



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Princípio da Subsidiariedade

Adriana Michel Fakhri

Rio de Janeiro
2009

ADRIANA MICHEL FAKHRI

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Princípio da Subsidiariedade

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Adriana Michel Fakhri

Graduada pela Faculdade de
Direito Candido Mendes Centro.
Advogada.

Resumo: A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi instituída pela Constituição Federal em seu artigo 102, parágrafo primeiro e foi regulamentada pela Lei 8992/99. Trata-se de um instituto que veio incrementar o controle de constitucionalidade brasileiro apresentando, no entanto, uma grande dissonância na doutrina e na jurisprudência com relação à sua aplicabilidade no tocante ao princípio da subsidiariedade. A essência do trabalho visa abordar os posicionamentos doutrinários e jurisprudências acerca do tema e verificar qual a relevância de cada um deles bem como apontar, ao final, o que melhor orienta a aplicabilidade do mencionado princípio.

Palavras-chaves: A.D.P.F., Princípio, Subsidiariedade.

Sumário: 1- Introdução. 2- Histórico da arguição de descumprimento de preceito fundamental no direito brasileiro. 3- Breve análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental no direito comparado. 4- A arguição de descumprimento de preceito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. 5- O princípio da subsidiariedade. 6- Conclusão. 7- Referências.

1 – INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do princípio da subsidiariedade na arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando enfoque à abordagem doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, regulamentada pela Lei 9882/99 tem por objetivo a proteção dos preceitos fundamentais estabelecidos no direito pátrio.

O requisito fundamental para a sua propositura é a necessidade de observância de seu caráter subsidiário em relação aos demais meios de controle de constitucionalidade existentes em nosso ordenamento jurídico.

Esta subsidiariedade da ADPF gera uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial, uma vez que não foi ainda formado um consenso sobre como interpretar o instituto, que surgiu com um papel tão importante na realidade jurídica do país.

2 – HISTÓRICO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental surgiu em nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988. O instituto teve sua previsão originária na seção II, do capítulo III, do título IV, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal em seu artigo 102, parágrafo único.

Com o advento da Emenda Constitucional número 3 de 17 de setembro de 1997, a mencionada ação teve a sua posição alterada no texto da magna carta, dentro do próprio artigo 102, passando a ser prevista em seu parágrafo primeiro, que tem a seguinte redação:

Art. 102, § 1º. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, embora estivesse consagrada constitucionalmente, para que pudesse ser utilizada necessitava de ser regulamentada por lei que dispusesse sobre o seu processo e julgamento.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal na época era pela não auto-aplicabilidade da medida enquanto não fosse promulgado este diploma legal que a regulamentasse.

Diante deste contexto, em 4 de julho de 1997, fora criada uma comissão especial, no âmbito do Ministério da Justiça, composta por ilustres juristas, entre eles Celso Bastos, Ives Gandra e Gilmar Ferreira Mendes, que tinham por objetivo a regulamentação do artigo 102, parágrafo primeiro da Constituição Federal.

O estudo realizado por esta comissão, encerrado em novembro de 1997, funcionou como um esboço inicial do anteprojeto de lei que passou a partir desta data a ser detalhado e aprofundado pelos juristas.

Após muita discussão surge um anteprojeto de lei que tinha por finalidade tratar de questões jurídicas referentes à arguição de descumprimento de preceito fundamental. No artigo primeiro havia uma definição da causa de pedir desta ação que seria a lesão a um preceito fundamental, bem como constava um rol dos preceitos fundamentais em seu artigo segundo.

Havia, ainda, um dispositivo que dava ampla legitimidade ativa ao permitir que qualquer pessoa interessada pudesse submeter ao Supremo Tribunal Federal a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É de se ressaltar que ao lado desta legitimidade popular tínhamos também como legitimados os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.

No artigo quarto o anteprojeto previa os requisitos da petição inicial e no artigo quinto a possibilidade de indeferimento liminar desta petição pelo relator. A possibilidade de liminar nesta ação estava prevista no artigo sexto e era obtida por decisão da maioria absoluta dos membros do órgão competente para o seu julgamento.

O caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental fora igualmente estabelecido e manteve-se a fórmula de comunicação às autoridades e órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados. Por fim, o anteprojeto consagrou o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão desta ação.

A redação final do anteprojeto de lei, que regula a arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal que a considerou um projeto de lei. Houve votação pelo Congresso Nacional que o aprovou e posteriormente encaminhou à sanção ou veto presidencial.

