

**Dirley da Cunha Júnior**

# **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

no Brasil e no Direito Comparado

**13<sup>a</sup>  
edição**

revista  
atualizada  
ampliada

**2025**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

---

### 1. ORIGEM, CONCEITO E FINALIDADE

A ação declaratória de constitucionalidade foi inserida no direito constitucional brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, que deu nova redação à alínea “a” do inciso I do art. 102 e inseriu o § 2º ao art. 102 do texto constitucional<sup>1</sup>.

Na ocasião, ampla manifestação doutrinária se insurgiu contra a criação da ação declaratória, a ela atribuindo graves vícios de inconstitucionalidade<sup>2</sup>, que foram afastados pelo Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves na ADC nº 01.

Sua razão de ser, e que lhe fornece a nota singular em face das demais ações diretas, consiste em solucionar, definitivamente, a dúvida ou incerteza existente a respeito da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, surgida em virtude de grave controvérsia judicial travada em sede de controle incidental, mas visando a confirmação da lei ou do ato questionado e a declaração de sua constitucionalidade. Daí a necessidade de prévia demonstração, como pressuposto de admissibilidade da própria ação, de controvérsia judicial

---

<sup>1</sup> Com a EC nº 03/93, os aludidos dispositivos ficaram com as seguintes redações: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a **ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**”; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). “Art. 102. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas **ações declaratórias de constitucionalidade** produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (Inserido pela EC nº 03/93 e com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Grifos nossos.

<sup>2</sup> Por todos, conferir o excelente trabalho do Professor Edvaldo Brito, ‘Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal’. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.), *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, p. 39-50, 1995.

relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (Lei nº 9.868/99, art. 14, III)<sup>3</sup>.

Cuida-se a ação declaratória de constitucionalidade, enfim, de uma nova ação objetiva de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, por meio da qual se pode provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, com vistas à declaração definitiva da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, questionado na instância ordinária, para o fim de pôr termo àquela dúvida ou incerteza gerada a partir de relevante controvérsia judicial acerca da aplicação da disposição que constitui o seu objeto. Pressupõe, portanto, a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, de sorte que, sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a própria ação.

Assim, diante dessas considerações, percebe-se que a ADC não se limita a uma mera declaração de constitucionalidade, até porque já vige entre nós o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Ela vai além, para resolver, por todas, as controvérsias judiciais em torno da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal questionado.

## 2. LEGITIMIDADE AD CAUSAM

A EC nº 03/93, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, acrescentou o § 4º ao art. 103, com o qual fixou o elenco dos legitimados ativos para propositura dessa ação. O mencionado parágrafo, ao estabelecer um rol

<sup>3</sup> Vide ADC nº 8, Rel. Min. Celso de Mello: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO CONHECIDA. – O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa “in abstracto”, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. – O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, “em proporções relevantes”, de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. (...)”.

limitado relativamente à ADIN, restringiu a legitimidade ativa para a promoção da ADC somente ao Presidente da República, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa do Senado Federal e ao Procurador Geral da República.

Todavia, a EC nº 45/2004 – conhecida como a emenda da reforma do Poder Judiciário – revogou o § 4º e deu nova redação ao *caput* do art. 103, para nele incluir a ação declaratória de constitucionalidade. Assim, com o advento daquela emenda constitucional, a legitimidade ativa para a propositura da ADC é idêntica e comum à legitimidade da ADIN<sup>4</sup>, aqui se aplicando tudo o que se disse acerca desse tema quando se tratou da ADIN.

Contudo, relativamente à legitimidade passiva, a ADC se distancia da ADIN. Isso porque, como já se afirmou, a legitimidade passiva na ADIN recai sobre os órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato impugnado. Tal situação inexistente na ADC, que é proposta com vistas à defesa e confirmação da constitucionalidade da lei ou do ato. Nesse caso, não há legitimado passivo. Nem o Advogado-Geral da União é citado/notificado para fazer a defesa da lei ou do ato, tendo em vista que na ação declaratória não se impugna absolutamente nada.

### 3. COMPETÊNCIA

A ação declaratória de constitucionalidade é uma ação direta de controle concentrado e, por essa razão, é de competência reservada a um só órgão do Poder Judiciário.

