional à decisão do Tribunal Constitucional, ou seja, qualquer pessoa poderá invocá-lo (MANDELLI JUNIOR, *op. cit.*, p. 83).

O mencionado distanciamento entre a ADPF e esses institutos alienígenas se deu após a edição da Lei nº 9.882/99, a qual regulamentou o artigo 102, §1º, da Constituição Federal, que, pela classificação de José Afonso da Silva, constitui norma de eficácia limitada, quer dizer, nas palavras do próprio autor (SILVA, 2000, p. 122): *é o legislador ordinário que lhes vai conferir excoutoriedade plena, mediante leis complementares e ou ordinárias integrativas.*

Em maio de 1997, à vista da chamada *guerra das liminares*, deferidas em ações civis públicas e ações populares ajuizadas contra a privatização da Companhia Vale do Rio Doce, Gilmar Mendes, então Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, e Celso Ribeiro Bastos, resolveram levar a ADPF a efeito (MENDES, 2007, p. 03).

Este último jurista elaborou o primeiro anteprojeto, o qual serviu de base a uma segunda versão de Gilmar Mendes.

Uma Comissão de juristas<sup>2</sup> participou das discussões, do que culminou o texto final do anteprojeto encaminhado ao Ministro da Justiça em 20 de novembro de 1997 e que, depois de condensação a um projeto substitutivo do Deputado Prisco Viana e do trâmite no Poder Legislativo, foi aprovado como Lei nº 9.882/99 (MENDES, 2007, p. 04-05).

Para o tema deste trabalho, é interessante observar o comentário de Mendes (*idem, ibidem*) acerca da legitimação ativa da ADPF:

*Talvez caiba destacar que o ponto mais controvertido do projeto de lei, e no âmbito da Comissão, foi aquele referente à legitimação ativa. O Ministro Oscar Corrêa defendeu enfaticamente a ampliação da legitimação para abranger qualquer pessoa afetada por ato do Poder Público. Tendo em vista razões de ordem prática, a Comissão adotou solução de compromisso na qual se afirmava que a pessoa lesada poderia representar ao Procurador-Geral da República. Contra eventual indeferimento caberia representação ao STF (art. 2º, §§ 1º e 2º).*

## **2. A LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA DA ADPF**

O inciso II, do artigo 2º, do projeto de lei regulamentador da ADPF, previa que *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público* poderia manejar a ADPF.

Pretendia-se, portanto, conferir ampla legitimidade ativa a essa ação constitucional, e não a legitimidade restrita àqueles autorizados a ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99).<sup>3</sup>

Tavares (*op. cit.*, p. 29) conta:

---

<sup>2</sup> Celso Ribeiro Bastos, Arnold Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Correa e Gilmar Mendes.

<sup>3</sup> CF/88; Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

*O anteprojeto final continha, ainda, dispositivo que atribuía a qualquer pessoa interessada a possibilidade de submeter à Suprema Corte a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Essa orientação foi especialmente enfatizada por Dias Corrêa e Saulo Ramos. Mantinha, assim, a legitimidade ativa ampla (popular), ao lado dos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade.*

Façamos aqui uma interrupção para tratar das espécies de arguições.

Uma vez editado o supracitado diploma legal, a doutrina passou a classificar dois tipos de arguições distintas: a autônoma (também denominada de direta ou principal); e a incidental (paralela), esta última contemplada no inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º.

A autônoma não depende de nenhum outro processo em que esteja controvertida a aplicação de preceito fundamental. Caberá, nos termos do *caput*, do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, para *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*.

Já a incidental depende da existência de um processo em curso, no qual seja *relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*.

Mandelli Junior (*op. cit.*, p. 104) assim as descreve:

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

[...]

