



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.231/DF**

**REQUERENTE:** CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO  
BRASIL

**INTERESSADOS:** PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
CONGRESSO NACIONAL

**RELATOR:** MINISTRO DIAS TOFFOLI

**PARECER ASSEP/PGR Nº 397893/2020**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9.882/1999. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 102, § 1º, DA CF/88. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. MÉRITO. CONSTITUCIONALIDADE DOS EFEITOS *ERGA OMNES* E VINCULANTES. ADPF INCIDENTAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO.

1. A ausência de impugnação específica de todos os preceitos da lei, uma vez que suscitada a invalidade da integralidade do diploma normativo, leva ao conhecimento parcial da ação, para exame apenas dos dispositivos efetivamente impugnados, atinentes à arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental.

2. Os efeitos *erga omnes* e vinculantes (art. 10, § 3º, Lei 9.882/99) não são inconstitucionais, uma vez que o legislador infraconstitucional, no âmbito da liberdade de conformação legiferante, pode validamente atribuir efeitos vinculantes às ações do controle concentrado de constitucionalidade, sendo despicienda a promulgação de emenda à Constituição para esse desiderato.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

3. A modulação dos efeitos prevista no art. 11 da Lei 9.882/99 é compatível com a Constituição, tendo em conta que o dogma da nulidade do ato inconstitucional pode ser mitigado pelo legislador ordinário, de modo a prestigiar outros valores constitucionais igualmente relevantes, sobretudo o da segurança jurídica.

4. A ADPF incidental, tal como prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.882/99, não alcança controvérsias concretamente postas em juízo, tampouco se qualifica como instrumento de julgamento de questões prejudiciais em processos que tramitam em outros órgãos judicantes.

5. É necessária e oportuna a fixação de parâmetros objetivos quanto ao cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a partir da experiência dos mais de 20 anos de existência dessa via processual, como forma de conferir segurança jurídica a essa importante ação, que completa o sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

6. Proposição de balizas objetivas quanto aos requisitos de conhecimento da ADPF, considerando-se: (i) “preceito fundamental” como conceito que abrange princípios fundamentais (Título I da CF), direitos fundamentais (sobretudo, no Título II da CF), princípios sensíveis (art. 34, VII, da CF) e cláusulas pétreas (art. 60 da CF); (ii) “ato do poder público” com eficácia atual; (iii) “subsidiariedade” como inexistência, para sanar a lesividade, de outras ações do controle concentrado ou de medidas judiciais diversas (subsidiariedade formal); e demonstração de “relevância” da controvérsia constitucional, que transcenda



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

interesses subjetivos e não esteja inserida nas competências dos poderes Executivo e Legislativo (subsidiariedade material).

- Parecer pelo conhecimento parcial da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido, salvo quanto à interpretação conforme a ser conferida ao art. 1º, parágrafo único e ao art. 5º, § 3º, para deles excluir a possibilidade de exame de controvérsias concretamente postas em juízo.

Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB em face da integralidade da Lei 9.882, de 3.12.1999, em especial quanto às disposições dos arts. 1º, parágrafo único; 5º, § 3º; 10, *caput* e § 3º e 11 do referido diploma normativo, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

Este é o teor das normas impugnadas:

*Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:*

*I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; - Grifo nosso.*

*II – (VETADO)*

*Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:*

*I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;*

*II - (VETADO)*

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

*§ 2º (VETADO)*

*Art. 3º A petição inicial deverá conter:*

*I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;*

*II - a indicação do ato questionado;*

*III - a prova da violação do preceito fundamental;*

*IV - o pedido, com suas especificações;*

*V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.*

*Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.*

*Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.*

*§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*

*§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.*

*Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental.*

*§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.*

*§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.*

*§ 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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. - Grifo nosso.*

*§ 4º (VETADO)*

*Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.*

*§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.*

*Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.*

*Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.*

*Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.*

*§ 1º (VETADO)*

*§ 2º (VETADO)*

*Art. 9º (VETADO)*

***Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. - Grifo nosso.***

*§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.*

*§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.*

***§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. - Grifo nosso.***

***Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de***



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. - Grifo nosso.*

*Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurável, não podendo ser objeto de ação rescisória.*

*Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.*

*Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

Sustenta o Requerente que a íntegra do diploma legal estaria eivada de inconstitucionalidades. Aponta uma pretensa relação de interdependência entre as normas, de modo a sustentar que, invalidados os principais dispositivos por ele indicados, toda a lei há de ser declarada inconstitucional. Ressalta haver especial afronta à ordem constitucional pelos artigos 1º, parágrafo único; 5º, § 3º; 10, *caput* e § 3º e 11.

Afirma que a chamada ADPF incidental, prevista no art. 1º, parágrafo único, teria extravasado da hipótese prevista no art. 102, § 1º, CF/88. Aduz haver violação aos princípios do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) quando a Lei 9.882/99 estabelece o procedimento



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

da arguição de descumprimento de preceito fundamental para “*além da hipótese constitucionalmente estabelecida*” (peça 1).

Argumenta que o art. 5º, § 3º da Lei 9.882/99 traduz um menoscabo ao princípio do juiz natural, quando permite ao Supremo Tribunal Federal suspender o andamento de processos, os efeitos de decisões judiciais ou determinar qualquer outra medida relacionada com a matéria objeto da ADPF. Sugere haver, ademais, quebra “*até mesmo da divisão de Poderes*” (peça 1) no texto do art. 10, *caput* e § 3º, ao prever a eficácia *erga omnes* da decisão.

Por fim, o postulante aponta que a restrição da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (modulação de efeitos), tal como prevista no art. 11 da lei impugnada, conspurca o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º) e o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II).

