

WASHINGTON LUIZ DE OLIVEIRA

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITOS
FUNDAMENTAIS (ADPF): uma análise de sua eficácia**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade Processus.

Orientador: Prof. Carlos Eduardo da Silva
Galante

Brasília

2013

Ao meu filho, Samuel, à minha mulher, Janete, que me alegram e tornam minhas tarefas mais leves.

À minha mãe, pelos sempre válidos incentivos ao estudo.

Ao professor Galante, meu professor orientador, por me incentivar no assunto, bem como pelas dicas em quais assuntos trilhar.

A professora Patrícia Dreyer, que, talvez nem se lembre, ajudou-me a ver temas para a monografia, dentre eles o que elegi.

Ao professor Jonas, pois sem ele, a minha escrita seria mais precária.

“Sábio é aquele que conhece os limites da própria ignorância.”

Sócrates

RESUMO

O trabalho realiza uma análise da eficácia da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF). Para tal se considera que as normas constitucionais encontram-se no ápice da pirâmide normativa. Há, assim, um controle de constitucionalidade dos atos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídos aqueles instituídos antes da Constituição de 1988. A principal força da ADPF se dá por ser instituto cravado no texto constitucional para realizar controle de constitucionalidade. Os objetivos específicos foram examinar como a Constituição afeta o mundo jurídico; analisar os conceitos que envolvem o tema ADPF; avaliar como a ADPF pode ser manuseada; e investigar o impacto da ADPF no mundo jurídico. A problemática foi se a ADPF se faz eficaz? O trabalho teve como resultado o sim. Concluiu-se que a ADPF contribui ao mundo jurídico e ao Estado Democrático de Direito por ser um instrumento que tem surtido efeito, pois no ordenamento jurídico havia uma lacuna, agora preenchida.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia, ADPF, constitucionalidade, leis, atos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1: OS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS	10
1.1 A força normativa de uma Constituição	10
1.2 A Constituição e seus elementos	12
1.3 Sistema jurídico X Constituição	14
1.4 Plano normativo	15
1.5 O nascer de uma Constituição.....	16
CAPÍTULO 2: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ADPF... ..	18
2.1 Do que se trata o controle de constitucionalidade	18
2.2 Princípios a se considerar na interpretação constitucional	19
2.3 Controle abstrato e difuso.....	20
2.4 Histórico da ADPF.....	21
2.5 Cabimento da ADPF.....	23
2.6 A norma jurídica segundo Teles Júnior.....	28
2.7 Caráter principal ou incidental da ADPF.....	29
2.8 Jurisprudência no STF	30
2.9 Caráter incidental da ADPF	31
2.10 Medida cautelar na ADPF	33
CAPÍTULO 3: A EFICÁCIA DA ADPF NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	36
3.1 Constitucionalismo.....	36
3.2 Democracia e o Direito	38
3.3 Estado Democrático de Direito	40
3.4 Preceitos fundamentais.....	42
3.5 A eficácia <i>erga omnes</i> da ADPF	44
3.6 O efeito vinculante da ADPF	45
3.7 Perguntas a serem feitas perante a ADPF	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O tema se volta a um dos tipos de controle de normas infraconstitucionais frente à Constituição Brasileira de 1988, seja ela a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). O enfoque se faz na sua eficácia, de forma a analisar o alcance desse instrumento jurídico.

O estudo será feito sobre os impactos de uma Constituição no mundo jurídico e a delimitação de um Estado, a organização, os limites de poder, dentre outros detalhamentos. Isso, ainda, no controle diante do contexto constitucional, como se dá e qual alcance que se chega.

Se os comandos normativos espraiam da Constituição de um Estado, tem de haver uma forma de se fazer valer essa hierarquia jurídica proposta pela pirâmide de Kelsen, em que há um escalonamento de normas¹. Para tal foram construídos mecanismos de regulação, dentre eles os de controle de constitucionalidade.

Para Cavalcanti:

A subordinação das normas menores ou dos atos praticados pela administração a êsses preceitos fundamentais é que sugere a condenação dêsses atos ou dessas normas, através do seu confronto com aquêles preceitos constitucionais, quando haja colisão.²

Nesse contexto e para reforçar a ideia de hierarquia, tem-se o princípio da supremacia da Constituição, há uma hierarquia desta em relação ao ordenamento jurídico. Dessa forma, faz-se com que “[...] as normas constitucionais estejam no ápice da pirâmide normativa”³.

¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56.

² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 9.

³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 141.

Não se pode olvidar de que outro princípio se faz presente no cenário de controle de constitucionalidade, seja ele o da rigidez constitucional. Isto é, tem em seu procedimento legislativo maior rigor do que a aprovação de normas infraconstitucionais.

Ressalte-se que o tema se faz importante por causa de vários dispositivos e diplomas legais serem questionados quanto ao cumprimento de seus termos frente à Constituição Federal de 1988. Uma vez que as normas jurídicas infraconstitucionais não devem sair dos planos traçados pela Constituição, ao menos no plano normativo ideal.

O tema também se faz relevante ao analisar um instituto jurídico constitucional de controle que alcança atos normativos e leis, mesmo anteriores à própria Constituição. Os atos a serem atacados pela ação em comento são os da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídos aqueles instituídos antes da Constituição de 1988, conforme se extrai da Lei da ADPF, em seu art. 1º: “I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”.

Há de se considerar que a ADPF, apesar de citada na CF de 88, demorou muito para se firmar no Direito pátrio. Bem verdade, a regulamentação saiu tardia, somente com a Lei nº 9.882, de 3.12.1999.

Apesar dessa demora, considere-se ser o controle de normas jurídicas anteriores à atual Constituição se fazer ressaltado perante a manutenção do Estado Democrático de Direito. Assim, constrói-se a problemática do trabalho: a ADPF é eficaz?

Como primeira hipótese lança-se, como sim, a ADPF é eficaz. Porém, só os estudos a confirmarão ou afastarão.

A principal força da ADPF se dá por ser instituto cravado no texto constitucional para realizar controle de constitucionalidade. Será realmente isso?

Não revoga a lei, apenas a afasta de ter efeitos jurídicos, a partir de sua aprovação. Assim seria eficaz?

Com as hipóteses lançadas, o trabalho trilhará a analisar a eficácia da ADPF, cujos fitos específicos são examinar como a Constituição afeta o mundo jurídico; analisar os conceitos que envolvem o tema ADPF; avaliar como a ADPF pode ser manuseada; e investigar o impacto da ADPF no mundo jurídico.

O motivo de se analisar a eficácia da ADPF se faz por servir como anteparo de estudo no sentido da própria validação de sua existência. Dessa forma, se eficaz, mais estará se fazendo valer juridicamente.

O trabalho constrói-se por pesquisa bibliográfica, com revisão bibliográfica ofertada ao tema. A pesquisa também se volta a sua qualidade. Então, trata-se de uma pesquisa qualitativa com enfoque em revisão bibliográfica.

No capítulo 1, explanam-se os contornos de uma Constituição e o próprio Estado. Como pano de fundo desenha-se os elementos e questões levantadas sobre um texto constitucional.

No capítulo 2, serão descritos o próprio controle de constitucionalidade, para se desenvolver o conceito de ADPF. Definir apenas o tema não se faz suficiente, tem de se valer da forma como a Constituição prevalece.

No capítulo 3, será visto como os efeitos da ADPF podem contribuir no mundo jurídico. Em especial, qual impacto no Estado Democrático de Direito.

Assim, a eficácia da ADPF será analisada para se chegar a obter respostas às hipóteses lançadas, uma vez que se observam os primeiros efeitos de plano, pela leitura da própria lei. Os outros efeitos serão encontrados pelo estudo das ideias de doutrinadores sobre o tema.

CAPÍTULO 1: OS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS

1.1 A força normativa de uma Constituição

Antes de discutir sobre a própria arguição de descumprimento, que se volta ao não cumprimento dos preceitos fundamentais da Constituição. Deve-se explanar a força normativa de uma Constituição, pois sem ela não haveria inclusive o próprio controle de constitucionalidade.

O autor Konrad Hesse fez um paralelo entre a Constituição jurídica e a Constituição real das forças que compõe determinado Estado, em sua obra *A força normativa da Constituição*⁴. Já nessa discussão, encontra-se a contradição das forças dominantes de poder com a força normativa da Constituição. Hesse mostra uma contradição entre a Constituição e os fatores reais de poder, de forma a demonstrar que a Constituição jurídica não é necessariamente perdedora.

A Constituição se inova, o faz para deixar algumas amarras do passado, então, leis passadas e vindouras devem passar por seu crivo. O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, tem essa competência constitucional de analisar e expurgar normas em contradição com o texto da Carta Máxima.

Para ter esse mérito analisado, tem de se ter em mente que, num vértice, a Constituição encontra-se na posição mais alta. Seria como afirmava Kelsen, na hierarquia das normas.

Hesse, ao refutar as ideias de Lassale e de Georg Jellinek que:

[...] a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a negação da Constituição jurídica. [...] Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica.⁵

⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

⁵ *Op. cit.* p. 11.

Hesse considera ter o texto constitucional força própria. Não serve apenas para afirmar uma elite dominante, de forma que juridicamente espelhe seu poder, o que contraria o que Konrad pregava.

Segundo o autor⁶, a Constituição se faz maior do que simples reflexo das condições fáticas, principalmente as sociais e políticas. De forma que a Constituição real e Constituição jurídica se coordenam.