Conforme estabelece o art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a **ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**” (grifos nossos).

Questão interessante é saber se as Constituições Estaduais podem prever a ação declaratória de constitucionalidade. A despeito da ausência de autorização

<sup>4</sup> “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a **ação declaratória de constitucionalidade**: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” Grifos nossos.

constitucional – cumpre esclarecer que a Constituição Federal autorizou os Estados a instituírem a *representação de **inconstitucionalidade*** (CF/88, art. 125, § 2º) – a doutrina majoritária defende a possibilidade da criação, por emenda à Constituição do Estado, da ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual, de competência dos Tribunais de Justiça e tendo por objeto lei ou ato normativo estadual ou municipal questionado em face da Carta Estadual.

#### 4. PARÂMETRO E OBJETO

A ação declaratória de constitucionalidade tem por parâmetro todas as normas constitucionais e por objeto as leis ou os atos normativos federais.

Percebe-se, daí, que apesar de possuírem o mesmo parâmetro de controle (todas as normas da Constituição), o objeto da ação declaratória de constitucionalidade é mais limitado do que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque, enquanto na ADIN o objeto é abrangente da lei ou ato normativo *federal ou estadual*, na ADC o objeto se circunscreve somente à lei ou ato normativo *federal*, não alcançando a lei ou ato normativo estadual.

No entanto, cumpre ressaltar que a ação declaratória de constitucionalidade de competência dos Tribunais de Justiça pode ter por objeto a lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição do Estado.

De mais a mais, tudo o que se falou quando se cuidou da ADIN, sobre a natureza da lei ou do ato normativo, aplica-se aqui. Assim, todas as leis ou atos dotados de *normatividade* (generalidade, abstração e obrigatoriedade), desde que *federais* e questionados em face diretamente da Constituição Federal, podem servir de objeto da ação declaratória.

#### 5. PROCEDIMENTO. A LEI Nº 9.868/99

A Lei nº 9.868/99 estabelece que a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade indicará – para além do dispositivo da lei ou do ato normativo questionado, dos fundamentos jurídicos do pedido e do próprio pedido, com suas especificações (requisitos exigidos também para a ação direta de inconstitucionalidade) – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação.

Em conformidade com o art. 15, a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo agravo dessa decisão.

Proposta a ação, o relator abrirá vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias. De observar-se que, nessa ação, o Advogado-Geral da União não se manifesta, uma vez que ela já objetiva a defesa do ato e, conseqüentemente, a declaração da sua constitucionalidade. Logo, nada há para o AGU defender. Demais disso, não há pedido de informações.

Cumpra esclarecer que, uma vez proposta a ação declaratória, tendo em vista a sua natureza marcadamente objetiva, não se admitirá desistência, nem intervenção de terceiros. Todavia, entendemos que é possível a intervenção do terceiro especial na condição de *amicus curiae*. Isso porque, conforme escrevemos noutro lugar:

“(...) apesar do veto ao § 2º do art. 18 da Lei 9.868/99, que previa a intervenção do “amicus curiae” na ADC, não temos dúvida da possibilidade de intervenção de terceiro objetivamente interessado, na condição de amigo da corte, no processo da ação declaratória de constitucionalidade. Aliás, o próprio veto chega a se coadunar com esse raciocínio, quando elucida que ‘Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º’<sup>5</sup>.

Havendo pedido de medida cautelar, dispõe o art. 21 da Lei 9.868/99, que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir o pedido, que consistirá na determinação de que os juízes e os

<sup>5</sup> ‘A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – A intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF, In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.), *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 149-167. Nesse sentido decidiu recentemente o STF: “A Lei n. 9.868, de 10-11-99, em seu art. 18, caput, dispõe que ‘não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade’. Foram vetados pelo Presidente da República os §§ 1º e 2º do referido dispositivo (Mensagem n. 1.674, de 10-11-99, ao Presidente do Senado Federal), que possuíam o seguinte teor: ‘§ 1º Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.’ Cuidava o § 2º do art. 18, como se pode observar, do *amicus curiae*, a quem caberia se manifestar no feito dentro do prazo previsto no § 1º. O veto presidencial poderia ensejar a ideia de que o ingresso do *amicus curiae* em ação declaratória de constitucionalidade estaria contaminado por algum vício ou seria absolutamente inconveniente. As razões apresentadas para sustentar o veto pelo Presidente da República, entretanto, afastam esta conclusão. (...) Efetivamente, não houve, com os vetos do Presidente da República, qualquer repúdio, sob qualquer fundamento, ao ingresso de *amicus curiae* em ação declaratória de constitucionalidade. Neste caso, atento ao fato de que esta ação integra o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, não há razão lógico-jurídica, plausível, para deixar de aplicar o § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99, específico das ações diretas de inconstitucionalidade, às ações declaratórias de constitucionalidade. (...)” (ADC 18, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgamento em 14-11-07, DJ de 22-11-07).

Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Entretanto, estabelece o parágrafo único que, concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia

Após a audiência do Procurador-Geral da República, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Todavia, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, também poderá o relator instruir a ação, para tanto requisitando informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição. Essas informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (art. 20, §§ 1º, 2º e 3º).

## 6. DECISÃO E EFEITOS

A ação declaratória de constitucionalidade será julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão com a presença de pelo menos oito Ministros.

Todavia, para proclamação do resultado, quer para declarar a constitucionalidade, quer para pronunciar a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deve se manifestar pelo *quorum* da *maioria absoluta* de seus membros, ou seja, de seis Ministros. Conforme o parágrafo único do art. 23, se não for alcançada essa maioria, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Julgada procedente a ação declaratória, será declarada a constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal; julgada improcedente, será declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal. Tal circunstância se verifica em razão da *natureza dúplice* das ações diretas. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade é *irrecorrível*, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Essa decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Esclareça-se que a decisão que acolhe a ação declaratória e reconhece a constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal produz eficácia *ex tunc* ou retroativa, tendo em vista que se limita a confirmar um estado de constitucionalidade pré-existente. No entanto, quando o Supremo Tribunal Federal desacolhe a ação, declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal, ele pode, desde que por maioria de dois terços de seus membros, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, tudo isso em conformidade com o art. 27, modulando a eficácia temporal do referido *decisum*.



## ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

---

### 1. ORIGEM, DELINEAMENTO CONSTITUCIONAL E GENERALIDADES DO INSTITUTO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>1</sup> é instituto novo no direito brasileiro, sem precedente na história constitucional local, nele introduzido pela Constituição Federal de 1988. Originariamente, essa ação constitucional tinha previsão no parágrafo único do art. 102 da Constituição. Contudo, em face da Emenda Constitucional nº 03/93, que eliminou tal parágrafo único, dividindo-o em dois parágrafos, a arguição passou a ter previsão no parágrafo 1º, que dela dispôs da seguinte forma:

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

Em razão de o dispositivo constitucional submeter a apreciação da arguição *na forma da lei*, o Supremo Tribunal Federal firmou sua posição no sentido de que essa norma instituidora da arguição era de eficácia limitada, carente de regulação legal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, conferir o nosso *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, op. cit.; ‘A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a nova jurisdição constitucional brasileira’, In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.), *Estudos de Direito Constitucional*, Salvador: Edições Juspodivm, p. 43-92, 2003 e ‘Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental’, In: DIDIER JR., Fredie (Org.), *Ações Constitucionais*, Salvador: Edições Juspodivm, p. 429-500, 2006. Conferir, também: CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011

<sup>2</sup> AgRegAI 145.860, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.02.93: “A previsão do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a arguição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável à conclusão sobre a pertinência do extraordinário”; AgRegAI 144.834-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16.03.93: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental

Após passados longos anos, e por razões mais que conhecidas<sup>3</sup>, o então Ministro da Justiça Iris Rezende, editou a Portaria nº 572, de 07 de julho de 1997, constituindo uma Comissão Especial para o fim específico de apresentar sugestões ao Poder Executivo, objetivando a regulamentação do disposto no art. 102, § 1º, da Constituição Federal.

Essa Comissão foi composta pelos professores Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Arnoldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes, sob a presidência do primeiro. Seus trabalhos foram encerrados em novembro de 1997, com a elaboração de proposta de um anteprojeto para regulamentação da matéria. Apresentada ao Congresso Nacional, tal proposta sofreu algumas modificações, embora, ao final, tenha prevalecido a orientação geral da Comissão<sup>4</sup>. Ela restou aprovada com 14 artigos, 18 parágrafos e 09 incisos.