Liminarmente, postula a suspensão cautelar da eficácia da íntegra do diploma impugnado, vindicando subsidiariamente a suspensão dos arts. 1º, parágrafo único; 5º, § 3º; 10, *caput* e § 3º e 11. No mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos da lei. Subsidiariamente, a invalidação dos arts. 1º, parágrafo único; 5º, § 3º; 10, *caput* e § 3º e 11.

O processo foi distribuído ao Ministro Néri da Silveira, que requisitou informações às autoridades (peça 3). O Senado Federal, em informações,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

sustentou o indeferimento do pedido de concessão de liminar com efeito suspensivo (peça 5).

A Advocacia-Geral da União posicionou-se pela não concessão da medida liminar de suspensão dos dispositivos legais destacados e, no mérito, pela improcedência do pedido (peça 7).

O então Relator, Ministro Néri da Silveira, em sessão plenária do dia 5 de dezembro de 2001, proferiu seu voto para deferir, em parte, a medida cautelar, no tocante ao artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882, de modo a excluir de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já posta em Juízo (interpretação conforme). Quanto ao art. 5º, § 3º, da mesma lei, votou pela suspensão da norma. Em ambos os casos, com efeitos *ex nunc*.

O julgamento foi suspenso ante pedido de vista dos autos pelo Ministro Sepúlveda Pertence (peça 14).

Em nova assentada, em 21 de junho de 2018, ao votar questão de ordem acerca da conversão do julgamento cautelar em diligência para a instrução do feito, retornaram os autos ao sucessor do Ministro Néri da Silveira, o Ministro Dias Toffoli (peça 30).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

O ora Relator, Ministro Dias Toffoli, solicitou novas informações às autoridades (peças 34, 35 e 36). A Câmara dos Deputados informou que o Projeto de Lei 2.872/97, que deu origem à Lei 9.882/99, seguiu os devidos trâmites constitucionais e regimentais (peça 41).

O Senado Federal posicionou-se pela improcedência do pedido. Sustentou que o teor das normas impugnadas não apresenta ofensa ao texto constitucional (peça 42).

A Advocacia-Geral da União, por derradeiro, manifestou-se pelo não conhecimento da ação, parcialmente, por ausência de impugnação específica de todos os dispositivos levantados no pedido da ação. No mérito, opinou pela improcedência do pedido (peça 44).

É o relatório.

**1. Preliminar. Conhecimento parcial da ação: ausência de impugnação específica da ADPF autônoma**

A Lei 9.868/1999 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, constando do art. 3º, I, a necessidade de impugnação específica da lei ou ato normativo impugnado:

*Art. 3º A petição indicará:*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;*

O Requerente deixou de observar esse requisito legal, na medida em que se **limitou a fundamentar apenas a pretensa invalidade do art. 1º, parágrafo único; art. 5º, § 3º; art. 10, caput e § 3º e art. 11.** Apesar do pedido formulado na exordial ser o reconhecimento da inconstitucionalidade do **inteiro teor** da Lei 9.882/99, a petição inicial só impugna especificamente os dispositivos sobreditos.

O autor da ação estabelece uma pretensa relação de interdependência entre os dispositivos impugnados de maneira específica e aqueles impugnados de maneira genérica, como se constituíssem um bloco monolítico incindível. O desiderato é, com isso, sustentar que a lei deve ser integralmente havida como inconstitucional. Inclusive, por meio de inferências : *"é de se presumir que o legislador não a editaria se soubesse..."*.

Não é como se posiciona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: *"Segundo a teoria da divisibilidade das leis, em sede de jurisdição constitucional, aqueles dispositivos que não apresentam vício de inconstitucionalidade devem permanecer válidos"* (ADI 4081, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, DJ de 4.12.2015).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

As razões declinadas pelo Requerente não comportam automática extensão para os dispositivos não especificamente questionados.

O Requerente formula pedido de incompatibilidade da Lei 9.882/99, na íntegra, com a ordem constitucional. A fundamentação aduzida na peça exordial, contudo, limita-se ao questionamento da ADPF em sua **acepção incidental (art. 1º, caput e demais dispositivos aplicáveis a essa categoria)**.

Assim, o requisito da impugnação específica não foi plenamente atendido, razão pela qual a ação há de ser conhecida em parte, isto é, circunscrita ao exame de compatibilidade dos objetos impugnados **com especificidade**: art. 1º, parágrafo único; art. 5º, § 3º; art. 10, caput e § 3º e art. 11 da Lei 9.882/99.

## 2. Mérito. Da síntese argumentativa apresentada na exordial

A ADI foi ajuizada em 27 de junho de 2000, ou seja, há mais de vinte anos. Desde então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi sendo construída e, desde o ajuizamento, alterou-se sensivelmente.

Os argumentos apresentados pelo Requerente, ao suscitar a inconstitucionalidade da lei em questão, podem ser agrupados em três



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

categorias: (i) ampliação da hipótese constitucionalmente prevista no art. 102, § 1º; (ii) afronta aos princípios do devido processo legal, do juiz natural, da divisão de poderes e da legalidade e, por fim, (iii) ofensa ao Estado Democrático de Direito.

O Requerente impugnou expressamente:

- a validade do artigo 1º, parágrafo único, que previu a chamada ADFP incidental;
- a possibilidade de o STF *“suspender o andamento do processo ou o efeito das decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição ofertada”* (peça 1, página 20 – art. 5º, § 3º);
- que *“essa coisa julgada com eficácia erga omnes, estabelecida no § 3º do artigo 10 da Constituição Federal, não se coaduna com o § 1º do artigo 102 da Constituição Federal”* (peça 1, página 27 - art. 10, *caput* e § 3º);
- a modulação de efeitos, concluindo que é inconstitucional *“permitir que atos normativos ou leis inconstitucionais, assim declarados por decisão do STF, produzam algum tipo de efeito em algum momento do tempo”* (peça 1, página 30 – art. 11).