A discussão de Konrad Hesse se volta a analisar o que a Constituição contempla. Se forem normas por si só, ou se apenas agregam as forças dominantes de um determinado tempo em determinada sociedade, o que seria apenas uma folha de papel, tal qual Lassale dizia. Isso é o que Hesse refutava, para o autor a Constituição teria normas que saiam dela mesma, uma vez construída nas bases do novo Estado.

Mas Hesse também considerava que não haveria uma Constituição firme e forte se não houvesse isso na consciência de quem deveria resguardá-la. Se servisse apenas para considerar e resguardar poderes dominantes, não serviria ao fim do Estado como documento constitucional que o guia.

Além desse batimento que Hesse propôs, observam-se também as ideias de Carl Schmitt⁷, em que a Constituição deveria ser a decisão política fundamental, porém que adviesse de um soberano. Assim, o pensador propunha bem verdade que seria a estrutura do Estado ali composta, um nascimento de ideia de constituição material e formal, pois teria apenas a parte material.

No plano de vista jurídico⁸ o termo Constituição tem vida própria, pois está de parâmetro de validade para as outras normas. Forma-se assim o ideário de Kelsen, em que a Constituição fica no topo normativo.

Segundo Dantas, Kelsen⁹ via a Constituição em dois sentidos. São eles o lógico-jurídico, uma norma hipotética fundamental e o jurídico-positivo, uma lei fundamental do Estado, condicionante das normas infraconstitucionais.

⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15.

⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, PP. 54-55.

⁸ *Op. cit.* PP. 54-55.

⁹ *Op. cit.* p. 56.

No aspecto jurídico, que a Constituição brasileira atual se aperfeiçoa, guarda ao texto máximo hierarquia maior, e positiva questões materialmente afeitas aos contornos estatais propriamente ditos. Mas também traz consigo a prolixidade de conter assuntos que poderiam ser relegados às normas infraconstitucionais.

Nesse diapasão, Dantas diz que há de se considerar que a supremacia constitucional tem a ver com a rigidez constitucional, que:

[...] uma vez que somente serão consideradas as normas que se revelarem compatíveis com os princípios e regras albergados pela constituição, que não podem, por sua vez, ser revotado pela simples edição de legislação infraconstitucional.¹⁰

Para o autor¹¹ a supremacia material tem um viés sociológico, pois não obriga o Estado e os particulares com a força jurídica. A sujeição às normas se dá pelo fato de haver uma consciência da importância das normas assim concebidas, sem que haja o positivamento em si.

Como se observa nas ideias dos autores, há uma discussão sobre a validade do texto constitucional frente ao poder arraigado numa sociedade. Bem como há como certo que a Constituição, uma vez, que haja um texto escrito, deverá ter um patamar maior no ordenamento jurídico, o que tem como pontapé inicial para os controles de constitucionalidade.

1.2 A Constituição e seus elementos

Para Dantas a Constituição se faz num conjunto de princípios e regras que dão organização ao Estado, principalmente, com foco em:

[...] sua estrutura, forma de Estado e de governo, regime político, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos e fixação de suas competências, direitos e garantias fundamentais, além dos direitos sociais e econômicos.¹²

¹⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

¹¹ *Op. cit.* p. 76.

¹² *Op. cit.* p. 55.

Michel Temer¹³, doutrinador e político brasileiro, explana sobre os elementos da Constituição. O autor foca em seus elementos pré-constituintes e pós, de forma a conceber como se dá o poder constituinte, as formas de constituição, e também o controle de constitucionalidade. Bem como explica os institutos que se fazem valer para garantir os preceitos constitucionais.

Para Temer¹⁴, o percurso da verticalidade que fundamenta as normas chega à Constituição. Seria o fundamento de validação do sistema normativo infraconstitucional. Temer informa que:

Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração. [...] Alcançada, exegeticamente, essa valoração é que temos os princípios.¹⁵

Ao se analisar as ideias de Temer, chegam-se a conclusões importantes sobre o sistema legal nacional, sejam eles a seguir explanadas. A Constituição brasileira é rígida, por isso cabe o controle constitucional, pois as normas são com ela confrontadas, vigentes à época de sua promulgação, ou anteriores. O controle de constitucionalidade se faz pelas formas preventiva e repressiva.

Nesses estudos, pode-se inferir que uma Constituição traz consigo a feição de um Estado, suas formas. A CF de 1988, por exemplo, ordena o conjunto de órgãos, como se dão os poderes, coisas desnecessárias estão inseridas no texto, como a positivação de coisas que se consideram apenas de cunho formal, tais como explícito no art. 242, em seu § 2º, ao informar que o “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.” Isso poderia ser feito por normas infraconstitucionais.

O conteúdo também varia por questões políticas, se um Estado é mais social, a tendência natural é de que vire tema constitucional à obrigação estatal com a sua sociedade, no sentido de instituir e manter políticas assistenciais e outras do gênero. Se esse é mais liberal, dará muita força a livre iniciativa e a propriedade.

¹³ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁴ *Op. cit.* p. 20.

¹⁵ *Op. cit.* p. 22.

Dantas¹⁶, em convergência com Temer, informa ser a Constituição brasileira de 1988, nas acepções mais comuns, promulgada por origem, objeto de um poder constituinte constituído por voto para tal, formal em seu conteúdo, escrita por guarda num só documento as normas constitucionais, dogmática por resultar de um pensamento de um momento histórico, condensado num texto, ser rígida enquanto analisada na sua estabilidade, e de extensão prolixa, pois o texto tem assuntos que não são materialmente constitucionais. Dessa forma, a Constituição do Brasil é rígida e se apresenta de forma a ter supremacia, deve ser observada em seus comandos necessariamente.

Aqui não se pretendeu destrinchar todos os elementos comumente discutidos sobre uma Constituição, apenas os mais necessários à discussão do trabalho. Declina-se da tarefa, para se discutir o enfoque pretendido.

1.3 Sistema jurídico X Constituição

Os direitos e deveres são construídos na existência jurídica do contexto de uma Carta Maior de um povo, que assim se organize, pois há povos em que o Direito não prescreve tudo em leis formais, tais como a Inglaterra. É o chamado direito baseado no *common law*¹⁷, em que os costumes e precedentes judiciais dão face ao sistema jurídico, como se vê no direito anglo-saxão, tal como na Inglaterra. Haverá um verdadeiro disciplinamento jurídico por meio de jurisprudência.

Noutros, há o sistema *civil law*¹⁸ ou germânico, igual ao brasileiro, em que o Legislativo que constrói e aperfeiçoa o sistema jurídico, dentro de uma ótica de que as normas principais saem dos representantes do povo. Não há de se falar em melhor ou pior, apenas num sistema adequado a um povo.

No presente trabalho, o estudo será focado na Constituição brasileira, o que se faz na forma escrita e rígida. Ou seja, tem um documento com essa definição, há uma norma assim construída.

¹⁶ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, PP. 60-72.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, PP. 45-46.

¹⁸ *Op. cit.* PP. 45-46.

A rigidez diz respeito à alteração do texto ali inserto, cujo rito e *quorum* de votações são diferentes e mais restritivos do que o das outras leis. Como se observa trata-se de um procedimento legislativo mais exaustivo para que a Constituição seja alterada e/ou aprovada.

Segundo José Afonso da Silva¹⁹ “[...] da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição [...]”. Ainda segundo o autor, a supremacia pode ser formal ou material, que consiste a primeira estar ligada à própria rigidez, e a segunda se voltar ao conteúdo, à essência de um Estado.

1.4 Plano normativo

Para discutir a Constituição e seu controle de constitucionalidade do sistema legal, tem de se entender o plano de existência, validade, vigência, eficácia e rechaço das normas em geral. Pimentel Júnior²⁰ explica as diferenças desses temas por meio da *Teoria dos Atos Jurídicos*.

Segundo o autor²¹, a existência se faz quando ocorreu o suporte fático da norma. Uma vez existente, o ato passará, então, pelo plano da validade, analisa-se se há ou não vício de construção/formação.

Para Pimentel Júnior²², a vigência está afeita à pergunta jurídica se seus efeitos jurídicos estão se fazendo no tempo. Por sua vez, a eficácia também se liga à mesma pergunta, mas se questiona se seus efeitos atingem o mundo jurídico de forma a mudar o cenário normativo e o alcance desse impacto.

O autor²³ informa que “[...] observa-se, em doutrina, grande divergência a respeito desses termos. [...]” Como se vê, apesar de extrair o que são os termos jurídicos das ideias do autor, para este houve um trabalho difícil em diferenciá-los e conceituá-los. O autor ainda explica que a eficácia pode ser jurídica ou social.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 45.

²⁰ PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição & ineficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003.

²¹ *Op. cit.* PP. 26-39.

²² *Op. cit.* PP. 26-39.

²³ *Op. cit.* p. 33.

Há ainda a extinção das leis. Dentre as propostas do autor há o rechaço da norma jurídica quando cumpriu os efeitos esperados, perdeu a eficácia jurídica em definitivo, incompatibilidade com outra superior ou igual e incompatibilidade com a Constituição.²⁴

Nessa linha lógica lançada pelo autor, haverá normas em contradição com o sistema normativo. Dentro do interesse de estudo do presente trabalho, haverá o choque com o texto constitucional, por isso a ADPF é um dos mecanismos para afastar do mundo jurídico normas assim.