*A arguição incidental pressupõe um processo anterior, submetido a qualquer juízo ou tribunal, envolvendo uma questão constitucional, cujo parâmetro de controle seja um preceito constitucional fundamental. Da mesma forma que os incidentes de inconstitucionalidade do direito estrangeiro (a *Verfassungsbeschwerde*, a *Beschwerde* e o recurso de amparo), possibilita a suspensão da jurisdição ordinária até a solução da controvérsia constitucional pelo tribunal guardião da Constituição.*

O mesmo autor (*idem, ibidem*) e Rothenburg (2003, p. 249) discordam da existência de objetos distintos para cada modalidade de arguição. Para eles, ambas modalidades de arguição possuiriam o mesmo campo objetual, isto é, pode haver a arguição autônoma com o objeto da incidental e vice-versa, sob o argumento de que a restrição do objeto de uma ou outra não harmoniza com a finalidade da ADPF, que pretendeu superar a jurisprudência restritiva do STF que se formou em torno do objeto da ação direta de inconstitucionalidade,

ao não admitir o controle de constitucionalidade do direito municipal e do direito pré-constitucional.

Há, outrossim, quem sustente a inconstitucionalidade da espécie incidental de arguição, uma vez que extrapolaria o disposto no §1º, do artigo 102, da Constituição. Entre eles estão Araújo e Nunes Júnior (2012, p. 86):

*A Constituição Federal, em seu art. 102, §1º, cuidou de criar apenas uma ação. Sempre que houver descumprimento de preceito fundamental, caberá a ação prevista na Lei Maior. Mas a Lei n. 9.882/99 inovou trazendo mais uma hipótese, ou seja, o controle do ato normativo municipal, estadual e federal, incluindo o anterior à Constituição, desde que relevante o fundamento da controvérsia constitucional na visão do Pretório Excelso. Entendemos, portanto, que o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.882/99, por inexistência de previsão, é inconstitucional, permitindo apenas o controle pela ação prevista na cabeça desse artigo.*

A propósito, em 27 de junho de 2000 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo objeto era exatamente essa discrepância da Lei nº 9.822/99 com o texto constitucional. No processo, que recebeu o nº 2231-8 e ainda não julgado, o Ministro Néri da Silveira deferiu o pedido de liminar, para dar interpretação conforme ao inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º, excluindo a aplicação em controvérsia já deduzida concretamente em processo judicial em curso.<sup>4</sup>

Regressando ao tema específico, enquanto a arguição autônoma é compatível com a legitimidade ativa restrita, a incidental somente se tornaria viável se posta à disposição das partes do processo, ou seja, com legitimidade ativa ampla. De qualquer maneira, adotando-se a linha da inexistência de objetos distintos para cada modalidade de arguição, havendo legitimidade ativa ampla para uma, haveria também para a outra. Esse era intento no projeto de lei que deu origem à Lei nº 9.882/99.

Ocorre que a Presidência da República à época (Presidente Fernando Henrique Cardoso) refletiu diversamente e vetou, por contrariar o interesse público, o inciso II, do artigo 2º, afastando a possibilidade de qualquer pessoa ajuizar a ADPF quando tiver preceito fundamental violado.

As razões do veto na Mensagem nº 1.807 foram:

*A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do*

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1828554>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

*Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. 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.*

Em síntese, a Presidência da República reputou que seria uma porta muito grande de acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade, e que os legitimados à ADI seriam suficientes a postular em caso de descumprimento de preceito fundamental.

No entanto, *data venia*, essas razões são adequadas apenas para a ADPF autônoma. Para a ADPF incidental, são de certa forma hipócrita.

Pergunta-se: quando haveria interesse de um dos poucos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ajuizar a ADPF para tutelar interesse de algum ou alguns frente a ato do Poder Público ou na pendência de um processo judicial em particular?

Não nos esqueçamos de que estamos num país de dimensão continental e que somos pródigos em desmandos do Poder Público.

Por causa desse veto a ADPF incidental ficou à deriva.