Em suma, o postulante questiona, respectivamente, a ADFP incidental, o poder geral de cautela, os efeitos vinculantes, a eficácia *erga omnes* e a modulação dos efeitos da decisão proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

É o que se examina adiante.

## 2.1 ADPF incidental (art. 1º, parágrafo único)

Fundadas controvérsias sobre a validade da Lei 9.882/99 podem aflorar, a depender do raio de alcance que se lhe atribua. A doutrina e a própria jurisprudência já sinalizaram serem de difícil assimilação algumas interpretações e iniciativas.

A Lei 9.882/99 apresenta duas formas de arguição de descumprimento de preceito fundamental: *a*) a **arguição autônoma** (art. 1º, *caput*) e *b*) a **arguição incidental** (art. 1º, parágrafo único)<sup>1</sup>. Somente a última delas foi contemplada pelos argumentos suscitados pelo postulante.

As duas modalidades de ADPF integram o microsistema do controle concentrado. Ambas compõem sistemática que autoriza órgão único, o Supremo Tribunal Federal, a declarar a inconstitucionalidade de ato ou norma incompatível com o texto constitucional.

Na chamada **ADPF autônoma**, tem-se o que poderia ser chamado de ADPF genérica, porquanto ajuíza-se a ação em tese. Trata-se de

---

1 Na doutrina, Alexandre de Moraes se refere a essa espécie como “ADPF por equiparação”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª ed., São Paulo: Atlas, 2019. p. 856. Outros autores denominam essa modalidade de “ADPF paralela”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

instrumento vocacionado à tutela de preceitos fundamentais lesados ou ameaçados de lesão por atos do Poder Público.

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

São pressupostos de cabimento da ADPF autônoma: (i) *subsidiariedade*; (ii) ameaça ou afronta a *preceito fundamental* e (iii) ato estatal ou equiparável suscetível de gerá-la.

A ADPF **incidental**, na redação original do diploma legal, foi idealizada pelo legislador para cuidar de controvérsia originada de processo em curso perante as demais instâncias do Judiciário, no qual ato concreto poderia ter seus efeitos suspensos até que o STF se pronunciasse sobre a prejudicial de constitucionalidade. Uma vez efetuado o julgamento do antecedente lógico pela Suprema Corte, à semelhança de uma **cisão funcional vertical**, voltar-se-ia a marcha processual até o desfecho meritório pelo Juízo ou Tribunal de origem.

Segundo estabelecido pelo art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/99, “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental [...]”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.*

A expectativa, nessa hipótese, era a de que a decisão do STF fosse anterior à prolação da sentença ou do acórdão no caso concreto, exatamente para que pudesse dirimir incidentalmente a prejudicial de inconstitucionalidade da norma.

Esses os contornos doutrinários da chamada ADPF incidental:<sup>2</sup>

*Já a arguição batizada — não sem certa impropriedade — como incidental pressupõe, em primeiro lugar, a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário. Seus outros requisitos, que são mais numerosos que os da arguição autônoma, incluem, além da subsidiariedade e da ameaça ou lesão a preceito fundamental, a necessidade de que (i) seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e (ii) se trate de lei ou ato normativo — e não qualquer ato do Poder Público. - Grifo nosso.*

Vê-se que a ADPF incidental foi pensada pelo legislador como ferramenta hábil a provocar o Supremo Tribunal Federal para que aprecie relevante controvérsia constitucional concretamente debatida em qualquer juízo ou tribunal, quando não houver outra forma idônea de tutelar preceito fundamental.

2 BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 358.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

O primeiro problema a ser enfrentado nesta modalidade de ADPF incidental é como a controvérsia concretamente debatida em juízo migraria de um caso concreto para o Supremo Tribunal.

Originalmente, a Lei 9.882/99 previa que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia levar a controvérsia ao STF. Isso desobstruía o canal que levaria a discussão prejudicial ao STF, em um procedimento muito similar àquele observado para cumprir a cláusula de reserva de Plenário.

Tal dispositivo, contudo, restou vetado pelo Presidente da República (art. 2º, II). O Chefe do Executivo apôs, nesse ponto, veto jurídico, fundado na inconstitucionalidade da proposição legislativa. Na concepção da sociedade aberta dos intérpretes, estas foram as razões expendidas no veto do Presidente da República:

*A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.*

Com isso, criou-se certa disfuncionalidade. Subsistiu a previsão da Lei 9.882/99 que tratava da ADPF incidental, mas simplesmente não havia como conduzir a prejudicial de mérito dos processos judiciais de origem para o STF, a menos que um dos legitimados do art. 103 providenciassem essa medida.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Na Espanha, a controvérsia alcança o Tribunal Constitucional por iniciativa do próprio Juiz. Na Itália, a cognição da Corte Constitucional opera-se por providência adotada pelas partes da demanda. Finalmente, no Brasil, a proposta legislativa era que isso se desse por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Contudo, o dispositivo veio a ser vetado.

O veto debilitou a ADPF incidental, tornando-a de difícil operacionalização. E isso foi percebido pela doutrina, como apontaram Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos<sup>3</sup>:

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

Para além disso, a ADPF incidental foi vista como uma manobra inconstitucional do legislador ordinário, na medida em que teria ampliado as competências do STF sem a devida alteração do artigo 102 da Constituição Federal.