Como se nota na exposição do autor²⁵, “[...] toda norma deve ser eficaz.” Porém ele mesmo discorre sobre as próprias normas contidas na constituição cuja eficácia se faz maior ou menor, dependente de leis regulamentadoras ou não, apesar de o autor defender a máxima efetividade do texto, que deve ser imediatamente imposto, independente das leis regulamentadoras.

Para a consecução de maior eficácia ao texto constitucional, o autor²⁶ informa haver um desinteresse jurídico. Soma-se a isso o desconhecimento dos direitos por parte da sociedade e a subutilização da dogmática constitucional.

1.5 O nascer de uma Constituição

Com o nascimento de uma Constituição, vem consigo um novo ordenamento jurídico, ao menos, todas as normas infraconstitucionais devem obedecer aos ditames da nova Carta Máxima. Novo, por haver um poder constituinte capaz de reconstruir totalmente e irrestritamente²⁷ a Carta Magna.

Ao certo tem de demarcar que o poder constituinte inovador tem referência a um texto rígido e a supremacia constitucional. Conforme pontua Dantas²⁸.

Nesse contexto, todas as normas anteriores passarão pelo fenômeno chamado recepção, que se trata de um filtro de confirmação, material, frise-se, com o novo ordenamento jurídico posto.

²⁴ PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição & ineficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 37.

²⁵ *Op. cit.* p. 41.

²⁶ *Op. cit.* p. 41.

²⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, PP. 80-84.

²⁸ *Op. cit.* PP. 97-100.

Cabe aqui enfatizar, esse procedimento é fundamental ao ordenamento jurídico, para se evitar a insegurança jurídica, vez que não se faz possível que haja análise norma a norma. Há uma presunção de que as normas incompatíveis são expurgadas do ordenamento.

Não ocorre a análise de norma em norma por ser humanamente impossível, diante do processamento massivo de compatibilidade de normas. Então a recepção das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1988 é automática, porém, como se demonstrou, dá-se no plano da hipótese.

Pode haver, e houve durante os tempos questionamentos sobre a validade de normas e leis face o novo paradigma Maior. Nessa conjuntura, a ADPF se faz importante, apesar de tardia sua regulamentação, pois se trata do único instrumento capaz de elucidar dúvidas no plano de controle concreto e por via direta.

Havia outros meios, porém, só a partir de 1.999 a lei reguladora da arguição foi sancionada, com um vago de uma década. Os seus efeitos *erga omnes* não eram alcançados.

Outras formas estavam à disposição, apesar de não ser objeto desse estudo, sabe-se que os juízes e tribunais não podiam deixar de solucionar os casos concretos por se acharem sem um normativo específico. Como indicado, daí sairia outro estudo, quem sabe.

CAPÍTULO 2: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ADPF

2.1 Do que se trata o controle de constitucionalidade

Após discutir sobre as feições da Constituição e a teoria dos atos jurídicos, pode-se, agora, fazer incursão na questão do controle de constitucionalidade, objeto amplo do trabalho, pois, para analisar a eficácia da ADPF, tem de se saber do que trata o mecanismo. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, objeto do presente trabalho, está ligada ao controle das normas infraconstitucionais frente ao texto da Carta Maior.

José Afonso²⁹ ensina que há “[...] três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.” No Brasil, indica o autor, há o sistema jurisdicional, ou seja, é o Poder Judiciário guardião da constitucionalidade, seja por via de exceção ou por controle concentrado, que é realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em sua obra, José Afonso da Silva³⁰ discorre sobre o *Direito Constitucional Positivo*, mas acima de tudo adentra nos temas a que se propõe. Há uma ampla exposição do sistema constitucional.

Por sua vez, Cavalcanti, em sua obra de controle de constitucionalidade diz que:

No alto, a Constituição, que domina tôdas as regras, portanto ela é a norma geradora de tôdas as outras. Entre essas últimas, em primeiro lugar temos as leis, norma geral e abstrata, ou melhor impessoal e, excepcionalmente, individual. [...] essa hierarquia se exprimiria da seguinte forma: 1 – a Constituição, 2 – a lei, 3 – o regulamento [...].³¹

Controle de constitucionalidade, em síntese apertada, faz-se com uma norma paradigma, no caso em estudo, a Lei Maior, seja usada para balizar todos os outros normativos infraconstitucionais. Com ênfase que a Constituição serve como fonte inspiradora obrigatória a todos, seja o Legislativo no momento de

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 49.

³⁰ *Op. cit.*

³¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 19.

criar novas leis ou alterar as vigentes, e ao Executivo ao editar atos administrativos, e acima de tudo, no caso brasileiro, o Judiciário, como aquele que dará a palavra final sobre o tema.

2.2 Princípios a se considerar na interpretação constitucional

O autor Paulo Dantas³² apresenta os princípios que devem ser considerados na interpretação constitucional. Fazem-se muito importante os princípios, pois há tempos passaram a ser considerados como espécie do gênero normas, em contraposto ao pensamento de que havia princípios e normas (regras escritas), agora há normas (gênero) que são feitas pelos princípios e regras.

Os princípios apresentados pelo autor serão listados a seguir. Chama-se atenção para o fato de ser uma exposição resumida das ideias do doutrinador.

Há o princípio da supremacia da Constituição. Nesse se direciona o entendimento de que há prevalência do texto constitucional, no topo do ordenamento jurídico.

O princípio da unidade da Constituição mostra que o sistema jurídico tem de ser analisado no todo e único. Tanto as normas quanto à Constituição fazem parte de um mesmo corpo jurídico.

Com o princípio da força normativa da Constituição deve-se buscar atualização e otimização do texto. Pois a sociedade muda e o contexto em que ela se encontra também, de forma a exigir uma aderência com os novos tempos.

O princípio da máxima efetividade tem a ver com a força que se espera em seus efeitos sociológicos. Que haja maior aplicabilidade possível, também chamado de princípio da eficiência.

Princípio da justeza, correção ou conformidade funcional busca a garantir a repartição das funções do Poder. Garante as ideias de Montesquieu, em que se tem o poder Legislativo, Executivo e Judiciário trabalhando independentes, mas com harmonia.

³² DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, PP. 141-147.

Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder público indica que assim o sejam considerado os atos e normas jurídicas. Para ser o contrário, o Judiciário tem de ser acionado, pois todas as normas guardam esse princípio em razão de o Estado, em tese, produzir leis e atos que não contrariem a Constituição que ele mesmo elaborou.

Tem no princípio da interpretação conforme a constituição a força de conduzir o operador do direito a interpretar segundo a Constituição. Que o texto maior seja resguardado, sempre que haja dúvidas, em resumo, houve confronto, ou aparente embate, vale o texto constitucional.

Por seu turno o Princípio da concordância prática ou da harmonização tem de ser buscado em aparente choque de bens tutelados constitucionalmente. Busca-se, então, harmonia ao se houver um suposto choque de direitos, por ter a Constituição uma ampla proteção, por vezes, o direito à propriedade, por exemplo, pode se chocar com o da função social dessa mesma propriedade.

Por fim, em termos de princípios, há o da razoabilidade e da proporcionalidade que determina um sopesamento entre meios e fins almejados pela norma. Que seja justa e equiname a aplicação da norma, aqui se busca afastar o valor negativo da injustiça.

2.3 Controle abstrato e difuso

O controle abstrato e difuso³³ tem origem nas ideias de Hans Kelsen, da Constituição da Áustria, inspirada nesse célebre jurista. Porém a característica principal desse controle é se ter um tribunal específico, uma Corte Constitucional, e que julgue matérias relacionadas apenas ao controle constitucional, o que não ocorre no Brasil.

Faz-se diferente do controle difuso norte-americano³⁴, que por vez se dá em caso concreto. Dá-se dessa forma de maneira difusa, em qualquer juiz ou tribunal, de forma incidente, não é no mérito da causa de pedir, pois não faz parte do dispositivo.

³³ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 53.

³⁴ *Op. cit.* p. 35.

No controle difuso americano, o objetivo principal se dá em afastar a aplicação de uma lei em que se pretende inconstitucional. Por via transversa consegue-se o objetivo da ação, nesse controle por via incidental, difusa, não se quer de plano a análise da constitucionalidade, deseja-se outro objetivo, porém ao se conseguir a inconstitucionalidade se tem o pedido satisfeito.

Segundo Vicente Paulo³⁵, o controle abstrato se faz pelas ações: Adin, Adin por omissão, ADC (ainda, nessa edição pesquisada, chamada de Adecon), e a ADPF. Tem ainda a Adin interventiva, cabíveis nos casos que a Constituição Federal cita.

Para Vicente Paulo³⁶, ainda se trata de ações de ação direta, por se operarem originariamente no STF. Bem como, respeitado o princípio da simetria, a operação das mesmas ações, quanto à constitucionalidade de leis estaduais e distritais frente às respectivas constituições estaduais ou à lei orgânica distrital, faz-se no Tribunal de Justiça respectivo.

Como se vê a ADPF ocorre em sede de controle direto, por ser operada no STF. Porém, pode ser abstrato e concreto, pois pode ser incidental em alguma ação que já corre no STF e se alça ao posto de ADPF, devido ao tema, ou pode se arguir diretamente, em processo autônomo, o difuso aqui se afasta, e se finca apenas no concentrado.