A exclusão da legitimação ativa popular na prática amputou uma das virtudes e talvez o maior sentido da arguição, que era a possibilidade de *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público* suscitar incidentalmente o descumprimento de preceito

fundamental e levar a questão constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Dificilmente a modalidade incidental será a opção de um dos legitimados, que poderá escolher a arguição direta desde logo, de modo processualmente muito mais simples e antes que proliferem medidas judiciais concretas ou, caso estas já existam ou o órgão legitimado prefira esperar que aconteçam, podendo ele requerer liminar para suspender os processos em curso (ROTHENBURG, 2001, p. 222).

Além disso, podendo os legitimados (os mesmos da ADI) ajuizar a ação autônoma, seguramente não optariam pela incidental.

É o que diz Barroso (2006, p. 244-245):

*Diante disso [o veto] o emprego da arguição incidental viu-se expressivamente limitado: de fato, se os legitimados são os mesmos, não se vislumbra por qual razão não optariam pela via autônoma, cujos requisitos são menos rígidos, gerando uma certa superposição entre as modalidades de ADPF.*

Na mesma linha é a lição de Tavares (*op. cit.*, p. 400-401):

*Ademais, mesmo que já houvesse um processo a partir do qual pudesse surgir a arguição incidental, uma vez que mais a opção certamente recairia na arguição autônoma, à qual se abrem todas as possibilidades da incidental, sem estar atrelada, em sua origem, a qualquer outro processo judicial.*

*Representa, pois, sentença de morte o atribuir aos mesmos legitimados para a arguição autônoma a legitimidade para provocar aquela incidental. Equivaleria a fomentar o desinteresse nesta última, esvaziando-a de qualquer significado prático viável.*

A ADPF se desgarrou de sua inspiração estrangeira.

Como visto, o *Verfassungsbeschwerde* alemão, a *Beschwerde* austríaca e o Recurso de Amparo espanhol podem ser propostos por qualquer pessoa que sofrer afronta em direitos e garantias fundamentais.

Isso tem sentido de ser.

Os direitos e garantias são irrenunciáveis e merecem a permanente proteção do Estado. Por isso, qualquer atentado ou violação que sofram, merecem a rápida e efetiva tutela jurisdicional, o que somente poderá ser alcançado se conferir ao próprio interessado legitimidade para reclamá-los.

Preciso é o parecer de Sarmiento (2001, p. 106):

*Na verdade, o referido veto mudou a essência da ADPF que, se podia antes dele ser concebida como um instrumento primariamente vocacionado à*

*proteção de direitos fundamentais lesados pelo Poder Público, à semelhança do Verfassungsbeschwerde e do recurso de amparo, converteu-se num processo de caráter puramente objetivo, destinado à garantia da ordem constitucional lesada ou ameaçada por ato estatal comissivo ou omissivo.*

A própria terminação *preceito fundamental* que o legislador constituinte adotou é incompatível com a legitimidade ativa restrita imposta à ADPF.

Não há consenso da doutrina e na jurisprudência STF sobre o que seja exatamente preceito fundamental, embora seja certo que ao menos abrange os princípios fundamentais (arts. 1º e 4º), os direitos fundamentais (art. 5º e seguintes), as cláusulas pétreas (art. 60, §4º) e os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII).

Barroso (2012, p. 356-357) explica:

*Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”, transferindo tal tarefa para a especulação da doutrina e a casuística da jurisprudência. Intuitivamente, preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição. Por outro lado, impõe-se reconhecer, por força do princípio da unidade, que inexistente hierarquia jurídica entre as normas constitucionais. Nada obstante, é possível distinguir entre os conceitos de Constituição material e Constituição formal, e, mesmo entre as normas materialmente constitucionais, haverá aquelas que se singularizam por seu caráter estrutural ou por sua estatura axiológica. A expressão preceito fundamental importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas — mais comumente princípios, mas eventualmente regras — traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo. Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.). Aqui se travará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos sensíveis (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.*

Rothenburg (2001, p. 212-213) entende positiva essa abertura deixada no alcance da definição de preceito fundamental:

*Fez bem o constituinte em não estabelecer desde logo quais os preceitos*

*que, por serem fundamentais, poderiam ser tutelados pela argüição de descumprimento de preceito fundamental? E o legislador, deveria tê-lo seguido? Sim, agiram ambos com acerto: somente a situação concreta, no momento dado, permitiria uma adequada configuração do descumprimento a preceito fundamental da Constituição. Qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva; e a restrição seria agravada pela interpretação restritiva que um rol taxativo recomenda. O custo está na dificuldade de reconhecimento, que implica certa dose de discricionariedade do intérprete/aplicador, o que é inafastável em sede de jurisdição constitucional (e, em alguma medida, em qualquer situação de interpretação/aplicação do Direito).*

Mandelli Junior (*op. cit.*, p. 116-117) segue essa linha da necessária dinamicidade da abrangência do seja preceito fundamental:

*A ausência dessa previsão confere à jurisprudência maior flexibilidade, permitindo alterações quanto à densidade axiológica da norma constitucional, possibilitando acomodar com mais facilidade mudanças na sociedade, aplicando o método da interpretação constitucional evolutiva, deixando espaço tanto para que um preceito constitucional passe a ser tratado com fundamental, bem como para que deixe de sê-lo, pois os preceitos fundamentais decorrem da própria história constitucional do Estado.*

Então, é tarefa do STF consolidar paulatina e evolutivamente na sua jurisprudência o que conteúdo de preceito fundamental, tal qual o Ministro Néri da Silva proclamou na primeira ADPF ajuizada (nº 1): *compete ao STF o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.*<sup>5</sup>

Dessa maneira, parece ficar claro que a flexibilidade conferida a preceito fundamental tinha sintonia com a legitimidade ativa ampla que se queria dar à ADPF. Conjugadas essas duas virtudes, essa ação ganharia objetiva e subjetivamente o esperado contorno de hábil instrumento de controle de constitucionalidade e proteção de direitos.

Comentou-se acima que a justificativa do veto presidencial à legitimidade ampla era a abertura do acesso irrestrito ao STF.

Entretanto, não é corrente que as Cortes Constitucionais estrangeiras tenham buscado restringir a legitimidade dos mencionados instrumentos similares à ADPF.

Dessume-se que talvez aqui, diferentemente de lá, o desrespeito a direitos e garantias fundamentais seja tão corriqueiro que não seria recomendável permitir que todos fossem diretamente ao STF.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804019>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

Piovesan e Vieira (2003, p. 122-123) comungam da crítica ao veto:

*Discorda-se frontalmente quer do veto, quer de suas próprias razões. Com efeito, a argumentação nele expendida parece fazer crer que a própria Lei nº 9.882 não disporia de mecanismos aptos a aquilatar da “relevância social”, da “consistência jurídica das arguições”, ou mesmo da “relevância de sua controvérsia constitucional”. Essa pressuposição, contudo, não é verdadeira, haja vista a expressa disposição contida no próprio artigo 1º, inciso I, bem como artigo 3º, inciso V, e finalmente artigo 4º, caput, todos da Lei nº 9.882. Na verdade, ao prever, a própria Lei de regência, hipóteses de análise de “controvérsia constitucional relevante” (art. 1º, I), bem como “controvérsia judicial relevante” (art. 3º, V), e, por fim, de análise a ser travada pela própria Corte, acerca de ser ou não o caso de Arguição (art. 4º, caput), estabeleceu-se o filtro necessário a debelar os possíveis excessos do uso do mecanismo ora tratado. [...]*

*De acordo com o descabido veto apostado ao projeto de lei, retirou-se da Arguição de descumprimento de preceito fundamental sua característica mais nobre: a de servir precipuamente – como é seu objetivo constitucional declarado – ao cidadão. Como assevera com rigor Maria Garcia: “quem, senão o cidadão, poderia deter a legítima titularidade de tal medida democrática?”*