Salienta-se que o Presidente da República vetou o artigo segundo, inciso II, do mencionado projeto de lei, que admitia a propositura desta ação por qualquer pessoa

ameaçada ou lesada por ato de poder público. O argumento utilizado para o veto foi de que uma legitimidade popular para esta ação iria permitir de forma desmedida o acesso ao Supremo Tribunal Federal .

Diante de todo o exposto, em 3 de dezembro de 1999, surge a Lei 9882, fruto do anteprojeto acima mencionado. Após onze anos da promulgação da Constituição Federal de 1998, vem a mencionada lei regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental e reforçar a ampliação do papel do controle de constitucionalidade em nosso país.

3 - BREVE ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO DIREITO COMPARADO

No direito comparado não há instituto que em sua essência tenha inteira semelhança com a arguição de descumprimento de preceito fundamental .

Com efeito, diante de um estudo comparado desta ação o que será verificado é a existência de institutos que em alguns pontos apresentam semelhança com esta, porém não se poderá dizer que eles teriam servido de modelo para o constituinte nacional.

Sobre o Direito Comparado o renomado autor André Ramos Tavares comenta que “Podem ser mencionados como institutos que tem uma proximidade com a A.D.P.F, o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão, denominado de *verfassungsbeschwerde*, e o *writ of certiorari* do direito norte americano.” TAVARES (2001,p35.).

O recurso de amparo espanhol, consoante o art. 161, número 1, “b” da Constituição espanhola, é um recurso interposto no Tribunal Constitucional da Espanha com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e liberdades públicas. Pode, assim, ser entendido como um recurso que tem como parâmetro as normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais, sendo certo que a violação desses direitos deve ter como origem os atos do poder público.

Um dos requisitos para a interposição deste recurso espanhol contra atos judiciais, é preciso que tenham sido utilizados todos os outros recursos existentes no ordenamento jurídico.

Verifica-se, assim, que o ponto de semelhança deste instituto espanhol com a arguição de descumprimento de preceito fundamental é que ambos os institutos tem por objetivo a proteção de preceitos constitucionais, além possuírem o mesmo caráter subsidiário em relação às demais ações de controle de constitucionalidade. TAVARES (2001).

Quanto ao recurso constitucional alemão, previsto no art.93, parágrafo primeiro, número 4, “a” da Constituição alemã, trata-se de uma medida constitucional de defesa que permite uma garantia concreta dos direitos fundamentais. Qualquer violação de um direito fundamental pelo Poder Público pode dar ensejo à interposição do recurso constitucional ao Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Outrossim, para a interposição do recurso constitucional é preciso igualmente o prévio esgotamento dos outros meios constitucionais existentes no ordenamento jurídico, dando a este instituto um caráter de subsidiariedade.

Conclui-se, desse modo, que tanto a proteção dos direitos fundamentais violados quanto a subsidiariedade do instituto alemão fazem com que ele se aproxime da arguição de descumprimento de preceito fundamental, funcionando como um controle abstrato de constitucionalidade. SILVA (2003).

Com relação ao *writ of certiorari*, instituto do direito norte americano, encontra-se semelhança com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que concerne à sua modalidade incidental. Através destes dois institutos há a provocação de um controle concentrado de constitucionalidade a partir de um sistema difuso.

Nas palavras de André Ramos Tavares “O *writ of certiorari* quer indicar no direito norte americano a possibilidade de um tribunal em relação a outro juízo aquilatar acerca da validade de determinado processo, sendo este o ponto de encontro entre os dois institutos.” TAVARES (2001, p. 293.)

Diante da breve análise realizada, vislumbra-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental encontra pontos de semelhanças com importantes mecanismos jurídicos do direito comparado.

4 - A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é um instituto bivalente ou dúplice, uma vez que comporta a arguição direta ou autônoma e a arguição indireta ou incidental.

A Constituição Federal em seu artigo 102, parágrafo primeiro, consolida a arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma e, adentrando na análise da Lei 9882/99, verifica-se que esta regulamentou, em seu artigo 1, caput, essa modalidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É de se mencionar que, no entanto, a referida lei não se limitou a esta modalidade, trazendo em seu parágrafo único, inciso I, mais uma espécie de ação a ser inserida no controle de constitucionalidade brasileiro, qual seja, a arguição incidental ou indireta.

A arguição autônoma realiza o típico controle concentrado de constitucionalidade, sendo suscitada perante o Supremo Tribunal Federal para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. A sua natureza jurídica é de ação constitucional, uma vez que veicula pretensão dirigida à tutela de preceito constitucional decorrente da Constituição, ameaçado ou lesado por ato do Poder Público. MORAES (2008).