2.4 Histórico da ADPF

A doutrina tem discutido há tempos a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como o fazer. A Constituição de 1988 inovou ao trazer esse meio de controle concentrado, que se faz por meio de ações voltadas ao STF, o grande guardião da Lei Maior. O art. 102 da CF, em seu § 1º informa que o então novel procedimento de arguição do descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição de 1988, será de competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal, na forma a Lei nº 9.882, de 3.12.1999, que veio a regulamentar.

³⁵ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 55.

³⁶ *Op. cit.* p. 55.

Já em 1966, o autor Cavalcanti informava que “Se a lei é anterior à Constituição, pode-se, a rigor, discutir o cabimento da revogação, dada a notória incompatibilidade de sua sobrevivência”³⁷. Como se observa, falava-se em haver incompatibilidade de conteúdos, ou seja, o que leva a não recepção, deixando para a Lei nº 9.882 descrever os motivos de manuseio da ADPF.

A discussão é cabível, porém se houver relevância o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Frisa-se que arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no § 1º, art. 102 da CF de 88, e regulada pela Lei nº 9.882/99, é um meio constitucional para afastar arrançamento a preceito fundamental por atos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sejam eles anteriores à Constituição de 88.

Para Didier Jr.³⁸ o tema ADPF se faz noviço no direito pátrio, não havia inclusive precedente nas constituições anteriores. A CF de 88 inovou ao trazer em seu texto o novo meio de controle de constitucionalidade.

Porém, ao trazer em seu texto, a CF de 88 também demonstrou se tratar uma norma de eficácia limitada. Ou seja, o STF começou a entender ser necessária a edição de uma lei regulamentadora, sem a qual não seria possível seu uso.

Segundo Mendes, a regulamentação da ADPF surge num contexto em que se faltava algo para enfrentar as normas pré-constitucionais consideradas não recepcionadas pela nova ordem Constitucional, bem como outras normas que acabaram sem meios de atacá-las pelo controle concentrado. Segundo o autor a ADPF “Foi em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a ideia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade” [...]”³⁹.

Por sua vez, da leitura das preleções de Luís Roberto Barroso⁴⁰ fica claro que a ADPF será apresentada para controle de atos também. Dessa forma,

³⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 13.

³⁸ DIDIER JR., Fredie *et tal.* *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 565.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.268.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

fica explicitado que o objeto da presente ação se faz para atacar lei anterior e lei municipal, cuja inconstitucionalidade não é alcançada por ADIN.

Um dos objetivos é racionalizar a Justiça, uma vez que a decisão da ação traz efeito *erga omnes*. Destarte esse efeito faz com que se evitem novas ações individuais requerendo questões semelhantes.

A ADPF prevista pela Constituição de 1988 foi regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3.12.1999. Segundo Barroso⁴¹, antes da lei, o STF se posicionava pela não aplicabilidade da medida.

Nessa mesma discussão, o autor confirma o já dito por José Afonso, que preceito fundamental não está num rol taxativo. Ao contrário, Barroso parece lamentar a falta de explicitamento legal quanto ao que venha ser preceito fundamental.

Da leitura das exposições de ideias dos dois notórios constitucionalistas brasileiros, Barroso e Silva, infere-se de que se trata de medida cuja causa de pedir vai ser aceita como válida para tal dentro do espaço normativo do juiz. Num país em que os contornos jurídicos são mais voltados ao positivismo, essa falta de definição explícita dos possíveis casos causa desconforto aos juristas mais clássicos, de forma que Barroso talvez tenha mais razão em sua inquietação.

Ainda tem a figura do amigo da corte⁴², em latim chamada *amicus curae*, foi inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.868/1999, trata-se de “[...] possibilidade de ser admitida manifestação formal no processo de órgãos ou entidades que efetivamente representem interesses passíveis de serem afetados pelo resultado do julgamento da Adin”. Apesar de não estarem explicitamente nos dispositivos da ADC e ADPF, esses institutos também contam com o amigo da corte.

2.5 Cabimento da ADPF

A rigor a ADPF não é só controle de constitucionalidade, trata-se de ação que ataca normas anteriores a atual Constituição, cujas normas a afrontem. Tem-se com isso o viés de controle de constitucionalidade, para normas posteriores

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 244.

⁴² PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 62.

e subsidiariamente, e como instrumento de análise de recepção quanto a normas infraconstitucionais anteriores ao marco constitucional de 1988.

Dito isso, segundo Barroso⁴³, a ADPF pode ser autônoma ou incidental. A autônoma está prevista no §1º do art. 102 da CF e no art. 1º da Lei nº 9.882/1999 que serve para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. Por sua vez, a incidental caberá quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, texto *ipsis litteris* da mesma lei.

Gilmar Mendes informa que a lei de regulamentação da ADPF “[...] estabeleceu, expressamente, a possibilidade de exame de compatibilidade do direito pré-constitucional com a norma da Constituição da República”⁴⁴. Assim, as normas jurídicas inferiores e de antes da atual Constituição de 1988 podem ser questionadas, frente a essa Lei Maior, pela ADPF.

Para Mendes, também há o controle direto de constitucionalidade do direito municipal face à Constituição Federal. Pois a CF de 88 autorizou o controle das normas estaduais e municipais frente à constituição estadual, porém, havia a lacuna quanto às leis estaduais serem objeto de questionamento perante a Constituição.

Segundo Gilmar Mendes⁴⁵, a Lei nº 9.882/99 resolveu as dúvidas, pois de forma expressa, consignou a possibilidade de se atacar o direito municipal. A expressão utilizada pelo autor se faz em razão de se atacar em ADPF normas jurídicas, sejam leis ou atos normativos.

Gilmar assevera que ao contrário que uns pensam “[...] não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os municípios. Nos casos relevantes, bastará uma questão-padrão com força vinculante.”⁴⁶ Basta uma decisão num caso concreto que se estenda a outros casos semelhantes, ainda que de outros municípios.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 247.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.289.

⁴⁵ *Op. cit.*

⁴⁶ *Op. cit.* p. 1.291.

Segundo o autor:

Se entendermos que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranquilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade do Município “A”, mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderá ser aplicada.⁴⁷

Há ainda de se inquirir sobre a existência dos pressupostos para apresentar a ADPF, e sim, existem, são eles: descumprimento de preceito fundamental e inexistência de outro meio idôneo (subsidiariedade). Sobre isso Barroso informa ter pressupostos para a arguição incidental, quais sejam: relevância do fundamento da controvérsia constitucional, ser o objeto uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos as anteriores à Constituição.⁴⁸

Chega-se ao ponto crucial do trabalho, uma das facetas da eficácia da decisão de uma ADPF, são os efeitos subjetivos *erga omnes*, contra todos e vincula os órgãos públicos, como se depreende do art. 10º em seu § 3º: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.” Dessa forma, o alcance e a produção de efeitos se fazem com grande alcance.

Para analisar o sentido objetivo, Barroso⁴⁹ diz que se for contra ato administrativo retirará todos os efeitos. De outro modo, se decisão judicial, uma decisão específica deverá ser tomada pelo juiz.

Já quanto aos efeitos temporais, poderão ser sopesados pelos ministros, porque o art. 11 da Lei nº 9.882 assim o declara. Pode ser a partir da decisão, ou os ministros poderão eleger outro marco ou termo jurídico que considerarem adequados, tendo em vista a segurança jurídica ou interesse social.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.291.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, PP. 249-257.

⁴⁹ *Op. cit.*

Para interpor a ADPF⁵⁰ de pronto, devem-se demonstrar os requisitos da ação, quais sejam evidenciar o preceito fundamental vergastado, a indicação do ato que se questiona frente ao preceito, a prova da violação ao preceito, o pedido, e a demonstração da controvérsia judicial relevante. Como se vê, trata-se de uma petição inicial com requisitos claros, para não se manejar a ação sem motivos sérios.

Para se descrever o que são atos normativos suscetíveis de ADPF, buscam-se respostas nas ideias de Didier:

[...] atos normativos legais (emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, resoluções e decretos legislativos, como os atos normativos infralegais ou secundários (tais como os decretos, ou regulamentos de execução, as portarias, as instruções, as resoluções, os despachos e pareceres normativos, os avisos, entre tantos outros [...])⁵¹

Ainda segundo Didier⁵² a ADPF serve para controlar atos não normativos, tais como atos administrativos, atos regidos pelo direito privado e os atos administrativos, além de decisões judiciais e atos políticos. O que se fez possível o controle de atos concretos e atividades materiais do Estado.

Apesar de Didier ser bem claro no cabimento da ADPF nesses casos além-normativos, os outros autores não o fazem. A própria lei é literal em tratar de atos normativos, fica registrado esse pensamento diferente.

Os atos municipais, também foram inseridos no rol de controle constitucional, de forma a contemplá-los na ADPF. Ficaram assim, sem brechas os direitos abaixo da Constituição sem um instrumento específico de balizamento frente às normas constitucionais.

Outra utilidade da ADPF se faz em relação às normas jurídicas pretéritas a nova Constituição. Pois uma nova Lei Maior se faz também que haja um novo ordenamento jurídico, todavia não é possível legislar tudo novamente, havendo assim, o fenômeno da recepção, como dito.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.312.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie *et tal.* *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 593.

⁵² *Op. cit.* PP. 594-595.

Na Teoria da Recepção, segundo Tavares⁵³, ao citar Kelsen, haveria um automático reconhecimento da legislação pretérita infraconstitucional. Dessa forma, tendo como parâmetro a Constituição, a norma paradigma seria recepcionada ou não.