*Estampa-se assim, à vista do veto presidencial e suas alegadas razões, que, novamente, incorreu-se na indesejada prática de, aprioristicamente, tolher a máxima potencialidade possível de institutos novos em nosso ordenamento. Tolheu-se a efetividade, é fácil perceber, da Constituição federal, como objeto defendido por esse sistema de defesa de inconstitucionalidade e, principalmente, os direitos fundamentais, como se tem visto nesse texto, por conta de outras constatações.*

Não nos olvidamos da possibilidade do interessado representar ao Procurador-Geral da República para que ajuíze a ADPF, consoante autoriza o §1º, do artigo 2º, da Lei nº 9.882/99.<sup>6</sup>

Todavia, essa é mais uma solução hipócrita.

Convenhamos que pouquíssimos, neste imenso Brasil, exercerão essa faculdade e, ainda que o façam, terão que passar pelo crivo da Procuradoria-Geral da República. Caso este, fundamentadamente, não se convença de ser cabível a ADPF, nada poderá ser feito, haja vista o veto ao §2º, do artigo 2º, da Lei nº 9.882/99.<sup>7</sup>

Voltamos a citar Piovesan e Vieira (*op. cit.*, p. 125), para os quais:

*No mesmo prisma, cabe encarecer que a previsão do Procurador-Geral da República como um admissor da admissibilidade (sic) das arguições*

---

<sup>6</sup> Art. 2º

<sup>1</sup> Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

<sup>7</sup> §2º Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

*incidentais parece se constituir num grave anacronismo da Lei, tornando a colocá-lo como o censor definitivo de questões constitucionais, antes mesmo da apreciação do órgão constitucional competente a fazê-lo. Novamente: se não se está mais diante de um processo “objetivo”, ainda que se veja no papel do Procurador-Geral da República um “advogado da Constituição”, certo é que não detém ele melhor ciência – jamais – do que o próprio cidadão, que alega a lesão em seus direitos fundamentais, acerca da imprescindibilidade ou não da arguição.*

Como se não bastasse, essa suposta válvula de escape, bem lembrado por Rothenburg (2001, p. 223), é despicienda porque a possibilidade de representar ao Ministério Público enquadra-se tradicionalmente no amplo *direito de petição* previsto como garantia fundamental no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal.

Registre-se que, se resolver propor a ADPF, o Procurador-Geral da República poderá optar pela via autônoma, com menos condições e cujo âmbito é maior. Não seria justificável obrigá-lo à via incidental. Equivaleria a uma limitação à legitimidade ativa dessa autoridade (TAVARES, *op. cit.*, p. 408-409).

Diante desse cenário de discórdia quanto à melhor opção de legitimidade ativa da ADPF, formaram-se duas vertentes doutrinárias opostas.

A primeira aduz que o veto presidencial ao inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 9.882/99, é insuperável e que a ADPF pode ser ajuizada unicamente por aqueles legitimados à ADI, tal qual previsto no inciso I.

Nesta posição, bastante majoritária, estão, por exemplo, Mendes (2007, p. 88-89), Mandelli Junior (*op. cit.*, p. 99-100), Sarmiento (*op. cit.*, p. 106), Rothenburg (2001, p. 222), Barroso (2012, p. 370-371) e Marinoni (2013, p. 1211-1212). Este último escreveu:

*O inciso II, que conferia legitimidade a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, foi vetado pelo chefe do Poder Executivo. O veto impossibilitou a arguição de descumprimento às partes do processo em que presente a discussão da questão constitucional. Assim, ainda que a arguição incidental possa ser apresentada por qualquer dos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade (art. 2º, inciso I, da Lei 9.882/1999) e qualquer interessado, mediante representação, possa solicitar a propositura da arguição ao Procurador-Geral da República (art. 2º, §1º, da Lei nº 9.882/1999), a sua importância foi minimizada, já que a arguição de descumprimento, quando proposta na forma autônoma, submete-se a requisitos menos rígidos, descartando a exigência de “relevância do fundamento da controvérsia constitucional”, além de poder ser utilizada em face de qualquer ato do Poder Público – e não apenas, como ocorre na arguição incidental, em relação a leis ou atos normativos (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999).*

A segunda, na qual estão Tavares, Streck, Piovesan e Vieira, preconiza, em síntese, que o veto presidencial é inconstitucional e que prevalece a legitimidade ampla.