---

3 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 23, n. 9, p. 1028-1041, set. 2007.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Em obra de Alexandre de Moraes<sup>4</sup>, a ADPF incidental já foi apontada como de "*flagrante inconstitucionalidade*":

*Essa hipótese de argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, distanciou-se do texto constitucional, uma vez que, o legislador ordinário, por equiparação ilegal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.*

*O texto constitucional é muito claro quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser arguido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para a ampliação das competências do STF.*

*Controvérsias entre leis, atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo Poder Público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado.*

*O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrinas pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição. - Grifos nossos.*

---

4 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª ed., São Paulo: Atlas, 2019. p. 857.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Em sentido similar, Samuel Sales Fonteles ressalta que, embora a ADPF autônoma não tenha transbordado dos ditames constitucionais, o mesmo não poderia ser dito em relação à ADPF incidental:

*Em princípio, a Lei n.º 9.882/99 afirmou que a ADPF tem cabimento para prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental. Não transbordou, nesse particular, dos ditames constitucionais. Contudo, a ousadia desse diploma legal foi bem mais acentuada. Nele, irrogou-se ao STF poderes para aquilatar, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais, estaduais e federais, inclusive juízos sobre a recepção de normas anteriores à Constituição<sup>5</sup>.- Grifo nosso.*

A mesma ideia consta dos escritos de Michel Temer, para quem a Lei 9.882/99 “Entrega ao STF competência não prevista constitucionalmente, que não poderia ser estabelecida por norma infra-constitucional. Portanto, a argüição, que deve ser coadjuvante no sistema de controle da constitucionalidade, já nasce inconstitucional”<sup>6</sup>.

Não por acaso, o Ministro Carlos Ayres Britto explicitou desconfiança quanto à constitucionalidade da Lei 9.882/99, inclusive, mencionando que aguardava o desfecho desta ADI. Em decisão proferida na ADPF 111, o Ministro Ayres Britto assinalou que, até o deslinde da ADI,

5 FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 170-172.

6 TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54-55.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

render-se-ia ao princípio da presunção *juris tantum* de constitucionalidade das normas, de modo a **momentaneamente** acatar os ditames da Lei 9.882/99.

*Começo por confirmar o que tenho dito a respeito da natureza jurídica da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Ela ostenta uma multifuncionalidade legal que me parece de duvidosa constitucionalidade. Entretanto, como se encontra pendente de julgamento a ADI 2.231/DF, manejada, especificamente, contra a lei instituidora dela própria, ADPF (Lei 9.982/1999), e tomando em linha de conta o fato de que há decisões plenárias a prestigiar os desígnios da mesma Lei 9.882/1999, que tenho feito? Tenho-me rendido ao princípio constitucional da presunção de validade dos atos legislativos, de modo a momentaneamente acatar o instituto da ADPF tal como positivamente gizado. Logo, a ADPF como ferramenta processual apta a ensejar tanto a abertura do processo de controle concentrado de constitucionalidade quanto a instauração do processo de controle desconcentrado (comumente designado por “difuso” e em caráter “incidental”), ambos de índole jurisdicional. Alcançando, no mesmo tom, assim os atos do poder público editados anteriormente à Constituição como os de edição a ela posterior. Mais ainda, quer os atos procedentes da União e dos estados, quer os originários dos municípios brasileiros. E com a força ambivalente, enfim, de reparar ou até mesmo prevenir lesão ao tipo de enunciado normativo-constitucional a que ela, ADPF, se destina salvaguardar.*  
(ADPF 111, Rel. Min. Carlos Britto, dec. monocrática j. Em 27/9/2007)

Foi exatamente esse amplo raio de alcance que levou o Ministro Néri da Silveira, Relator originário desta demanda, em sessão plenária do dia



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

5 de dezembro de 2001, a votar pelo deferimento, em parte, da medida cautelar postulada.

No tocante ao artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/99, o Ministro proferiu seu voto para excluir da aplicação do dispositivo controvérsia constitucional concretamente posta em Juízo (interpretação conforme). No que concerne ao art. 5º, § 3º da mesma lei, o voto foi pela suspensão da norma em sua totalidade. Ante a interrupção do julgamento pelo pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, considerou-se que a Lei 9.882/99 permaneceu integralmente em vigor, conforme se colhe das ADPFs 33 e 54. Nessas ações, o STF assentou não ser necessário aguardar o desfecho da ADI 2231 para realizar o julgamento das arguições.

Nem por isso, contudo, o julgamento desta ADI 2.231 restou prejudicado. Como lembra Bruno Moraes Faria Monteiro Belem, *“Não se pode compreender como a admissibilidade das duas arguições, cujo objeto não se confunde com o da ADI n.º 2.231, poderia fazer com que a questão da constitucionalidade ficasse superada. Por isso aguarda-se o resultado final do julgamento da ação [...]”*<sup>7</sup>.

---

7 BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A (In)Constitucionalidade da Lei n.º 9.882/99 e a ADPF Paralela na Jurisprudência do STF. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 73-99, 2011. p. 83.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A propósito, no Direito Brasileiro, “atos inconstitucionais *jamais* se convalidam pelo mero decurso do tempo” (ADI 1.247/PA-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 8/9/95).

A suspeita de invalidade da norma eleva-se quando constatada a semelhança da ADPF incidental com a **ação avocatória**. Esta transferia para o STF a questão prejudicial e a questão meritória, ao passo que a ADPF incidental pretende a transferência somente da questão constitucional prejudicial. No mais, os institutos se assemelham.

Embora a avocatória tenha sido repudiada nos átrios da Assembleia Nacional Constituinte, a Lei 9.882/99 parece ter trazido parte daquilo que fora rejeitado. Essa é a percepção de Gustavo Binembojm, que foi categórico quanto à semelhança: “a verdade é que a arguição brasileira, tal como regulamentada pela Lei nº 9.882/99 (sobretudo após os vetos do Presidente da República ao projeto...), ficou mais para avocatória do que para ação constitucional do cidadão” - Grifo nosso<sup>8</sup>.