Não é simples como Kelsen preconizou, pois vários institutos e normas estarão frontalmente descabidas perante a nova constituição, contudo sua forma de ver a questão resolve vários problemas de ordem prática. Com o tempo, que as normas são balizadas pelo instituto da não recepção que se trata de não receber a norma pretérita e infraconstitucional como compatível à nova Constituição.

Para Dalvi⁵⁴ “Toda vez que é inaugurada uma nova ordem constitucional tem-se como certo que deve haver uma aferição de validade das normas editadas anteriormente a ela”. O autor também demonstra o “batimento” do conteúdo da norma infraconstitucional pretérita com o novo texto constitucional.

Como se vê no caso de normas pretéritas há uma forma de superar a ruptura jurídica que a nova Constituição poderia causar. Ao se aceitar as normas em princípio recepcionadas, deixa para os tribunais a discussão das que pousarem dúvidas.

Carvalho demonstra que a ADPF tem como legitimados passivos “[...] as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato impugnado ou pela omissão censurada, aos quais cabe a prestação de informações, por se tratar de processo objetivo”⁵⁵. Como se vê não há parte, e sim as autoridades que devem prestar esclarecimentos.

⁵³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, PP. 168-169.

⁵⁴ DALVI, Luciano. *Direito Constitucional avançado: teoria, processo e prática processual*. São Paulo: LTR, 2009, p. 201.

⁵⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2011, p. 471.

2.6 A norma jurídica segundo Teles Júnior⁵⁶

Como a ADPF ataca atos normativos além das leis, tem-se de saber o que é uma norma jurídica, busca-se então nesse autor que defende que as normas são autorizantes, ou seja, tem um imperativo autorizante. Então se tem:

A norma jurídica é autorizante porque ela autoriza quem for lesado por violação dela a empregar, pelos meios competentes, as sanções da lei, contra o violador (violador efetivo ou provável), para cessar a violação, ou para obter, do violador, reparação pelo mal que a infringência causou [...].⁵⁷

Autorizamento trata-se da autorização da norma enquanto qualidade de se fazer algo. Autorização faz-se pela aptidão da entidade que a recebeu, é a própria aptidão de o lesado reagir contra quem o lesou.

A diferença da norma jurídica e não jurídica se dá pelo autorizamento. Pois há assim, lesão, autorização e meios competentes para sanar o que foi violado.

Logo, o autorizamento está na norma, sua característica, já a autorização está na possibilidade de o lesado reagir, da forma anteriormente citada. Nenhuma norma é jurídica se não for autorizante.

Há as normas não autorizantes, que não são jurídicas, por exemplo, na moral, há mandamentos, porém não autoriza o lesado por essa norma a buscar, reagir, a um Poder para recuperar ou reparar seu dano. Frisa-se que o autor entende que algumas normas apesar de constar de textos legais não são autorizantes, pois não dá, de forma prática, ao lesado direito a reagir, pois são programáticas.

Por sua vez as normas jurídicas de autorizamento não patente, faz-se por se ter algumas normas que a qualidade que a primeira vista é apenas definidoras e supletivas, porém também autorizam. Por exemplo, a definição de ato jurídico perfeito, parece apenas definição, porém quando um ato com essas características é violado, busca-se nessa norma o autorizamento, que dá autorização ao lesado a buscar reparação porque o ato jurídico perfeito foi atacado.

⁵⁶ TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Iniciação da Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, PP. 43-52.

⁵⁷ *Op. cit.* p. 43.

Outro ponto proposto pelo autor são as permissões concedidas por meio de normas jurídicas, ou seja, os direitos subjetivos delas nascem. Dessa forma, não se tem o uso da norma e seu conteúdo apenas nos momentos de lesão a um bem.

As permissões são dadas pelas normas jurídicas para se fazer ou não fazer algo, ter ou não ter algo, quem não tem a permissão não tem o direito subjetivo. Embora, tenha a faculdade de fazer ou não fazer algo, apesar de não ter direito.

A sociedade quem concede os autorizações, ou seja, ela mesma que entende ser algo digno de proteção ou não, e o faz pela norma jurídica. Dessa forma “Numa sociedade, certas exigências e certas proibições serão sempre permitidas. Isto decorre da função instrumental das sociedades humanas”⁵⁸

A norma jurídica não é atributiva, pois a norma não atribui a alguém o direito de coagir, pois ela mesma não coage, bem como a faculdade de reagir não se atribui ao lesado, pois a ele pertence mesmo sem a lei, pois ao humano as faculdades são naturais. Essa explicação se faz abstrata e filosófica, porém interessante para entender a forma de atuação da norma, importante para a aplicação da ADPF.

2.7 Caráter principal ou incidental da ADPF⁵⁹

Segundo Mendes, as características processuais da ADPF podem ser vistas de plano, primeiro se manuseia a ação diretamente no STF, para atacar lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. Mas ainda segundo o autor, pode se chegar a atacá-la num caso concreto em que se pede que as normas citadas possam ser impugnadas.

Ao se apreender o que Mendes informa, percebe-se que umas das formas de operar a ADPF é direta e imediata. Ao passo que também se pode instaurar incidente no caso concreto, e que a decisão será observada em seguida, pois haverá repercussão.

⁵⁸ TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Iniciação da Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.274.

Mendes diz que no caso da situação concreta “[...] ADPF repercutirá diretamente sobre os casos submetidos à jurisdição ordinária, uma vez que a questão prejudicial a ser dirimida nesses processos será elevada à apreciação do Supremo Tribunal.”⁶⁰ Como se observa o impacto de uma decisão em sede de ADPF tem o condão de vincular os tribunais e juízes ordinários.

Didier⁶¹ informa ser o controle concentrado-principal, que se invoca o STF em razões objetivas, para se defender um preceito fundamental, mas também o concentrado-incidental, em que num processo em trâmite no STF suscita-se a controvérsia judicial nos demais órgãos ordinários do judiciário.

Já para Carvalho:

São duas as espécies de arguição: a denominada arguição autônoma, prevista no art. 1º da Lei nº 9.882/99, que constitui processo objetivo, devendo ser utilizada quando as ações constitucionais não forem cabíveis ou se revelar inidôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental, sem qualquer outro processo judicial anterior. 2. Arguição incidental, de que trata o inciso I do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.882/99, paralela a um processo judicial já instaurado, e que surgem em sua função.⁶²

São assim duas as formas de ADPF, uma sem que haja a comprovação de controvérsias judiciais relevantes. E a outra que se faz de forma incidental, em que se comprova a existência de controvérsia judicial sobre o desrespeito a preceito fundamental.

2.8 Jurisprudência no STF⁶³

Ainda, com as ideias de Mendes⁶⁴, têm-se os exemplos de ADPFs julgadas no STF. Foram propostas 244 ações em sede de ADPF no STF, até novembro de 2011.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.274.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie *et al.* *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 579.

⁶² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 461.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.274.

⁶⁴ *Op. cit.* PP. 1.275-1.276.

Dessas ações, uma delas foi a de nº 4, contra ato do Presidente da República quando fixou por Medida Provisória o salário mínimo. Outra foi a de nº 33 sobre vinculação do quadro de salários das autarquias ao salário mínimo, de forma que, posteriormente, outras ADPFs foram interpostas.

Há um dos casos mais rumorosos do STF, a petição datada de 17.6.2004, em que envolvia o aborto de feto anencéfalo, que em 2.8.2004, concedeu-se liminar em favor de a gestante realizar o aborto sem que houvesse crimes, tipificados nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, porém em 20.10.2004, o Pleno, órgão coletivo, derrubou a referida decisão monocrática. Tratou-se de ADPF incidental, pois foi o que se decidiu em 28.4.2005, pelo plenário.

Ao atacar o tema novamente, em 12.4.2012, o Pleno declarou ser inconstitucional a tipificação de crime quando envolver o feto anencéfalo. Assim respondeu positivamente ao questionamento da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS).

De pronto, observa-se na Jurisprudência que os temas atacados pela ADPF são de grande importância social. Frise-se o exemplo do aborto de feto anencéfalo citado, que criou um embate entre ciência e religião, vide as exposições dos amigos da corte, chamados a opinar no processo, por tamanha importância jurídica e principalmente social.

2.9 Caráter incidental da ADPF

Tem de haver controvérsia judicial ou jurídica em relação à constitucionalidade das leis ou atos atacados, o que se entende das ideias de Mendes. Para o autor:

Portanto, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como a consagrada no Direito alemão, que se relaciona com a existência de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei.⁶⁵

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.279.

Dessa forma, observa-se dentre outras exigências que no momento da propositura da ADPF tem de ser demonstrar que há controvérsia jurídica. Veja-se não apenas uma pequena, mas tem de se elencar as decisões discrepantes, sobretudo que são de interesse geral.

Sem demonstrar essa situação, de plano a petição será considerada inepta. Por faltar condições da ação, o interesse de agir.

Nesse diapasão, veja-se, sobretudo, nas ideias de Mendes, de que a “[...] generalização de medidas judiciais contra determinada lei nulifica completamente a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado [...]”⁶⁶.

Não se pode olvidar nesse contexto dado pelo autor, de que a ADPF serve para apaziguar o sistema jurídico, pois em caso de haver várias decisões dissonantes sobre um ato ou norma jurídica, atacáveis por ADPF, traz insegurança jurídica. Ao aplacar as diferenças entre decisões sobre o mesmo objeto, traz para si, o STF a função pacificadora jurisprudencial.