Ademais, a arguição autônoma ou direta pode ser revestida de caráter preventivo ou repressivo, conforme o seu objeto seja evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

A arguição incidental é aquela suscitada durante a tramitação de processo, em qualquer juízo ou tribunal, inclusive do Supremo Tribunal Federal, desde que seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Nesta hipótese, a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui a natureza jurídica de incidente de

constitucionalidade, porquanto o processo em curso será suspenso para que seja proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional ventilada.

Oportuno se mostra dizer que a argüição incidental produz a cisão funcional de competência em plano vertical de modo que a questão constitucional e o mérito do processo são dirimidos por órgãos judiciais distintos e de instâncias diferentes, sendo o incidente de constitucionalidade solucionado pelo Supremo Tribunal Federal e o mérito processual pelo juízo ou tribunal a que o processo estava em curso.

Nas palavras de Gilmar Ferreira “(...) Diferentemente do que se verifica no controle incidental, em que se verifica uma cisão funcional em plano horizontal (...), tem-se na A.D.P.F., uma cisão funcional no plano vertical (de órgãos das instâncias ordinárias para o STF) “ MENDES (2008, p. 1149).

Destaca-se que tem sido objeto de discussão na doutrina a questão referente à constitucionalidade do art.1, parágrafo único, inciso I da Lei 9.882/99. O dissenso existe em razão da Constituição Federal de 1998, em seu art.102 , parágrafo 1, apenas mencionar a argüição direta sendo omissa no que se refere à argüição indireta ou incidental.

Neste contexto uma primeira corrente capitaneada por Alexandre de Moraes afirma pela inconstitucionalidade, uma vez que teria havido uma ampliação legal da competência do Supremo Tribunal Federal, enumerada taxativamente na Constituição da República. MORAES (2001).

A constitucionalidade da medida, no entanto, é defendida por André Ramos Tavares que aplica ao caso o princípio constitucional do acesso à justiça, referindo-se à argüição incidental como um aperfeiçoamento dos métodos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. TAVARES (2001).

Após a verificação de ser a argüição de descumprimento de preceito fundamental um instituto dúplice , na medida em que comporta a argüição autônoma e incidental, cabe salientar que as duas modalidades desta ação têm o seu procedimento estabelecidos pelos artigos 3 a 11 da Lei 9.882/99.

4.1 - LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade ativa para a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser analisada separadamente, para a arguição autônoma e a incidental, em razão de cada modalidade apresentar peculiaridades próprias.

De acordo com o artigo 2, inciso I da Lei 9882/99, a arguição autônoma tem como legitimados os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no artigo 103 da Constituição Federal.

Neste sentido podem propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No tocante à arguição incidental, a sua legitimidade deverá ser apreciada com maior cautela.

Um primeiro entendimento doutrinário defendido por Luis Roberto Barroso é no sentido de ser os legitimados para a arguição incidental os mesmos que o são para a arguição autônoma, não ampliando o rol de legitimados para esta. BARROSO (2004).

Outro entendimento, conduzido por André Ramos Tavares, é no sentido de que o veto realizado pelo Poder Executivo não foi apto a produzir qualquer efeito prático, porquanto a natureza da arguição indireta exige legitimados diversos daqueles previstos para ação autônoma de arguição. TAVARES (2001).

A arguição incidental, desse modo, só seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal se fosse originária de um processo judicial já em curso em que houvesse controvérsia sobre questão constitucional que envolva preceito fundamental, desde que seja apresentada a arguição por alguma das partes interessadas.

Ressalta-se que a interpretação que prevaleceu, inclusive na jurisprudência, quanto à legitimidade ativa para a propositura da arguição incidental é de que são legitimados os mesmos da arguição autônoma. (A.D.P.F 11, DJU 6 fev.2001, rel.M.Sydney Sanches).

Outro aspecto muito criticado pela doutrina com relação à legitimidade para a propositura da ação de descumprimento de preceito fundamental, diz respeito ao fato de que mesmo que esta ação tenha trazido a possibilidade de controle de atos municipais, a Lei 9.882/99 não conferiu legitimidade aos prefeitos municipais, nem tampouco às câmaras de vereadores ou a qualquer órgão público ou privado de âmbito municipal, para manejarem o novo instrumento.

Gustavo Binenbojm assim conclui “Resta saber a quem interessará deflagrar, via A.D.P.F., a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais. Espera-se que a Lei 9.882/99 não tenha criado – como diria Barbosa Moreira – um sino sem badalo.” BINENBOJM (2002,p.190).