---

decorrente da Constituição (...) ainda depende de lei regulamentadora”; AgRegPet 1.140-7, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 31.05.96, p. 18.803: “(...) enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la”. No mesmo sentido: Petição n. 1.369-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 08.10.97, p. 50.468. Embora a questão esteja superada, em face do advento da Lei nº 9.882/99, cumpre registrar a nossa posição no sentido da possibilidade de aplicação imediata do instituto, independentemente de qualquer lei. Ora, à semelhança do que ocorreu com a Adin e a Adecon, o Supremo poderia ter aplicado o seu Regimento Interno à ADPF e consolidar uma jurisprudência a respeito. Basta mencionar o fato de que a Lei nº 9.868/99, que regulou a Adin e a Adecon, acolheu significativamente a jurisprudência do STF construída em derredor destas duas ações diretas. E importa lembrar que a Lei da ADPF é muito semelhante à Lei da ADIN e ADC.

<sup>3</sup> A ideia da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi originada a partir do intento de evitar as concessões de liminares que impediam as pretensões do Executivo, muitas das quais inconstitucionais. Tal é revelado por Gilmar Ferreira Mendes, ‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental’. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./99 (disponível no site: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)): “Em maio de 1997 discuti com o Professor Celso Ribeiro Bastos a possibilidade de introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, de um instrumento adequado a combater chamada ‘guerra de liminares’. Chegamos à conclusão de que a própria Constituição oferecia um instrumento adequado – pelo menos no que diz respeito às matérias afetas ao Supremo Tribunal Federal – ao prever, no art. 102, § 1º, a chamada “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Na oportunidade, lembramos que a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderia contemplar, adequadamente, o incidente de inconstitucionalidade”.

<sup>4</sup> Impende ressaltar, todavia, que desde março de 1997 tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei de nº 2.872, de autoria da Deputada Sandra Starling, já objetivando disciplinar o instituto, sob o *nomen juris* de “reclamação”. A denominada “reclamação”, tal como proposta, restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Essa reclamação haveria de ser formulada junto ao Supremo Tribunal Federal por um décimo dos Deputados ou dos Senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Esse projeto de lei da Deputada Sandra Starling recebeu, em 04 de maio de 1998, parecer favorável do

Submetida à sanção presidencial, a proposta teve alguns de seus dispositivos vetados. Assim, foram vetados: (1) o inciso II, parágrafo único, do art. 1º; (2) o inciso II, do art. 2º; (3) o § 2º, do art. 2º; (4) o § 4º, do art. 5º; (5) os §§ 1º e 2º, do art. 8º e (6) o art. 9º.

Sancionada a proposta, com os vetos acima apontados, foi promulgada e publicada a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, cuja ementa destaca claramente seu objetivo, conferindo-lhe a natureza de *Lei de Ritos*, uma vez que a mesma:

“Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”.

Apesar de algumas deficiências, notadamente em razão dos vetos que lhe foram apostos, a Lei reguladora do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental trouxe, como se verá ao diante, significativos avanços em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, inclusive para *corrigir* certos equívocos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal formada em derredor da ação direta de inconstitucionalidade. Não há negar, portanto, que o novo instituto, ainda que deficientemente regulado, introduziu significativas e requintadas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Cumpre, por ora, apenas registrar que a lei de processo e julgamento da arguição possibilitou um controle *concentrado-incidental* junto ao Supremo Tribunal Federal, permitindo a resolução antecipada de controvérsias constitucionais relevantes, instaladas em qualquer processo judicial concreto, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo somente após longos anos.