Na ADPF incidental pode ser proposta por qualquer pessoa que veja seu direito lesado por descumprimento de preceito fundamental, pode suscitar a ADPF, trata-se assim de controle concentrado em caso concreto. Tal assertiva vem diretamente do art. 2º, inciso II da Lei nº 9.882/99.

Ao contrário, a ação autônoma necessita dos mesmos legitimados do art. 103 da CF. Como se observa, os legitimados para a ação autônoma a preferirão, em razão de na incidental ter de comprovar a controvérsia relevante.

Cabe ressaltar, que para o Dantas⁶⁷ os interessados, ou quem se sentir lesado, não legitimado pelo art. 103, deve se dirigir ao Procurador-Geral da República. Isso se dará mediante representação.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.280.

⁶⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 253.

2.10 Medida cautelar na ADPF

Para Vicente Paulo e Alexandrino⁶⁸ cabe medida cautelar também no controle abstrato, conforme se extrai do art. 102, inciso I, alínea “p”, da CF. Porém, não trouxe expressamente a mesma possibilidade Adin por omissão, ADC e ADPF. Mas todas posteriormente foram incluídas, lentamente pela jurisprudência e depois por lei.

Segundo os mesmos autores⁶⁹, a liminar em ADPF possui efeito geral e poderá ter efeito vinculante, se o STF assim o dispuser. Conforme se vê do art. 5º, § 3º da Lei nº 9.882/1990:

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

Como se viu das ideias de Vicente de Paulo e também segundo Gilmar Mendes⁷⁰, cabe medida cautelar na ADPF, porém das explicações surge dúvida se houve uma mistura terminológica entre liminar e cautelar, ainda, porque, a própria lei da ADPF informa ser liminar. Bem verdade, são institutos distintos, pois a cautelar, conforme prevê o art. 273 do CPC, é uma medida específica a se dar num processo, ou antes dele, se for cautelar preparatória, por sua vez a liminar, dá-se num momento único, ou seja, antes da citação.

De liminar, apenas se fala em momento, antes de citar o réu, que no caso em tela, são quem aplica ou edita a norma ou ato regulamentar em afronta aos ditames constitucionais. Dessa forma, assim, antes de se citar esses mesmos legitimados passivos que se tem o cabimento da liminar, e se assim desejar o polo ativo, o pedido de cautelar.

⁶⁸ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2006, PP. 63-70.

⁶⁹ *Op. cit.* PP. 63-70.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.315.

A citação, para Câmara, seria o:

[...] ato pelo qual se integra o demandado à relação processual, angularizando-a. Em outros termos, proposta a demanda em juízo, a citação é o ato que outorga o demandado a qualidade de parte do processo, tornando íntegra a relação processual, que até aquele momento estabelecia-se tão-somente entre autor e Estado.⁷¹

Para Didier⁷² a liminar dar-se-á no início da lide, de forma que não houve a oitiva da parte adversa, “[...] tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início”⁷³. O autor ressalta que não se pode falar em violação do princípio do contraditório, uma vez que apenas o desloca para depois da providência de urgência.

No art. 804 do CPC, observa-se que “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu [...]”. Fica demonstrado que se trata de instituto diferente.

Bem como no art. 928 “[...] o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar [...]”. Outra vez o próprio CPC demonstra o momento de concessão da liminar.

Como o manejo de um processo cautelar tem em seus pedidos, em regra pedido liminar, há na prática, certa confusão terminológica. Para Câmara⁷⁴ a medida cautelar visa assegurar a efetividade de uma atuação judicial, se bem sucedida à parte que a pede, assim, almeja à segurança, não a satisfação ou certeza de um direito.

Como se observa em Câmara⁷⁵ tem também de se diferenciar a ação cautelar, que é o direito subjetivo jurídico, da medida cautelar que é o que se pede em sede de antecipação, a própria proteção, a providência concreta. O processo cautelar consiste em atos judiciais para a proteção do pedido.

⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. vol. I.

⁷² DIDIER JR., Fredie *et tal.* *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2009, PP. 477-479.

⁷³ *Op. cit.* p. 479.

⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, PP. 17-19. vol. III.

⁷⁵ *Op. cit.*

Ressaltem-se os requisitos revogabilidade, “fumaça do bom direito” e o “perigo da demora” da cautelar. Ademais, cada tipo de ação cautelar tem suas próprias características.

Vencida a controvérsia, vê-se que Fredie Didier⁷⁶ fala em medida liminar em ADPF, e defende que a competência é do plenário do STF. O autor também cita a liminar dada em razão da urgência pelo próprio relator.

Voltam-se as explicações de Gilmar Mendes⁷⁷ para o qual a aceitação de medida cautelar será por maioria absoluta dos membros do STF. Em casos extremados, se por urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso, pode o relator conceder monocraticamente, com necessidade de o Tribunal Pleno referendar tal decisão.

Como se observa, a medida cautelar, tão importante em casos de urgências, também se pode requerer em sede de ADPF, bem como há pedido em liminar. São institutos importantes à proteção de bens jurídicos, vide a controvérsia a respeito do aborto de anencéfalos, em que o tempo corre contra a grávida.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie *et tal.* *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 590.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.315.

CAPÍTULO 3: A EFICÁCIA DA ADPF NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Constitucionalismo

Para falar em Estado Democrático de Direito, começa-se pelo Constitucionalismo⁷⁸ que o ajudou definir inicialmente, pois foram as revoluções burguesas capazes de colocar num texto constitucional os direitos de primeira geração, a negação do Estado a alguns aspectos cotidianos, em especial o econômico. Notadamente, foi a Revolução Francesa e seu ideário iluminista que deram o enveredar filosófico e político.

A Constituição brasileira promulgada em 1988 trouxe consigo vários aspectos de novidade, dentre eles a positivação de elementos de todas as gerações de direitos. Não só o da negação do Estado, mas na afirmação dos direitos sociais, direitos estes não aceitos no seio social, com frequência, que ganharam força pelo patamar constitucional.

O termo constitucionalismo traz uma carga sociológica, bem como jurídica. Como lembra Carvalho⁷⁹ trata-se de um sistema em que tem a Constituição acima dos que detém poder, serve assim para limitar o poder dos governantes.

Carvalho⁸⁰ diz que nem sempre o constitucionalismo se liga à existência de uma Constituição escrita, vide o exemplo da Inglaterra que não tem um texto com essa definição. Mas para o autor:

O constitucionalismo, todavia, como doutrina, envolve a necessidade de uma Constituição escrita para limitar o poder e garantir a liberdade, seja porque esta Constituição deve proclamar os direitos fundamentais do homem e apresentar-se como uma norma imposta aos detentores do poder estatal, seja por ela obterá o equilíbrio necessário a que nenhum deles possa acumular poderes e eliminar a liberdade.⁸¹

⁷⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, PP. 57-59.

⁷⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição – Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2010, PP. 257-271.

⁸⁰ *Op. cit.* p. 259.

⁸¹ *Op. cit.* p. 259.

Como se observa, na leitura de Carvalho⁸², o Constitucionalismo contemporâneo tem sido marcado pelo totalitarismo constitucional, com textos prolixos. Assim, apesar de a intenção ser louvável, torna a falta de eficiência a própria deficiência constitucional, pois a desvaloriza.

Carvalho⁸³ cita em suas teses que há o neoconstitucionalismo e o neo-positivismo. De forma que distintos, entrelaçam-se, conforme a seguir serão discorridos.

O autor entende que o neoconstitucionalismo engloba: a) pragmatismo: direito orientado à prática; b) ecletismo (sincretismo) metodológico: a hermenêutica se orienta por um conjunto de metodologias; c) principialismo: conecta os princípios ao argumento da correção e ao da não injustiça, ligando o direito à moral; d) estatalismo garantista: a consecução da segurança jurídica no meio social, assim, os conflitos são intermediados pelo Estado; e) judicialismo ético-jurídico: os operadores do direito têm de elaborar juízos de adequação e de justificação com natureza ética; f) interpretativismo moral-constitucional: inclui os valores morais da pessoal humana, deve considerar os valores morais, além dos democráticos; g) pós-positivismo: o paradigma neoconstitucionalista deve atender sem ter seu foco apenas na mera descrição em como organizar o poder e de como o direito positivo assim funciona; h) juízo de ponderação: o juiz deve levar em consideração os princípios, sopesando-os e ponderando-os; i) especificidade interpretativa: levar em conta que a interpretação da Constituição se faz diferente do sistema infraconstitucional; j) aplicação do conteúdo da Grundnorm: ir além do positivismo e alcançar conteúdos morais, que leva em conta o injusto para interpretar todo o sistema normativo; k) conceito não-positivista de direito: dá a validade formal, e também traz a validade material, que leva a consideração de justificação ética.

No neoconstitucionalismo, levado pelo pós-positivismo, identifica-se: a) valor ao invés da norma; b) ponderação *versus* subsunção; c) falta de independência do legislador ordinário, pois tem de observar a Constituição; d) a Constituição é auto-aplicativa, pois a lei não é única fonte do direito; e) alteração da teoria da norma, com o surgimento dos princípios jurídicos; f) a norma-sanção

⁸² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição – Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2010, p. 263.

⁸³ *Op. cit.* PP. 266-267.

(Kelsen) enfatiza a norma/suporte administrativo com busca da eficácia normativa da Constituição; g) uma nova dogmática de interpretação constitucional surge.