Por fim, a iniciativa voltou a ser apresentada na Proposta de Emenda à Constituição 96/92, cuja redação originária continha teor muito próximo à redação do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9882/99. Mais uma vez, a ideia de

---

8 BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional**. Legitimidade democrática e instrumentos de realização, 2. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 208-209.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

ampliar a competência do STF, nessa medida, foi afastada da redação constitucional pelos canais democráticos.

Assim, no que concerne à ADPF dita “incidental”, tal como já apresentada e pelas razões declinadas, cumpre conferir ao artigo 1º, parágrafo único, da Lei 9.882/99 interpretação conforme a Constituição, apenas para obstar, na linha do que defendido no pronunciamento liminar do Ministro Néri da Silveira, que há de ser expungida a via interpretativa pela qual controvérsias constitucionais já concretamente postas em Juízo possam ser, **incidentalmente**, levadas ao Supremo Tribunal Federal na via da ADPF.

Em outras palavras, o objeto mais amplo estipulado pela Lei 9.882/99 insere-se dentro da moldura de conformação do legislador, mas a cognição há de ser efetuada exclusivamente à luz da **petição inicial** apresentada pelos legitimados do art. 103 da Constituição Federal.

Destaque-se que, excepcionalmente, contra decisão judicial de efeitos concretos, será possível o ajuizamento da **ADPF autônoma**, prevista no *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99, quando não haja outro instrumento processual apto a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental.

A interpretação consentânea com a Constituição, a ser realizada sobre o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 9882/99, é a de que ADPF nele previsto não



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

se trata propriamente de ação “incidental”, mas de ação autônoma que pode ser ajuizada “quando for *relevante* o fundamento da *controvérsia constitucional* sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Quando ao alcance do que venha a ser “relevância” e “controvérsia constitucional” cuidaremos mais adiante, ao propor balizas objetivas para a aferição dos requisitos para o conhecimento da ação de descumprimento de preceito fundamental.

## 2.2 Suspensão liminar dos processos em curso (art. 5º, § 3º, Lei 9.882/99)

O preceito atacado estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá deferir medida liminar consistente na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresenta relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Tal medida, a exemplo de disposição similar para a ação declaratória de constitucionalidade (art. 21 da Lei 9.868/99) e também para o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 1.035, § 5º, do CPC), confere importante meio de concretização do poder de cautela da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Suprema Corte. Nesse sentido as palavras do Ministro Gilmar Mendes, em pronunciamento na ADPF 33-MC:

*Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar. Nesse aspecto, a cautelar da ação de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à disciplina conferida pela Lei 9.868, de 1999, à medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade (art. 21). Dessa forma, a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial.*

Não se verifica inconstitucionalidade na medida cautelar de suspensão dos processos em trâmite, que envolvam a matéria apreciada no STF (art. 5º, § 3º, Lei 9882/99), que há de ser deferida em caráter excepcionalíssimo e diante dos parâmetros do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

**2.3 Da constitucionalidade dos efeitos vinculantes e *erga omnes* (art. 10, § 3º, Lei 9882/99)**

Há mais de duas décadas, no contexto em que ajuizada a presente ADI 2.231, ainda pairava controvérsia sobre a possibilidade de importar, para o Brasil, os efeitos vinculantes que se verificavam nas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. A tradição brasileira não os



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

contemplava de um modo geral, exceto quanto às ações declaratórias de constitucionalidade (EC 3/93).

Em seguida, a Lei 9.868/99 agregou efeitos vinculantes às ações diretas de inconstitucionalidade, ao passo que a Lei 9.882/99 estendeu esses efeitos também para as decisões proferidas nas arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Com o advento da EC 45/04, atribuiu-se *status* constitucional aos efeitos vinculantes também para as ações diretas de inconstitucionalidade. A decisão do constituinte derivado reforçou a ideia de que, ao contrário do que narra a peça vestibular desta ADI, efeitos vinculantes, *per si*, não são inconciliáveis com os princípios constitucionais.

A segunda dificuldade residia no fato de que, no caso específico da ADPF, os efeitos vinculantes têm previsão legal, não constitucional. A EC 45/04 chancelou os efeitos vinculantes para a ADI, mas silenciou quanto àqueles reconhecidos à decisão proferida em ADPF.

A corrente pela qual os efeitos vinculantes se sujeitam à reserva de Constituição, ou seja, que só podem ser previstos pelo constituinte, não



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

prevaleceu. Sobre o tema, essas foram as lições de Gilmar Mendes e Paulo Gonet<sup>9</sup>:

*Não impressiona, igualmente, o fato de o efeito vinculante ter sido estabelecido em lei (e não estar expressamente previsto na Constituição). É que [...] o efeito vinculante configura apanágio da jurisdição constitucional e não depende, por isso, de regra expressa na Constituição – Grifo nosso.*

A tese de que os efeitos vinculantes dependem de emenda à Constituição não prosperou. Isso foi revelado, inclusive, no Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 927. O dispositivo elenca uma gama de decisões cuja observância é obrigatória pelos demais órgãos judicantes, ou seja, acaba por atribuir efeitos vinculantes a outros provimentos jurisdicionais.

Aliás, o artigo 927, I, do CPC também estabeleceu que os juízes e Tribunais observarão “*as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*”, norma que evidentemente alcança as decisões proferidas em ADPF.

---

9 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1458.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Não por acaso, o Ministro Néri da Silveira, primeiro relator desta ADI, acertadamente negou a concessão da cautelar postulada para suspender o artigo 10, § 3º, da Lei 9.882/99<sup>10</sup>.