Vejamos o que cada um deles sustenta.

Tavares (*op. cit.*, p. 405-406) é um dos precursores. Para ele, a estrutura da arguição incidental, o princípio democrático e o princípio do acesso ao Judiciário, aliados ao direito constitucional de petição contra a ilegalidade e o abuso de poder, autorizam a interpretação sistemática da Lei nº 9.882/99 a ponto de conferir a qualquer um a legitimidade para ajuizar ao menos a ADPF incidental. *In verbis*:

*Pode-se afirmar que o veto aposto pelo Executivo, quanto a possibilidade de propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada, não alcançou seu objetivo, na medida em que a natureza da arguição incidental exigia, independentemente da previsão legal expressa, um sistema que contemplasse autores diversos daqueles previstos para a ação autônoma de arguição.*

Streck (2004, p. 810-811) assevera a inconstitucionalidade do veto, caso se admita o controle de constitucionalidade desse ato. Se não, aplicar-se-á a interpretação da lei e dos vetos conforme a Constituição:

*Evidentemente, o veto presidencial configura uma clara e insofismável restrição ao direito fundamental de buscar junto ao Tribunal Maior o resgate de direitos violados, com o que fica violada frontalmente a Constituição Federal. [...]*

*No caso, para contornar o problema representado pelo veto presidencial, parece razoável sugerir a aplicação da interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung). Com efeito, a simples declaração da inconstitucionalidade do dispositivo, com a redação que lhe restou em face do veto, acarretaria em prejuízo à comunidade jurídica, eis que o citado dispositivo seria expungido do texto.*

Piovesan e Vieira (*op. cit.*, p. 123-124) discordam da interpretação conforme feita por Streck, mas aceitam a tese de Tavares:

*Bastante razoável, por seu turno, é a lição de André Ramos Tavares, ao argumentar que, na verdade, o veto é ao final, ineficaz, ainda que nada se lhe diga a respeito de sua inconstitucionalidade. [...] Com efeito, é na chamada Arguição “incidental”, que se vislumbra um prévio caso judicial posto à apreciação do julgador, uma lide subjetiva já instaurada que, a depender de decisões ali manifestadas, carregue consigo um descumprimento a preceitos fundamentais. [...]*

*Não seria minimamente possível, enfim, exigir que todo e qualquer cidadão que, num processo judicial, venha a ser lesado em seus direitos fundamentais, deixe de poder arguir o descumprimento dos preceitos fundamentais, diretamente ao Excelso Pretório, já que, como se sabe, as*

*razões de uma fiscalização abstrata são inconfundíveis com as de uma fiscalização concreta de inconstitucionalidade.*

Semelhantemente opina Bastos (2001, p. 81), um dos autores do anteprojeto da Lei nº 9.882/99:

*Já a solução apresentada por André Ramos Tavares, indicando a existência de duas modalidades de arguição, uma autônoma, proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal e outra incidental, amplia a restritiva legitimidade que advém da legislação, sem necessidade de recorrer-se à legitimidade ampla. Assim é que, ao atribuir, à primeira hipótese, a da legitimidade do art. 103 da Constituição Federal (como determina o art. 2º, I da Lei), afasta, contudo, o dispositivo em se tratando da modalidade de arguição incidental. Para o caso dessa arguição, já que se trata de modalidade que surge necessariamente no curso de uma demanda judicial qualquer (consoante o parágrafo único do art. 1º), tem-se que a legitimidade será de qualquer pessoa, desde que seja parte dessa demanda originária. Assim, embora com o veto presidencial, a tese sustenta que permaneceu a possibilidade de qualquer interessado apresentar perante o Supremo a questão constitucional discutida em seu processo, desde que envolva preceito fundamental, desde que seja relevante (para a nação) a sua apreciação pela Corte Máxima e, finalmente, desde que apareça no curso de uma demanda judicial já instaurada.*