Desses novos patamares que o autor mostra a respeito do neoconstitucionalismo e pós-positivismo, observam-se os princípios e valores se erigirem como novo paradigma. Pois o injusto deve ser afastado, traindo a máxima *Dura lex, sed Lex*, a “lei é dura, porém é a lei”, tão apreciada pelos positivistas, por ser a lei escrita o principal norte, apesar de se mostrar injusta muitas vezes no caso concreto.

A Constituição por ser um agregado de princípios e contornos resultado de um período pré-jurídico, traz normas e princípios genéricos, muitas vezes apenas programáticos. Porém, esse é o resultado do constitucionalismo, pois desde os primeiros passos do movimento, a intenção é resguardar direitos e impor deveres, principalmente, em relação ao Estado.

Observa-se, como pano de fundo da ADPF, que o Constitucionalismo foi crucial ao positivar os fundamentos e preceitos exigidos socialmente, no texto, no documento maior de criação e regulação do Estado. A Constituição, com essas feições agrega anseios sociais, que até poderiam estar em legislação infraconstitucional, mas para dar mais força, elevam-se a um patamar maior.

3.2 Democracia e o Direito

Silva⁸⁴ expõe em sua obra que democracia é conceito histórico, não seria um valor-fim, seria instrumento para que:

[...] valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem [...] é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. [...] é que podemos aproveitar a concepção de Lincoln de que a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. [...] é um processo de convivência social em que o poder emana do povo,

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 126.

há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.⁸⁵

Ramayana também preleciona sobre a Democracia para construir suas ideias do Direito Eleitoral. Para o autor trata-se de governo do povo, de fato e de direito, com soberania popular e sua influência na condução do Estado, para o autor a “Origem **etimológica: demos = povo e kratos = poder.**”⁸⁶

A Democracia representativa e semidireta⁸⁷ estão presentes, por exemplo, na Constituição brasileira já no art. 1º, “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” O conceito de Democracia está assim presente formalmente e materialmente na CF de 1988.

Democracia para Carvalho é:

[...] concebida sobretudo como um regime político, pois, sendo o governo do povo, pelo povo e para o povo, que o exerce direta e indiretamente, expressa um estilo de vida política e se converte numa filosofia de vida que se institucionaliza politicamente no Estado, como forma de sobrevivência social.⁸⁸

Carvalho cita que Robert A. Dahl dá como requisitos da Democracia:

a) liberdade para constituir e integrar-se em organizações; b) liberdade de expressão; c) direito do voto; d) acesso a cargos públicos; e) possibilidade de os líderes políticos competirem por meio de votação; f) fontes alternativas de informação; g) eleições livres e isentas; h) existência de instituições capazes de viabilizar a política do governo e legitimadas pelo voto ou outras manifestações da vontade popular.⁸⁹

Carvalho⁹⁰ ainda cita a democracia não se limita a institucionalidade de governo, pois exige um Estado Democrático de Direito que sustenta as normas legais para dar existência e permanência ao regime democrático. Bem como as

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 126.

⁸⁶ RAMAYANA, Marcos. *Resumo de Direito Eleitoral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 13.

⁸⁷ *Op. cit.* p. 13.

⁸⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição – Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 218.

⁸⁹ *Op. cit.* p. 219.

⁹⁰ *Op. cit.* p. 219.

relações sociais devem ser ordenadas por um sistema legal com validade na democracia, com utilidade para todos que são afetados pelas normas.

Se Democracia é governo do povo para o próprio povo, a forma de se realizar isso é por meio do Direito. Para Silva:

O Direito, sendo um instrumento social, é necessário às inter-relações do homem em sociedade, do homem com o Estado e dos Estados entre si, e é por meio do Direito que se busca a evolução e o crescimento da civilização e o aperfeiçoamento cultural da humanidade.⁹¹

Silva⁹² também traz três acepções da palavra Direito, são elas: conjunto de regras e preceitos impostos coativamente; faculdades ou prerrogativas pertinentes a cada indivíduo; e grupo de doutrinas que constitui uma ciência. Observa-se assim, que se a Democracia está muito ligada à política, não há de se falar de sua operacionalização sem o Direito.

Portanto, Estado Democrático de Direito tem como definição a mistura axiológica de um Estado pautado pelos ditames democráticos, dentro de uma ótica de Direito. Observa-se que não é o Direito por si só, e sim voltado aos questionamentos democráticos.

Democracia se realiza no plano político, mas sem as normas, o Direito, não se firma no sistema jurídico e seio social. Assim, o Direito sem o fim democrático é injusto, bem como a Democracia sem a força da lei pode ficar fraca, a ADPF nesse contexto tem de considerar os dois contextos.

3.3 Estado Democrático de Direito

Carvalho⁹³ ao expor as ideias de Dalmo de Abreu Dallari diz que o Estado Democrático de Direito tem três pontos fundamentais: “[...] a) supremacia da vontade popular, b) preservação da liberdade, c) igualdade de direitos.” Tem-se focado então o povo no centro da própria democracia, a liberdade como fundamento social, e que todos são e devem ser iguais perante as leis e o Estado.

⁹¹ SILVA, Edson Jacinto da. *Instituições de direito público e privado*. Campinas: LZN, 2003, p. 1.

⁹² *Op. cit.* p. 5.

⁹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição – Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 682.

Difere-se do Estado de Direito, cujos fundamentos são a primazia da lei, hierarquia de normas, legalidade da Administração, separação de Poderes e freio aos abusos, reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais incorporados à ordem constitucional, controle de constitucionalidade contra abusos do Poder Legislativo. Essa explanação simplificada que se extrai de Carvalho⁹⁴, como se vê, o Estado Democrático de Direito inclui o Estado de Direito, porém vai além.

Assim:

O Estado Democrático de Direito, em seu aspecto substancial, se acha vinculado a um determinado regime. Noutras palavras de Direito, é aquele democraticamente legítimo pela sua formação e conteúdo. [...] Estado democrático de Direito: 1. supremacia da Constituição; 2. legalidade; 3. direitos fundamentais; 4. separação de poderes; 5. publicidade; 6. sistema hierárquico de normas [...]; 7. responsabilização da administração pública, dos detentores do poder e da legalidade da administração.⁹⁵

Para José Afonso⁹⁶, o Estado Democrático de Direito, inserido na Constituição de 1988 não tem intenção de ser transição para o socialismo. Porém indica transformações sociais profundas, pela prática de direitos sociais que ela indica, bem como pelos instrumentos que garantem cidadania, o que leva a um Estado de justiça social e com foco na dignidade humana.

Ainda nas preleções de Silva⁹⁷, têm-se explanados os princípios do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a) princípio da constitucionalidade: o Estado se funda num texto constitucional, rígido e vindo da vontade popular; b) princípio democrático: democracia representativa e participativa, com garantia e eficácia dos direitos fundamentais; c) sistema de direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais e culturais; d) princípio da igualdade: auto-explicativo; e) princípios da divisão de poderes e da independência do juiz; f) princípio da legalidade; e g) princípio da segurança jurídica.

⁹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição – Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2010, 682.

⁹⁵ *Op. cit.* PP. 686-687.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 120.

⁹⁷ *Op. cit.* p. 122.

“A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.”⁹⁸ Com essa frase do constitucionalista José Afonso, fica bem fixada o fim de um Estado Democrático de Direito, aliado aos princípios fica demonstrados que metas e objetivos devem estar impregnados de justiça social, legalidade, e acima de tudo, o bem estar social e democrático.

Os princípios seriam os preceitos fundamentais? Apesar de amplo o espectro desenvolvido pelos autores, há outras normas constitucionais que não dão tanto suporte ao sistema democrático, mas estão inclusas no texto constitucional, dessa forma, servem de suporte à análise do cabimento da ADPF.

3.4 Preceitos fundamentais

A arguição de descumprimento de preceito fundamental a ser julgada no STF tem como fim defender preceitos maiores. A respeito, José Afonso informa que:

[...] ‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, Distrito Federal, e especificamente as designativas de direitos e garantias fundamentais (Tít. II). E aí é que aquele dispositivo poderá ser fértil como fonte de alargamento de jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso.⁹⁹

Para Gilmar Mendes, preceitos fundamentais estão explícitos na Constituição. E que “[...] ninguém pode negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais [...]. Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea”¹⁰⁰.

A cláusula pétrea que informa Mendes está contida no art. 60, § 4º, da CF. No referido artigo estão listados os princípios que dão feição ao Estado

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 122.

⁹⁹ *Op. cit.* p. 49.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 1.306.

brasileiro, são eles: princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Para Gilmar Mendes a afronta ao preceito fundamental não se dá apenas contra o princípio fundamental, mas também o significado e densidade que trazem essas normas fundamentais. Como se vê, não se faz fácil identificar todos os preceitos fundamentais, na ótica do autor.

Assim, preceitos fundamentais é tema maior, de alcance interpretativo extensivo, mas com parâmetros no que há de fundamental na Constituição, sua razão de ser. Porém, elencados para uma ação têm caráter residual, pois não podem ser apresentados quando couberem outros controles, tais como controle constitucional de forma incidental, que se faz em qualquer instância e momento processual, além dos controles concentrados, que se fazem no STF, sejam eles por meio de declaratória de constitucionalidade, seja por ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão.