Quanto aos *efeitos erga omnes*, de larga aplicação e aceitação no sistema brasileiro, o STF já os reconhecia em momento anterior à data de ajuizamento desta ADI. Por exemplo, na decisão proferida pelo Pleno na ADI-MC 864/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17/9/1993.

A ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada material (*efeitos erga omnes*), fenômeno também presente no constitucionalismo português, portanto, não desperta controvérsia doutrinária ou jurisprudencial.

### 2.4 Da constitucionalidade da modulação dos efeitos (art. 11, Lei 9.882/99)

No que diz respeito à **modulação dos efeitos**, também descabe questionar a possibilidade. Segundo o Supremo Tribunal Federal, na generalidade dos casos (ou seja, em regra), o ato inconstitucional inválido é tido como **nulo** (ADI 2727). Trata-se de posicionamento inspirado na clássica

---

<sup>10</sup> Art. 10, § 3º - A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

doutrina clássica do constitucionalismo norte-americano, firmada no caso *Marbury v. Madison* (1803).

Ao longo dos anos, assim como os próprios norte-americanos mitigaram o rigor do dogma da nulidade (caso *Linkletter v. Walker*), a Suprema Corte brasileira também passou a fazer concessões à teoria defendida por Hans Kelsen, no sistema austríaco, para quem o ato inconstitucional era meramente *anulável*. Em outras palavras, efeitos *ex nunc* ou até *pro futuro*.

Trata-se de tendência do Direito Constitucional mundial, que se verifica após a Grande Depressão. Na segunda metade do século XX, já era possível vislumbrar a modulação de efeitos em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Caso *Markx*).

Curiosamente, isso foi feito na própria ADI 2.231 em epígrafe, quando o Ministro Néri da Silveira concedeu medida cautelar com efeitos *ex nunc*, na sessão do dia 5/12/2001.

A esse respeito, confira-se voto da lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

*A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “the unconstitutional statute is not law at all”, significativa*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. [...]*

*[...] é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). - Grifo nosso. (RE 364.304 AgR, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 3/10/2006)*

É possível, pois, que ocorram válidas modulações temporais, se assim dispuserem 2/3 dos Ministros do STF. Inexiste inconstitucionalidade nessa ponderação efetuada pelo legislador.

As ações que compõem o sistema de controle concentrado brasileiro — ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

fundamental (ADPF) — têm peculiaridades que viabilizam a coerência e segurança do sistema normativo.

Há de se destacar a modulação temporal como meio de afastar conflitos de interpretação que ameacem a segurança jurídica vigente no sistema legal. Tal ferramenta, típica do controle de constitucionalidade concentrado, assegura a estabilidade necessária ao sistema jurídico.

A ADPF, como instrumento de preservação da CF/88, foi contemplada com esta função. Nesse sentido, afirma Gustavo Binembojm que *“acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento alcança os mesmos efeitos de uma decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade”*.<sup>11</sup>

Não prospera, por conseguinte, a insurgência do Requerente no sentido de que o efeito vinculante, a eficácia *erga omnes* e a modulação dos efeitos das decisões em ADPF afrontam os princípios do devido processo legal, do juiz natural e da divisão de poderes.

Tais ferramentas, típicas de ações do controle concentrado, viabilizam a segurança jurídica necessária para sistemas jurídicos estáveis e coesos. Não por acaso, a prática é replicada pelas Cortes Constitucionais da

---

11 BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Renovar, 2001. p. 195.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Espanha, Portugal, Áustria, Alemanha e até mesmo pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

### **3. Da fixação de critérios e balizas para o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental**

Na eventualidade de restar afastada a preliminar de conhecimento, convém analisar os demais aspectos atinentes à Lei 9.882/99. Sobretudo, dada a ausência de consenso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao cabimento da ADPF. Luís Roberto Barroso esclarece que “*a disciplina lacônica dada pela lei transferiu ao Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial*”<sup>12</sup>.

Em razão disso, a Procuradoria-Geral da República faz uso desta oportunidade para propor balizas e diretrizes que promovam a racionalização da ADPF, em apreço à segurança jurídica e à ordem constitucional.

#### **3.1 Parâmetro de controle: a definição de “preceito fundamental”**

---

12 BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 358.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Quer se trate de ADPF autônoma ou incidental, ambas têm como pressupostos de cabimento (i) ameaça ou afronta a preceito fundamental; (ii) ato estatal suscetível de gerá-la e (iii) subsidiariedade.

O primeiro critério, ameaça ou afronta a preceito fundamental, traduz conceito jurídico indeterminado. Não se estabeleceu, no texto da Lei 9.882/99, rol de normas e atos que se enquadrariam como preceito fundamental.

Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet<sup>13</sup> asseveram: “[...] até que o STF se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão preceitos fundamentais, ter-se-á de assistir ao debate entre os defensores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional”. É exatamente esse estado de incerteza que se busca elucidar por meio destas balizas apresentadas.

Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás De Souza Vargas advertem que a ADPF não se propõe a fiscalizar lesão a todo e qualquer dispositivo constitucional, mas sim aos “grandes princípios e regras basilares deste diploma”<sup>14</sup>.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1363.

14 BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária. *Revista Jurídica Virtual*. ano 1, n. 8. Brasília, jan. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view>. Acesso em: 13 fev. 2020.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Mais uma vez, é necessário apontar quais normas se revestem de idoneidade para figurar como parâmetro do controle de constitucionalidade exercido pela ADPF.