Por fim, no que concerne à legitimidade passiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental é de se mencionar que tecnicamente não se fala em réu nesta ação, porquanto a mesma instaura um processo objetivo. Entretanto, muito embora não se refira à réus, caberá ao órgão ou agente ao qual se imputa a violação de preceito fundamental a prestação de informações.

4.2 - COMPETÊNCIA

A arguição de descumprimento de preceito fundamental em qualquer de suas modalidades, direta ou indireta, está submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

O texto constitucional em seu artigo 102, parágrafo 1, consolida esta competência do órgão de cúpula do judiciário para apreciar este mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade.

Outrossim, a Lei 9.882/99 igualmente prevê, em seu artigo 1, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental .

4.3 - PARÂMETRO

O parâmetro da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja na modalidade de arguição incidental seja na arguição autônoma, é a Constituição Federal.

Esta ação, que integra o controle de constitucionalidade brasileiro, será utilizada toda vez que ocorrer o descumprimento de preceito fundamental por atos do poder público que estejam previstos na magna carta.

No entanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não se destina a proteção geral da Constituição Federal, mas apenas de uma parcela desta onde estão previstas normas que são consideradas como preceito fundamental.

Salienta-se que a Constituição Federal e a Lei 9.882/99 não precisaram o sentido e o alcance da expressão “preceito fundamental”, transferindo este trabalho para a doutrina e a jurisprudência.

Segundo Guilherme Peña de Moraes “o parâmetro da arguição, direta ou indireta, compreende todos os preceitos constitucionais de natureza fundamental, isto é, regras e princípios que expressam valores constitucionais que asseguram a continuidade e a estabilidade do ordenamento jurídico democrático”. MORAES (2008,p. 264).

Diante disto, como preceitos fundamentais temos :

1) os princípios fundamentais, que se dividem em princípio republicano, princípio federativo, princípio presidencialista, princípio democrático, princípio da livre iniciativa e princípio da separação das funções estatais (artigos 1 a 4 CRFB);

2) os direitos fundamentais, que se dividem em direito individuais, direitos metaindividuais, direitos sociais, direito à nacionalidade e direitos políticos (artigos 5 a 14 CRFB);

3) os princípios da Administração Pública, que se dividem em princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da publicidade e princípio da eficiência (art. 37,*caput* CRFB);

4) as limitações materiais explícitas ao poder de reforma constitucional, compreendendo as *clausulas pétreas* (artigo 60, parágrafo 4 da CRFB).

Assim sendo, mesmo diante da omissão da magna carta bem como da Lei 9882/99, a doutrina e a jurisprudência reservaram para si a função de elencar quais seriam os preceitos constitucionais violados objetos da arguição de descumprimento de preceito fundamental .

Vislumbra-se, desta forma, que os direitos fundamentais estão incluídos no conceito de preceito fundamental, restando claro que entre eles inclui-se, o direito individual, direito metaindividual, direitos sociais, direito à nacionalidade e direitos políticos. BARROSO (2004)

Conforme André Tavares “Os princípios sensíveis que são aqueles que uma vez violados dão ensejo à intervenção federal, não poderiam também deixar de fazer parte dos preceitos fundamentais, dada a sua importância para a organização do estado.” TAVARES (2001.p.151.)

Ressalta-se, ainda, que os preceitos fundamentais devem decorrer da Constituição Federal, seja de forma direta ou seja de forma indireta. Com efeito, existem princípios expressamente referidos na Constituição Federal e outros implícitos sendo certo, no entanto, que todos dela decorrem, inexistindo hierarquia entre eles.

Neste sentido, o constituinte negou ao legislador infraconstitucional qualquer poder para que os preceitos constitucionais decorram de mera lei devendo estes decorrer sempre da Constituição Federal .

4.4 - OBJETO

O objeto da arguição, autônoma ou incidental, consiste em alguns atos estatais, ou seja, atos, comissivos ou omissivos, abstratos ou concretos, praticados no exercício de função administrativa, legislativa ou jurisdicional, em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal.

Diante disto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental significa uma tutela diferenciada , porquanto compreende não apenas atos normativos, mas também os atos estatais de execução, de todas as esferas federativas.

Convém destacar que, apesar da ação de descumprimento de preceito fundamental ter como objeto os acima descritos, estes devem ser analisados à luz do princípio da subsidiariedade.

5 - O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A arguição de descumprimento de preceito fundamental que possui como objeto atos violadores de preceito fundamental é caracterizada pelo princípio da subsidiariedade.

A subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental é um tema controvertido na doutrina e na jurisprudência em razão das diversas interpretações que lhe são dadas.

A idéia principal para que o tema seja enfrentado, é no sentido de se atentar para o fato de que o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por qualquer um de seus legitimados, depende da inexistência de outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade provocada pelo ato objeto desta ação. Esta idéia encontra-se consagrada no artigo 4, parágrafo 1, da Lei 9882/99 que regulamentou a artigo 102, parágrafo 1 da Constituição Federal.

Várias interpretações doutrinárias e jurisprudenciais surgiram ao se analisar o mencionado princípio da subsidiariedade e que serão a seguir delineadas.

Uma primeira posição defendida pela doutrina é no sentido de rejeitar o caráter subsidiário que a lei pretendeu dar à arguição de descumprimento de preceito fundamental ao argumento de que o artigo constitucional 102, parágrafo 1 somente autorizou a Lei 9882/99 a disciplinar o seu processo e procedimento e não a restringir ao seu conteúdo, como efetivamente ocorreu.

Nesta linha, afirma-se que a norma constitucional não deve ser interpretada com subordinação à vontade do legislador.

Defende, assim, o renomado autor André Ramos Tavares a autonomia da arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às ações objetivas bem como as subjetivas existentes em nosso ordenamento jurídico, como forma de permitir que esta ação

seja cabível toda vez que ocorra a violação de preceito fundamental por ato do poder público. TAVARES (2004).

José Afonso da Silva vislumbra por esta tese “(...)a admissibilidade de em um mesmo caso termos uma duplicidade ou até mesmo uma pluralidade de vias para solucionarem a questão constitucional. Alega-se ainda, que diante desta pluralidade de vias deve-se dar preferência para a A.D.P.F com exclusão das demais.” SILVA (2003,p.257)

Neste sentido, para esta corrente, ainda que exista mais de uma ação que desempenhe o mesmo objetivo, com a introdução da arguição deverão ser dirigidos a ela todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição.

A segunda posição doutrinária existente é no sentido da inadmissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental sempre quando houver outro processo objetivo, ações ou recursos cabíveis para evitar ou reparar lesão a preceito fundamnetal resultante de ato do Poder Público.

Destarte, esta corrente tende para o extremo oposto da primeira com fundamento na literalidade do texto legal, inserido no artigo 4, parágrafo 1, da Lei 9.882/99.

Segundo Luis Roberto Barroso, sempre que for possível enfrentar o ato através de outras ações como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental. BARROSO (2004).

Da mesma forma, entende-se que a arguição não será utilizada se for cabível o mandado de segurança, a ação popular, reclamação ou recursos ordinários e extraordinários.

Desenvolve as mesmas idéias Alexandre de Moraes ao afirmar que não haveria a substituição pela arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às demais ações constitucionais que tenham semelhante finalidade, como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ação diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e declaratória de constitucionalidade. MORAES(2001).

Entretanto, para o renomado autor, o ajuizamento da A.D.P.F não exige a inexistência ou outro mecanismo jurídico, mas seu prévio esgotamento sem real efetividade. Isto porque a lei não previu exclusividade de hipóteses para a utilização da

arguição de descumprimento de preceito fundamental , mas subsidiariedade. MORAES (2001).

Diante deste contexto, uma terceira posição doutrinária se formou funcionando com intermediária das outras duas. Defende que deve existir uma subsidiariedade na arguição de descumprimento de preceito fundamental sendo certo, no entanto, que essa subsidiariedade deverá ser vista com razoabilidade.

Os defensores desta tese afirmam que a subsidiariedade deverá ser analisada no tocante à eficácia do “outro meio”, conforme previsto no artigo 4, parágrafo 1, da Lei 9.882/99. Em outras palavras, para esta corrente, a subsidiariedade deverá ser analisada na solução que este outro meio é capaz de produzir.

Assim sendo, entende esta corrente que a simples propositura de ações de natureza subjetiva ou o cabimento de recursos processuais, não impedem a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, se aquelas medidas não forem idôneas a produzir solução imediata e abrangente.

Cumprindo observar que se atenua, assim, a literalidade do princípio da subsidiariedade ao fundamento de que , muitas vezes, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a preceitos fundamentais.

Outrossim, entende-se que dificilmente deixará de haver a possibilidade de se utilizar alguma ação ou recurso contra o ato a ser questionado.