A lei também permitiu o controle *abstrato* de atos infralegais e concretos, de quaisquer das entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e especialmente sobre a legitimidade constitucional do direito ordinário preexistente em face da nova Constituição que, até o momento, em razão de uma equivocada jurisprudência do STF, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma criação brasileira, sem paralelo no direito comparado. Não obstante, é possível encontrar-se na legislação alienígena alguns institutos que podem ter servido de inspiração

---

relator, o Deputado baiano Prisco Viana, pela aprovação do projeto na forma de Substitutivo de sua autoria. Contudo, o “Substitutivo Prisco Viana” acolheu a orientação geral contida no Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos. Conferir, a propósito, Gilmar Ferreira Mendes, ‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental’. In: *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./99 (disponível no site: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

para o legislador constituinte e, notadamente, para o legislador ordinário que regulou o rito da arguição brasileira. Impende, em breve análise, fazer referência a esses institutos, cujos sentidos e experiências nos países que os adotam podem auxiliar sobremaneira na compreensão do instituto pátrio em causa.

Entre tais institutos, identifica-se o *writ of certiorari* do direito norte-americano, que consiste num pedido formulado à *Supreme Court* por quaisquer das partes de um processo em curso perante outras instâncias judiciais, a fim de que a Corte dirima determinada questão já decidida, ou ainda pendente de decisão (*certiorari before judgement*), quando existam importantes e especiais razões para isso – circunstância que revela o considerável grau de discricionariedade do Tribunal em admitir ou não o pedido. Há, ademais, a *Popularklage* do direito bávaro, que corresponde a uma ação popular que se destina à impugnação de leis ou regulamentos lesivos aos direitos fundamentais (Constituição da Bavária, art. 98, nº 4º). Também existe o *Beschwerde* do direito austríaco, instituído como um recurso constitucional, por meio do qual o particular pode impugnar diretamente junto ao Tribunal Constitucional uma lei violadora de direito fundamental, desde que esgotada previamente a via administrativa.

Ainda há o recurso de amparo do direito espanhol, por meio do qual qualquer cidadão pode defender um direito fundamental seu junto ao Tribunal Constitucional, em face de violação originada de qualquer ato do poder público, desde que exaurida a via judicial. Com efeito, segundo o art. 53, nº 2, da Constituição espanhola, qualquer cidadão poderá pedir a tutela dos direitos fundamentais através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional. E o art. 161, nº 1, alínea *b*, da mesma Constituição, prevê a competência do Tribunal Constitucional para julgar o recurso de amparo impetrado em face de violação dos direitos e liberdades referidos no nº 2 do art. 53 da Carta Política espanhola. No mesmo passo, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, no art. 41, nº 2, admite a impetração do amparo “em face das violações dos direitos e liberdades (...), originadas de disposições, atos jurídicos ou simples via de fato dos poderes públicos do Estado”.

Contudo, entre tais institutos do direito estrangeiro destaca-se, com especial proximidade da nossa arguição de descumprimento<sup>5</sup>, o *Verfassungsbeschwerde* do

<sup>5</sup> Tanto que, José Afonso da Silva, *Curso...*, op. cit., p. 559-560, após enaltecer a arguição como provável fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal, aduz, referentemente ao § 1º do art. 102, da Constituição Federal, que: “A lei prevista bem poderia vir a ter a importância da Lei de 17.4.51 da República Federal da Alemanha, que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*, que se tem traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade, é mais do que isso (...). Em alguns casos ele serve para impugnar, e, aí, sua natureza de meio de impugnação, de recurso é patente. Em outros, contudo, é meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais. Parte de seus objetivos são cobertos pelo nosso mandado

direito alemão, previsto no art. 93, 1, nº 4-A, da Lei Fundamental, segundo a qual compete ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre os recursos constitucionais interpostos por qualquer cidadão na defesa de seus direitos fundamentais lesados por ato do poder público. Percebe-se, daí, que o recurso constitucional alemão cuida-se de uma ação de garantia concreta dos direitos fundamentais, que pode ser diretamente ajuizada no Tribunal Constitucional, para atacar qualquer ato do poder público, até mesmo a lei, desempenhando uma dupla função: uma função subjetiva de defesa de direitos subjetivos e uma função objetiva de tutela da supremacia da Constituição. Esse recurso constitucional alemão sujeita-se, também, ao prévio esgotamento das instâncias judiciais ordinárias, salvo na hipótese de haver interesse geral na solução do recurso ou possibilidade de grave e inevitável prejuízo para o seu autor, caso tenha primeiro de percorrer as vias judiciais comuns, situação em que o recurso pode ser interposto imediatamente, sem a necessidade do prévio esgotamento da via judicial<sup>6</sup>.