Interessante é o pensamento de Tsubone (2003, p. 196), o qual vê nessa questão uma quebra do princípio da isonomia processual:

*[...] se não fosse possível esta participação do cidadão teríamos uma flagrante situação de desrespeito ao princípio processual da paridade de armas, senão vejamos as seguintes situações hipotéticas: o indivíduo 'A' propõe ação em face do indivíduo 'B'. Neste caso nem 'A', nem 'B' podem levar a questão ao STF através da ADPF. Entretanto, se fosse demanda judicial envolvendo 'A' ou 'B' em face do Estado, notadamente a União ou os Estados da Federação, maiores transgressores de direitos de cidadão, 'A' ou 'B' continuariam impossibilitados de levar a questão ao STF através de ADPF. De outro lado, o Presidente da República ou Governadores dos Estados têm legitimidade para tanto e, além dos benefícios já conferidos ao Poder Público ao juízo, mais este odioso privilégio seria concedido ao Estado em detrimento do cidadão.*

Em que pese todo esse discurso teórico pró-legitimidade ampla da ADPF, o Supremo Tribunal Federal não o acolheu. Vários foram os indeferimentos liminares de petições iniciais apresentadas por pessoas comuns, independentemente da espécie da arguição (autônoma ou incidental).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> ADPFS 11/SP, 19/DF, 20/DF, 21/DF, 23/RJ, 27/RJ, 29/MG, 30/DF, 31/DF, 32/DF, 34/DF, 38/RJ, 44/PR, 48/SP, 57/SP e 69/RJ.

### 3. CONCLUSÃO

É inequívoco que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui um importantíssimo instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito e de controle de constitucionalidade.

Tal qual sua inspiração em institutos estrangeiros de semelhante perfil, foi concebida para servir principalmente ao cidadão, a fim de protegê-lo do abuso de poder e de salvaguardar seus direitos fundamentais.

Ocorre que essa aura garantista não convenceu a Presidência da República à época da edição da Lei nº 9.882/99, a qual, pelo exercício do legítimo poder de veto, impediu a ampla legitimidade da ADPF, desfigurando-a e tirando-lhe o nobre sentido original.

Respeitamos os citados autores que, num hercúleo exercício hermenêutico, buscam devolver à ADPF a legitimidade ampla, mas pensamos que o veto ao inciso II, do artigo 2º, da supracitada lei, é constitucional e, assim, insuperável.

Porém, fazemos coro àqueles que enxergam o equívoco desse veto e que refletem a necessidade da revisão da Lei nº 9.882/99 no aspecto da legitimidade ativa.

Ficamos satisfeitos em saber que não estamos sozinhos, porque tramita Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.543/06, de autoria da Comissão Especial Mista de Regulamentação da Emenda nº 45, que visa alterar a Lei nº 9.882/99 e legitimar a propositura de ADPF às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público. Acrescenta-se a exigência de que a questão constitucional discutida atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o §3º, do artigo 102, da Constituição Federal.<sup>9</sup>

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO, Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed., São Paulo: Verbatim, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=312308>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, v. 61, 2006.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (orgs.) **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.543/06. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=312308>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2231-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1828554>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1804019>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais e da Constituição**. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: inovações e aspectos polêmicos. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (orgs.) **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil. Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

\_\_\_\_\_. Um resumo sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (orgs.) **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil. Recurso Extraordinário e Arguição de**

**Descumprimento de Preceito Fundamental.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. (orgs.) **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

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

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2001.

TSUBONE, Rubens Takashi de Melo. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental e necessidade de interpretá-la como instrumento de ampliação das garantias do cidadão.** Revista Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1-2, 2003.