Neste sentido, temos Luis Roberto Barroso que, em seus dizeres, afirma que “ (...) E a demora inevitável no esgotamento de todas as outras vias compromete, naturalmente, os objetivos visados pela arguição (...). É necessária, portanto, uma interpretação mais aberta e construtiva da regra da subsidiariedade.” BARROSO (2004, p.226).

É possível concluir, portanto, que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais não poderá servir de óbice para o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ressalta-se oportunamente que para esta doutrina, defensora desta terceira posição, os Tribunais poderiam conhecer da arguição toda vez que o princípio da segurança jurídica restasse ameaçado, mormente em razão de conflitos de interpretação causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional.

Após a análise doutrinária o tema será analisado com base no posicionamento jurisprudencial dos nossos tribunais.

Cumpra mencionar que a jurisprudência, assim como a doutrina, tem oscilado no que diz respeito à interpretação do artigo 4, parágrafo 1, da Lei 9882/99.

Primeiramente é de se dizer que a rejeição completa do princípio da subsidiariedade, como defendido pela primeira posição doutrinária, não encontra qualquer respaldo na jurisprudência. Trata-se de uma tese que não foi utilizada pelos tribunais superiores no julgamento de ações de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que se trata de uma tese demasiadamente liberal e que vai de encontro com o posicionamento ainda conservador que predomina nos órgãos superiores do judiciário.

No que concerne à segunda posição doutrinária, no entanto, encontram-se muitos precedentes do Supremo Tribunal Federal. É de verificar-se que mediante várias ações de descumprimento de preceito fundamental já analisadas e julgadas, o órgão de cúpula do judiciário definiu que o caráter da subsidiariedade deveria ser observado tanto nas ações objetivas de controle de constitucionalidade como nas de controle difuso.

Infere-se que este posicionamento do Supremo Tribunal Federal fez com que o princípio da subsidiariedade sofresse uma interpretação literal do artigo 4, parágrafo 1, da lei 9882/99 e, como consequência, uma análise mais rígida deste princípio.

Como precedente no Supremo Tribunal Federal, pode ser mencionado o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 12, em que foi relator o ministro Ilmar Galvão. A arguição de descumprimento de preceito fundamental tinha como objeto a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que manteve a cassação de segurança concedida para declarar nula a eleição para a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa catarinense. O Ilustre ministro compreendeu que a decisão era passível de revisão por agravo regimental e, desse modo, haveria a ausência do requisito previsto no referido artigo 4, parágrafo 1 da Lei 9882/99, uma vez que a eventual lesividade do ato impugnado pode ser sanada por meio eficaz que não a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (A.D.P.F. 12/DF, Min.rel. Ilmar Galvão, j. 20-3-2001).

Há igualmente o mesmo posicionamento que poderá ser observado na arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 17, na qual mencionou duas outras arguições, a de número 3 e 13, cujo relator foi o ministro Celso de Melo que aduziu que a

arguição de descumprimento de preceito fundamental apenas poderá ser utilizada, se se demonstrar que, por parte do interessado, houve exaurimento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento jurídico, capazes de fazer cessar a situação de lesividade dos atos estatais questionados. Foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, levando em consideração o princípio da subsidiariedade, não conheceu de arguições de descumprimento de preceito fundamental ajuizadas, por entender que existiam outros meios processuais (mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade por violação da carta política, o agravo regimental e o recurso extraordinário e a reclamação) todos eles aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados. (A.D.P.F. 17/AP, Min. Celso de Mello).

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 18, cujo objetivo era desconstituir ato de governador, pelo qual se determinava a lavratura de ato de demissão de policial civil, negou-se seguimento à arguição porque não fora exaurida a via ordinária em que se pleiteava a mesma tutela.

Neste sentido, André Ramos Tavares que afirmar que “Se ainda não ocorreu o cumprimento da decisão judicial do primeiro grau referente à tutela antecipada concedida, também, não seria a medida judicial ora ajuizada no Supremo Tribunal Federal a via adequada a assegurar a imediata execução do *decisium*” TAVARES (2008, p. 292).

É de se ressaltar que nem sempre a não observância do Princípio da Subsidiariedade tem feito com que o Supremo Tribunal Federal indefira, de pronto, a petição inicial. Na arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 72, a Min. Ellen Gracie, adotou solução diversa, aproveitando a petição inicial com base no princípio da fungibilidade. Uma vez verificados todos os pressupostos da A.D.I. e, diante da relevância e da seriedade da questão que então se discutia, decidiu-se pelo conhecimento da A.D.P.F como A.D.I. TAVARES (2008).