Percebe-se, desta sumária análise comparada, que a maioria desses institutos foram concebidos para a proteção especial dos direitos fundamentais, de tal modo que estão limitados à proteção das normas constitucionais definidoras destes direitos. A ideia de se fixar um *parâmetro restrito* de controle de constitucionalidade, que imperou no âmbito de tais institutos do direito comparado, influenciou decisivamente o constituinte brasileiro, na criação de uma ação especial para a proteção somente dos chamados *preceitos fundamentais*, que demandavam um mecanismo próprio de tutela, dada a relevância fundamental destes preceitos para o equilíbrio e a própria subsistência do Estado e da Sociedade.

No contexto, e por ora, pode-se assegurar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste em uma *ação constitucional*

---

de segurança. Mas ele tem objetivos mais amplos do que este, e não está delimitado à defesa de direito líquido e certo, pessoal. O *Verfassungsbeschwerde* é originário da Baviera, cuja regulamentação legal prevê o cabimento de *Popularklage*, isto é, a atribuição do direito de ação a *quísquis de povo* (ação popular), declarando que a inconstitucionalidade por ilegítima restrição de um direito fundamental pode ser feita valer por qualquer pessoa, mediante ‘recurso’ junto da Corte Constitucional. O texto, em exame, permite-nos avançar na mesma direção e será um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao Supremo Tribunal Federal”.

<sup>6</sup> Segundo dispõe § 90 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão: “(1) Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em alguns de seus direitos fundamentais (...); (2) Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial”.

especialmente destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público. A partir de sua introdução no direito brasileiro, a jurisdição constitucional brasileira, tal como vinha sendo formatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sofreu profundas alterações, que serão examinadas neste trabalho, para admitir, repise-se, o controle *abstrato* de constitucionalidade do direito ordinário pré-constitucional, do direito municipal contestado diretamente em face da Constituição Federal e dos atos normativos secundários (infralegais) e até dos atos administrativos, materiais e concretos do poder público, além de ter possibilitado um controle *concentrado-incidental* de constitucionalidade, em moldes semelhantes do que já vinha ocorrendo na Áustria, na Itália, na Alemanha e na Espanha.

Ademais disso, com a arguição de descumprimento, as outras ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade devem ser, segundo pensamos, redirecionadas para a tutela exclusiva das outras normas constitucionais que não se encontrem inseridas no raio de proteção especial da arguição, ou seja, que não se qualifiquem como preceitos constitucionais fundamentais. A propósito disto, tentaremos desconsiderar, por flagrante inconstitucionalidade, o caráter de subsidiariedade que surpreendentemente lhe emprestou o legislador ordinário.

Adverta-se, entretanto, que a jurisprudência do STF já formada em torno da ADPF vem aceitando a subsidiariedade desta ação constitucional, de tal modo que ela só será admitida se não existir no sistema jurídico pátrio outra ação capaz de efetivamente afastar a lesão a preceito fundamental. Isso significa que, apesar da criação da ADPF, as outras ações diretas do controle concentrado de constitucionalidade podem ser manejadas para a defesa dos preceitos fundamentais, ficando a ADPF relegada a segundo plano, só se a aceitando quando não admitida nenhuma daquelas ações.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, em razão de sua recente prática no direito constitucional brasileiro, tem suscitado algumas dúvidas e gerado controvérsia na doutrina e no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal. Questões relacionadas à admissibilidade, envolvendo fundamentalmente a legitimidade ativa e o caráter subsidiário desta ação, têm causado intenso debate entre os Ministros da Suprema Corte.

A Lei nº 9.882/99, como se noticiou acima, foi impugnada em bloco por meio da ADIN no 2.231-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, em sessão de julgamento de Virtual de 12.5.2023

a 19.5.2023, o STF, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta e, na parte conhecida, julgou improcedentes os pedidos formulados, fixando a seguinte tese de julgamento: **“É constitucional a Lei nº 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental”**, nos termos do voto do Relator.

Importa ressaltar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para além de proteger a supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais em face da postura ativa lesiva do Estado, pode se tornar um potencial instrumento de controle das omissões do poder público, quando a inércia dos órgãos políticos e administrativos do Estado infringirem algum preceito fundamental da Constituição. Tal constatação torna-se ainda mais factível em razão do recente julgamento da ADPF nº 04, no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu a arguição de descumprimento como instrumento eficaz de controle da inconstitucionalidade por omissão<sup>7</sup>.