A ausência de conformação clara e precisa acaba por trazer insegurança ao instituto. Há consenso de que nem tudo o que está disposto no texto constitucional se amolda à ideia de “*preceito fundamental*”, mas inexistente previsibilidade quanto ao conteúdo e à extensão do bloco de constitucionalidade na ADPF. Em suma, as normas paramétricas ainda estão sendo definidas casuisticamente por meio das decisões do STF.

Diante dessas circunstâncias, propõe-se que o conceito de preceitos fundamentais se restrinja ao núcleo duro elencado a seguir:

- princípios fundamentais (título I);
- direitos e garantias fundamentais (sobretudo, no título II, mas previstos ao longo de todo o texto constitucional, além de tratados internacionais com envergadura de emenda à Constituição);
- cláusulas pétreas (art. 60, § 4º);
- princípios sensíveis (art. 34, VII).

Esses preceitos constitucionais representam zona de certeza, aquém da qual a ideia de preceito fundamental não estará integralmente atendida.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Todos os direitos e princípios mencionados nesse rol podem ser compreendidos como parâmetros idôneos para fins de ADPF.

Os direitos fundamentais não estão confinados no Título II da Constituição. Embora a maioria deles esteja alocada nos artigos 5º ao 16, é possível vislumbrar direitos dessa natureza em todo o texto constitucional. Exemplo disso foi o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “c”) afigura-se como um direito individual, logo, cláusula pétrea (ADI 939-7/DF).

Também há direitos fundamentais alheios ao próprio texto constitucional, porquanto previstos em tratados internacionais. Por exemplo, os direitos albergados na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, documentos assinados 30 de março de 2007, assim como o Tratado de Marraqueche, de 27 de junho de 2013.

Inferese que o rol apresentado é amplo o suficiente para não restringir a jurisdição constitucional ao ponto de debilitá-la. Por outro lado, a fixação apriorística do que pode ser tido como preceito fundamental é medida que presta obséquio à segurança jurídica.

### **3.2 Densificando o conceito de “ato do Poder Público”**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O segundo pressuposto de cabimento da ADPF é a existência de ato do Poder Público suscetível de afronta a preceito fundamental. A expressão “*ato do poder público*” emana do art. 1º da Lei 9.882/99<sup>15</sup>.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental compreende, conjuntamente, atos normativos, administrativos e jurisdicionais. Dada a abrangência da expressão, assume importância o estabelecimento de balizas razoáveis para o seu uso devido e racional.

O elemento de idoneidade do ato em questão é atingido no terceiro degrau da escada ponteaniana: a eficácia. Não basta existir e ser válido. Tais atributos são insuficientes. Atos ineficazes simplesmente não induzem interesse de agir. Ou seja, para a impugnação do objeto pela via da ADPF, convém exigir-se mínima eficácia do ato do Poder Público.

Avalia-se, portanto, a aptidão do ato do Poder Público para produzir seus efeitos no suporte fático. Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato será eficaz quando:<sup>16</sup>

15 Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

16 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 345.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*(o ato) está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.*

*Eficácia, então, é a situação atual de disponibilidade para produção de efeitos típicos, próprios, do ato.*

Para a admissibilidade da ADPF, há de se perguntar se o ato impugnado é dotado de eficácia mínima apta a deflagrar o aparato do controle concentrado.

### **3.3 Subsidiariedade como pressuposto negativo**

O terceiro e último requisito para o cabimento da ADPF é a subsidiariedade. Esse pressuposto encontra-se no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, expresso da forma a seguir: *“Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”*.

Quando se trata de esclarecer o alcance da expressão, Luís Roberto Barroso aponta que *“a doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm oscilado na compreensão desse dispositivo, gerando manifestações antagônicas”*. Esta ADI 2231/DF, portanto, apresenta-se como valiosa oportunidade para a delimitação desse requisito.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A despeito da amplitude do art. 1º da Lei 9.882/1999 – a arguição é mecanismo de controle de qualquer ato ou omissão do poder público, normativo ou não, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição Federal, estadual ou municipal, de qualquer órgão ou entidade, dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário –, seu objeto é limitado pelo art. 4º, § 1º, da mesma lei, que atrela o cabimento da ação à falta de outro meio jurídico-processual capaz de neutralizar a situação de lesividade ao preceito fundamental (princípio da subsidiariedade).

Trata-se de ação constitucional que completa o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal competência para examinar atos variados do Poder Público, atividade que, por vezes, recai em interseção com outros meios processuais.

Tal cruzamento, propiciado pela largueza conceitual de sua configuração, foi demarcado em precedentes que se formaram ao longo dos anos, desde a edição da Lei 9.882/1999.

Nas ações de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal é especialmente habilitado a apreciar, deliberar e definir teses abstratas, cotejando entendimentos de ordem jurídica objetiva. Não é particularmente guarnecido, nessa espécie de ação, dos mecanismos de produção de provas



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

cogitados para outras vias processuais. A cognição exauriente, no seu aspecto fático, encontram determinados limites no curso procedimental da ADPF.

Daí a razão de ser do princípio da subsidiariedade, que condiciona a admissibilidade dessa espécie de ação de controle concentrado.

Subsidiariedade é, semanticamente, a característica daquilo que é complementar. E a ADPF realmente é dotada da marca da subsidiariedade, uma vez que vem colmatar lacunas no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, permitindo ao Supremo o exame de lei municipal ou de ato normativo anterior à Constituição.

Como requisito de procedibilidade, a subsidiariedade há de ser compreendida em uma dimensão formal (adjetiva ou processual) e em uma dimensão material (ou substantiva).