A terceira posição doutrinária, na qual defende que o princípio da subsidiariedade deve ser visto sob o prisma da razoabilidade, igualmente encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 33, cujo relator foi o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o órgão de cúpula do judiciário se firmou no sentido da tese acima exposta.

Entendeu-se que a relação de subsidiariedade deve ser observada, em especial e, relação aos demais processos objetivos previstos na Constituição Federal , como a A.D.I , A.D.I por omissão, A.D.C e não em relação aos instrumentos processuais nos quais se exerce o controle difuso.

Neste sentido deve-se dizer que a subsidiariedade apenas existiria entre processos de índole objetiva, conforme demonstrado na arguição de descumprimento de preceito fundamental acima mencionada de número 33, cujo trecho é o a seguir reproduzido : “(...) Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização de arguição de descumprimento de preceito fundamental . Até porque o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.”. (A.D.P.F 33 MC/PA, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 29-10-2003).

Entendeu-se, em suma, no mencionado julgamento que, em razão da inexistência de processo de índole objetiva apto a resolver a controvérsia constitucional, torna-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Acrescentou-se, ainda, que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem ser capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata.

Oportuno se torna dizer que o entendimento manifestado pelo Ministro admite o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental para os casos em que a impugnação do ato pela via ordinária não seja suficiente para sanar a lesividade de forma geral e definitiva.

Tal situação se mostra clara com a decisão liminar, proferida pelo mesmo Ministro na arguição de descumprimento de preceito fundamental número 76, na qual se entendeu que seria possível admitir a propositura da A.D.P.F. diretamente contra ato do Poder Público, nas hipóteses em que a adoção da via ordinária acarrete danos de difícil reparação à ordem jurídica. (A.D.P.F. 76/TO, Min. Rel. Gilmar Mendes, j.13-2-2006).

No julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 17, já mencionada, o relator ministro Celso de Mello, embora não tenha conhecido da mesma, salientou a tese defendida por esta terceira posição doutrinária.

Entendeu-se que a possibilidade de utilização de outros meios processuais não são suficientes para justificar a aplicação do princípio da subsidiariedade, uma vez que para que

esse possa incidir, seria essencial que os instrumentos disponíveis se mostrassem aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade.

Prosseguindo no julgamento, o Ilustre Ministro salientou, ainda, que se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia prejudicar o uso dessa importante ação constitucional, o que culminaria, em última análise, na frustração da proteção instituída pela Constituição Federal aos preceitos fundamentais, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

Por fim asseverou que “(...) Daí a prudência com que o STF deve interpretar a regra inscrita no art. 4, par.1, da lei 9882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, (...)” (DJU, 28 de Setembro de 2001, ADPF 17, Rel. min. Celso de Mello.)

Com efeito, o Ilustre Ministro foi pioneiro no Supremo Tribunal Federal ao realçar que a existência de outros meios processuais não basta para que incida a subsidiariedade.

Não significa isto dizer que estes outros meios devam ser desconsiderados, mas sim que é imprescindível que tais instrumentos sejam realmente eficazes, ou seja, que produzam os resultados desejados para sanar a lesividade praticada por atos do poder público.

Parece ser este, portanto, o sentido da subsidiariedade que deverá ser adotado.

Convém notar, outrossim, que seguindo tal idéia o Supremo Tribunal Federal, por maioria, admitiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental número 4, que dispôs sobre o valor do salário mínimo. De acordo com a tese que prevaleceu a ADI por omissão, que possui como função apenas dar ciência ao órgão responsável que está em mora legislativa, não seria capaz de tornar efetivo o direito constitucionalmente assegurado.

Entendeu-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderia, neste caso, gerar efeitos muito além dos atribuídos a ADI por omissão. Percebe-se, assim, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi admitida mesmo havendo outro meio de controle abstrato, porquanto mesmo sendo subsidiária, seu cabimento se mostrou mais eficaz para produzir os efeitos almejados.

Corroborando deste entendimento temos André Ramos Tavares que afirma que “(...) A A.D.P.F, será sempre cabível quando (...) determinada lesão à Constituição não possa ser combatida (definitiva e amplamente) por meio dos demais instrumentos jurisdicionais

existentes com a mesma expressividade que o será por meio da A.D.P.F.” TAVARES (2008 , p.296)

Por fim, conclui o renomado autor que a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui caráter principal, jamais secundário ou subsidiário. TAVARES (2008).

Cumpra observar que esta terceira posição doutrinária tem predominado na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal .

Conforme visto, o Pretório Excelso se inclinou ao posicionamento de que a simples existência de ações ou de outros recursos na via processual ordinária não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É preciso que seja analisado casuisticamente se, é ou não, hipótese de arguição sempre se levando em consideração a razoabilidade na sua utilização.

6 - CONCLUSÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental despontou no sistema de controle de constitucionalidade como uma verdadeira novidade para o direito pátrio, a fim de servir como medida protetora dos preceitos fundamentais.

A idéia de preceito fundamental é trazida pela doutrina que conclui ser a mesma referente aos pilares fundamentais em que se baseia a Constituição Federal e que, por tal motivo, necessitam de mecanismos aptos e eficazes para protegê-los.

A noção de descumprimento de preceito fundamental é mais ampla do que a referente à inconstitucionalidade. Isto porque enquanto esta tem por objetivo a verificação de compatibilidade entre uma lei ou ato normativo e a Constituição Federal ou Estadual, aquela pode abranger leis ou atos normativos em sentido amplo, mesmo que estes não se subordinem diretamente à Constituição Federal.

A Lei 9882/99, ao regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, previu quanto a esta a observância ao princípio da subsidiariedade. Realizando-se uma interpretação literal deste princípio, é afastada a utilização da arguição sempre que for cabível outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade do ato praticado pelo Poder Público.

O princípio da subsidiariedade sofre interpretação divergente pela doutrina e pela jurisprudência. Atualmente, existem na doutrina três entendimentos diversos quanto a interpretação deste princípio. Na jurisprudência, a questão está longe de alcançar um consenso sobre a aplicação de caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental .

Existe na doutrina um posicionamento liberal quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual se rejeita o caráter subsidiário previsto na Lei 9882/99. O argumento utilizado é de que a Constituição Federal somente autorizou a referida lei a dar forma e disciplina à arguição e não a restringir o seu conteúdo.

No entanto, é de se observar, que esta é uma posição isolada e bem moderna em relação ao posicionamento ainda conservador do Supremo Tribunal Federal .

Um outro entendimento defendido é no sentido da inadmissibilidade da arguição sempre que for cabível outro processo objetivo ou até mesmo ações individuais e recursos.

Este posicionamento, oposto àquele que defende que a subsidiariedade deverá ser rejeitada, realiza uma interpretação literal do artigo 4, parágrafo único, da Lei 9882/99. Entretanto, tal entendimento demonstra ser radical frente à necessidade de se proteger os preceitos fundamentais.

Existe, ainda, um posicionamento intermediário defendido por parte da doutrina com relação ao princípio da subsidiariedade. De acordo com este entendimento, é preciso que se observe o princípio da razoabilidade quando da verificação da aplicação ou não da arguição.

Trata-se, na realidade, do entendimento mais adequado à realidade jurídica, porquanto dá enfoque à expressão “outro meio eficaz” previsto no artigo 4, parágrafo único da lei 9882/99 e permite que, efetivamente, se verifique o que ver a ser eficaz para sanar a lesividade.

O Supremo Tribunal Federal , em sua jurisprudência, tem aplicado o princípio da subsidiariedade de acordo com o caso concreto em análise, sendo certo que não há um critério fixo quanto à sua aplicação.

No entanto, no Supremo Tribunal Federal, ainda que não se tenha fixado um critério objetivo quanto à aplicação do princípio da subsidiariedade, sempre predominou o entendimento mais conservador quanto a sua aplicação.

O órgão de cúpula do judiciário entende ser a arguição de descumprimento de preceito fundamental subsidiária em relação às outras ações de controle concentrado de constitucionalidade e, em alguns casos, até mesmo aos mecanismos de controle difuso. Tal situação, gera por consequência a perda da força do papel da arguição no controle de constitucionalidade dos atos que lesionam preceitos fundamentais.

Atualmente, entretanto, parece que tem predominado na Corte Constitucional um entendimento mais flexível no tocante à aplicação do princípio da subsidiariedade.

Mister se faz ressaltar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, muito embora instituída no texto da Constituição Federal de 1998, apenas passou a ser regulamentada com a lei 9.882/99.

Após todos esses anos de previsão constitucional e da edição da lei regulamentadora, a doutrina brasileira bem como o próprio Poder Judiciário ainda enfrentam dificuldade na uniformização quanto à interpretação de aspectos relevantes e essenciais do estudo da arguição.

É preciso, portanto, aguardar o amadurecimento do instituto pelos operadores do direito.

7- REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição Constitucional brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Comentários a Lei n 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental in Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Análises à luz da Lei 9882/99*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo. Saraiva, 2008.