## 2. A PARAMETRICIDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO: OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

A arguição de descumprimento, segundo sua configuração jurídico-constitucional, destina-se a proteger os *preceitos fundamentais decorrentes da Constituição*. Cumpre, destarte, empreender certa investigação, ainda que breve, a respeito do que seja preceito fundamental decorrente da Constituição, já que constitui o *parâmetro singular e restrito* para o controle de constitucionalidade por meio desta incipiente ação judicial.

Antes, porém, impende esclarecer que não é novidade no direito constitucional brasileiro a criação de uma ação especial para a proteção, não de todas as normas constitucionais, mas tão-somente de certas e determinadas normas da Constituição. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade já conhecia, desde a Carta de 1934, uma ação constitucional especificamente direcionada à proteção de determinadas normas da Constituição. Cuidava-se da representação

<sup>7</sup> Informativo STF nº 264: Concluído o julgamento de preliminar sobre a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT, contra a MP 2.019/2000, que fixa o valor do salário-mínimo, o STF, colhido o voto de desempate do Min. Néri da Silveira, *conheceu da arguição* por entender que a medida judicial existente – ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, não se aplicando à espécie o § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99 (“Não se admitirá arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”). Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves, que não conheciam da ação. Em seguida, suspendeu-se a conclusão do julgamento para que os autos sejam encaminhados, por sucessão, à Ministra Ellen Gracie (ADPF 4-DE, rel. Min. Octavio Gallotti, 17.4.2002).

para fins de intervenção, conhecida por ação direta de inconstitucionalidade interventiva, hoje prevista no art. 36, III, da Constituição Federal, instituída para a proteção apenas de certas normas definidoras dos chamados princípios constitucionais sensíveis (arrolados, na Constituição atual, no inciso VII, do art. 34).

A Constituição atual, trilhando o mesmo caminho, consagrou a arguição de descumprimento como uma ação constitucional especialmente vocacionada à defesa exclusiva de determinadas normas constitucionais compreendidas entre os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição. A princípio, tal desígnio pode causar estranheza, haja vista que, por ser a Constituição uma Lei Fundamental, ela é composta, inquestionavelmente, por normas fundamentais, devendo todas as suas normas, em consequência, ser consideradas preceitos fundamentais. A isso se acrescenta a ideia de que o sistema jurídico-constitucional se assenta sobre o princípio da unidade da Constituição, não sendo cogitável uma espécie de hierarquia entre os preceitos constitucionais a ponto de considerar uns como fundamentais e outros como não fundamentais. A controvérsia pode girar em torno da seguinte indagação: há preceito previsto na Constituição que não seja fundamental?

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 pode identificar os preceitos fundamentais<sup>8</sup>, que estão diretamente ligados aos valores supremos do Estado e da Sociedade.

Vale dizer, sem embargo da irrepreensível constatação dogmática de que todas as normas de uma Constituição encerram um mesmo imperativo e, em consequência disto, situam-se num mesmo plano hierárquico-normativo, as normas constitucionais distinguem-se quanto aos valores que carregam, sendo admissível falar, na hipótese, em *hierarquia axiológica* entre as normas de uma mesma Constituição. Assim, impõe-se reconhecer a existência de preceitos normativos da Constituição que, em razão dos valores superiores que consagram, são mais fundamentais que outros<sup>9</sup>. Por conseguinte, dada a fundamentalidade destes preceitos, o constituinte optou por lhes conferir proteção especial com a criação de um mecanismo próprio.

*Tollitur quaestio*, cumpre agora verificar o que se entende por preceito jurídico. Sem pretender enveredar para um aprofundamento teórico a respeito

<sup>8</sup> André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*, p. 103.

<sup>9</sup> Como por exemplo, ninguém duvida que o preceito contido no art. 1º da Constituição Federal, que consagra, como regime político da República Federativa do Brasil, o Estado Democrático de Direito, é inegavelmente mais importante e fundamental que o preceito que se extrai do § 2º do art. 242 da Carta Magna, segundo o qual o “colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.