Parece que surge uma dificuldade de se estabelecer o que é preceito fundamental, uma vez que da forma posta seria um elemento normativo, de cabimento ao juiz, ou no caso, do ministro do STF desenrolar o tema. Didier¹⁰¹ aprofunda mais, questiona se dentro da própria Constituição haveria níveis do que seria uma norma fundamental.

Para Fredie:

A questão deve ser solucionada a partir da compreensão da Constituição como uma ordem de valores: é por meio da noção de valores que se podem identificar os preceitos fundamentais, que estão diretamente ligados aos valores supremos do Estado e da Sociedade. [...] sendo admissível falar, na hipótese, em *hierarquia axiológica*. [...] impõe-se reconhecer a existência de preceitos normativos da Constituição que, em razão dos valores que consagram, são mais fundamentais que outros.¹⁰²

Mas entre os autores, fica passível de definição o que seriam os preceitos fundamentais. Todavia, de início, seriam no mínimo os princípios básicos de configuração do Estado, direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie *et tal.* *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 573.

¹⁰² *Op. cit.* p. 573.

do art. 60, § 4º, incisos de I a IV, as normas de organização política do Estado e a organização dos poderes.

Preceitos também seriam as normas contidas nos princípios do art. 34, inciso VII, quais sejam: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino; e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Como se nota, o rol não comporta todo o texto constitucional, mas se faz extensivo. Além do mais, há as normas implícitas em decorrência de todos esses princípios.

3.5 A eficácia *erga omnes* da ADPF

A eficácia *erga omnes* significa de que uma decisão terá seus efeitos obrigatoriamente observados por todos. Refere-se à parte dispositiva da decisão.

Cabe ressaltar que uma decisão de efeito *erga omnes* se opera no STF, afasta, portanto, essas características de decisões de outros tribunais e juízes. Como se observa uma decisão dessa monta tem o condão de tornar obrigatório seu conteúdo, da parte dispositiva.

Para Ives Gandra¹⁰³ “[...] a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal”. A análise do autor se faz de forma a estudar os aspectos de uma decisão ser de eficácia geral.

“A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público”¹⁰⁴, assevera Didier. Para o autor ainda ocorrerá nulidade dos atos alcançados pela decisão, ou seja, enseja nulidade *ex-tunc*, inclusive, de forma haverá a *nulidade ab initio*.

¹⁰³ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 327.

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie *et tal.* *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 607.

3.6 O efeito vinculante da ADPF

Ives Gandra¹⁰⁵ empresta a informação sobre o efeito vinculante, do que se trata? Ele informa que:

Poder-se-ia indagar se a eficácia *erga omnes* teria o condão de vincular o legislador, de modo a impedi-lo de editar norma de teor idêntico àquela que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade.

Como se vê os conceitos são parecidos, *erga omnes* e efeito vinculante, mas ambos tem distinção. O efeito *erga omnes* serve a informar a todos em situação semelhantes que se aplique a parte dispositiva da decisão em questão, e o efeito vinculante apenas vem entregar força futura à decisão.

O efeito vinculante se dá de forma que os outros poderes, com ênfase no Judiciário deverá seguir o que se assentou na decisão em sede de ADPF. Fredie Didier¹⁰⁶ informa que os efeitos são maiores do que aqueles observados na ADIN e ADC, já que vincula todos os órgãos de todos os poderes, ao contrário das duas anteriores que não alcançam o Poder Legislativo.

3.7 Perguntas a serem feitas perante a ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser excepcionalmente utilizada para se obter a interpretação, a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante? Trata-se de hipótese, porém há de se observar que a súmula vinculante, também como a ADPF surge de controvérsia judicial, porém, o quórum da súmula vinculante é maior, pois exige que dois terços de seus membros para aprovação.

Assim, observa-se que o conteúdo da ADPF pode ser atacado pela decisão de súmula vinculante, e também a ADPF acaba, na prática, sendo de teor parecido. Notadamente, uma característica as diferencia, pois a ADPF tem efeito vinculante, ou seja, também afeta o poder Legislativo.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser utilizada para a solução de casos concretos, desde que não desborde os caminhos

¹⁰⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, PP. 335-345.

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie *et tal. Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, PP. 608-609.

recursais ordinários ou outras medidas processuais aptas a atacar atos tidos como ilegais ou abusivos? Sim, a ADPF incidental tem o condão de ser usada em casos concretos, ou seja, num caso que estiver em análise no STF, com uma controvérsia judicial relevante, poderá ser arguida, se um preceito fundamental estiver sendo lesado.

Não é parte legítima para a proposição de arguição de descumprimento de preceito fundamental a associação que congrega apenas segmento do ramo econômico das entidades das empresas atuantes em determinada atividade? É parte legítima diante da ADI 3702 em que reconheceu a legitimidade da Abimaq, justamente por agregar empresas do mesmo ramo, e em nove estados da federação.

Quem não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade não a tem para ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental? A resposta de plano é que sim, porém há de observar as ADPFs incidentais, que pode ser suscitada por qualquer pessoa que se sentir lesada, mediante representação ao PGR.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental será subsidiária e, portanto, cabível se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, não estando, a eficácia da medida judicial utilizada condicionada à sua procedência? Segundo Carvalho¹⁰⁷, não se pode atacar decisões proferidas em situações concretas ou individuais, pois não há de se falar em conteúdo normativo.

¹⁰⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2011, p. 463.

CONCLUSÃO

Como proposto, o objetivo do estudo foi de se analisar se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) seria eficaz. Para tanto os enlaces do tema foram percorridos.

Foi analisada a Constituição e o Estado, o percorrer histórico, os elementos que um texto constitucional tem. O Brasil trilhou para ter uma Constituição prolixa, porém ela carrega consigo anseios sociais, que traz o corolário de um Estado Democrático de Direito.

Para se manejar uma ADPF foi visto que tem de se ter acima de todas as normas a própria Constituição, sua supremacia deve estar preservada. Deve também ser um texto escrito e ser rígida em termos de procedimento legislativo de alteração em relação as outras normas, e assim o é.

O controle constitucional vem da pirâmide de Kelsen, e seu escalonamento de normas¹⁰⁸. A hierarquia é nítida e forçosa, até porque o documento constitucional inaugura novo anseio social e jurídico.

Dessa forma, o novo paradigma se faz necessário a todos operadores do Direito. Mas também aos legisladores ordinários e aqueles que venham a expedir normas.

Se o tema é relevante, não se faz por outro motivo, pois alcança atos normativos e leis, mesmo anteriores à própria Constituição. A Lei nº 9.882, de 3.12.1999 apenas regulamenta o que a CF de 88 já preconizava.

Como ferramenta de controle, a ADPF, apesar de tardia sua regulamentação, portanto, seu uso, veio a completar o sistema, pois faltavam atos anteriores a Constituição serem regulados. Bem como os atos municipais também não se vislumbrava controle em sede constitucional.

A Constituição afeta o mundo jurídico de forma a alterá-lo, pois seu patamar maior faz com que as normas infraconstitucionais com ela se compatibilizem, ou seja expurgadas.

¹⁰⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56.

Há outros institutos constitucionais à disposição do mundo jurídico, de forma que a ADPF é um meio subsidiário. Deve ser usada quando os outros controles falharem ou não poderem ser usados.

A resposta à primeira hipótese é sim, a ADPF é eficaz. Os estudos confirmaram, uma vez que preenche o sistema e já foi utilizada em temas de grande clamor social, vide o caso do aborto de feto anencéfalo, dentre outros.

A hipótese de a ADPF ter mais força por estar como instrumento constitucional se confirma, haja vista de a colocar num patamar mais importante. Pois uma ferramenta de defesa da própria Constituição que ela mesma prevê, dá um indicativo da relevância.

Os conceitos que envolvem o tema ADPF foram esmiuçados. Claro, não se tem a intenção de esgotar o assunto, que é vasto.

Avaliou-se a ADPF poder ser manuseada por via direta, bem como difusa, mas sempre no STF. O impacto da ADPF no mundo jurídico se faz notório, pois muda o alcance de institutos jurídicos em discordância com o texto constitucional.

O próprio fato de se preencher o ordenamento jurídico de forma clara, por si só, torna a ADPF eficaz. Mas do que seria sua importância sem seu manejo, como demonstrado, ela já foi usada para vários temas e momentos.

Não revoga a lei, apenas a afasta de ter efeitos jurídicos, a partir de sua aprovação. Assim seria eficaz? Sim, seria, pois afastar os efeitos jurídicos a faz eficaz, o que importa são os efeitos, apesar de a lei ainda valer, trata-se de uma letra morta.

Dessa forma, conclui-se ser um instituto jurídico de controle muito importante para completar o sistema, acima de tudo de forma a torná-lo coerente com o texto constitucional. O que se faz interessante, haja vista ser a CF de 88 imbuída de justiça social.

REFERÊNCIAS

- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Campinas: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. vol. I.
- _____. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. vol. III.
- _____. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da constituição – Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição: Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CURIA, Luiz Roberto *et al.* *Vade Mecum – Compacto*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DALVI, Luciano. *Direito Constitucional avançado: teoria, processo e prática processual*. São Paulo: LTR, 2009.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2009. vol. II
- DIDIER JR., Fredie *et tal.* *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodvim, 2011.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição & ineficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003.
- RAMAYANA, Marcos. *Resumo de Direito Eleitoral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- SILVA, Edson Jacinto da. *Instituições de direito público e privado*. Campinas: LZN, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Iniciação da Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.