### 3.3.1 subsidiariedade formal ou processual

Trata-se de requisito de cabimento que pressupõe a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão a preceito fundamental, no que diz respeito às *ações judiciais ou recursos previstos na legislação processual*.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A subsidiariedade nesta acepção adjetiva há de ser vislumbrada como requisito de procedibilidade da ADPF, considerando que visa a *“repelir o uso descriterioso da medida, impedindo que ela se dissocie de sua índole objetiva, para servir de atalho a pretensões subjetivas interessadas apenas na obtenção da prestação jurisdicional da maneira processualmente mais cômoda, o que banalizaria a via da jurisdição concentrada”* (ADPF 95/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, DJe de 11.2.2014).

O art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999 estabeleceu a subsidiariedade como pressuposto de procedibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, afastando expressamente a sua admissão sempre que houver *“qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”* a preceitos fundamentais.

Ao interpretar o dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que *meio eficaz*, para fins de admissibilidade de ADPF, consiste no instrumento processual apto a resolver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, devendo ser considerado, em princípio, entre as ações de controle abstrato (ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Não significa, todavia, que a inexistência de outro meio juridicamente idôneo somente deva ser apurada perante os demais processos de natureza objetiva da competência do Supremo Tribunal Federal.

O pressuposto negativo de admissibilidade da ADPF é também aferível entre ações e recursos subjetivos, desde que tais instrumentos se revelem como *“meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado”* (ADPF 17-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14.2.2003).

Deve ser levada em consideração a real eficácia das demais medidas processuais para solucionar, de forma abrangente, a situação de lesão a preceito fundamental ocasionada por ato do poder público.

É dizer, não se pode usar a ADPF, a pretexto de lesão a preceito fundamental, para atalhar recursos próprios ou ações ordinárias e submeter a controvérsia diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Descabe tratar a ADPF como se de ação cível originária se tratasse. Também não se trata de *“ação civil pública a ser julgada pelo STF”*, tampouco sucedâneo do mandado de segurança. Sua vocação constitucional não se confunde com outras ações constitucionais e somente terá lugar quando estas não forem capazes de solver a controvérsia posta em juízo.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Constata-se, basicamente, quatro vertentes do STF na aplicação do princípio da subsidiariedade para admissibilidade da ADPF:

(i) ausência de cabimento de ação diversa (ADPF 141-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 17.6.2010; ADPF 172-Ref-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 16.6.2009; e ADPF 228, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 10.8.2011);

(ii) as ações do controle concentrado como parâmetro (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 7.12.2005; ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 16.9.2019; ADPF 513-MC, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 14.3.2018);

(iii) analisa a eficácia das medidas cabíveis (ADPF 285, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 6.8.2019, e ADPF 394, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 17.2.2017);

(iv) o esgotamento das vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais (ADPF 224-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 28.8.2017).

Verifica-se, portanto, que embora o Supremo Tribunal Federal reconheça a validade jurídico-constitucional da subsidiariedade como pressuposto negativo para o conhecimento da arguição de descumprimento (ADPF 17-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 5/6/2002 e ADPF 126-MC, Rel.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Min. Celso de Mello, *DJ* de 21/2/2013), há na Corte ainda pronunciamentos divergentes e a ausência de uma jurisprudência consolidada que ofereça **critérios objetivos** para a aferição desse requisito.

Diante desse cenário, **sugere-se a seguinte interpretação bifásica da subsidiariedade formal, mediante duas etapas sucessivas e prejudiciais:** verificação de atendimento do requisito, primeiramente, dentro do escopo das ações do controle concentrado e, após, avaliação quanto à existência de outra medida judicial igualmente eficaz na tutela do preceito fundamental em questão.

Sendo a questão plenamente tutelada por outra ação do controle concentrado brasileiro (ação direta de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou ação declaratória de constitucionalidade), não restará atendido o requisito da subsidiariedade formal.

Não sendo a pretensão amparada dentro do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, há de se verificar a “*capacidade do meio disponível sanar ou evitar a lesividade ao preceito fundamental. Por isso mesmo, se as ações subjetivas forem suficientes para esse fim, não caberá a ADPF*”<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Existindo medida judicial eficaz ao amparo do preceito fundamental, descabe o ajuizamento da ADPF, que há de ser mantida como *ultima ratio*. Cuida-se de ação que promove o fechamento e a completude do sistema, sendo desaconselhável que venha a ser banalizada quando houver outros meios eficientes, nos quais a constitucionalidade de atos do poder público, por opção constitucional, sujeita-se ao controle difuso.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não cabe ADPF para impugnar proposta de emenda à Constituição (ADPF-AgR 43, Rel. Min. Carlos Ayres Britto), uma vez que situações como essa podem ser exitosamente debatidas pela via do mandado de segurança.

Em outros casos, a fixação de tese em Recurso Extraordinário com repercussão geral é capaz de assegurar o entendimento firmado pelo Tribunal em todos os recursos pendentes com idêntica controvérsia.

O requisito residual da ADPF age, portanto, como teste argumentativo. Cabe ao autor da ação comprovar que a pretensão se amolda aos liames da subsidiariedade e que sobrevive a esse filtro bifásico.

Somente no caso de não haver ação do controle concentrado ou outra medida judicial eficaz para sanar a lesividade aos preceitos fundamentais, restará atendido o requisito da subsidiariedade formal.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

### 3.3.2 subsidiariedade material ou substantiva

#### a) Da “relevância”

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao ser instituída como via processual excepcional, com vistas a colmatar o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, além de parâmetro reduzido (apenas preceitos fundamentais, não toda a Constituição), tem como característica marcante a subsidiariedade.

A subsidiariedade como requisito estabelecido na lei vai além de uma **subsidiariedade formal** (inexistência de outros meios com aptidão para sanar a lesão). Há de se verificar a **relevância** do pedido, que transcenda os interesses das partes envolvidas no caso concreto subjacente (subsidiariedade material).

A lei estatui no parágrafo único do art. 1º: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for **relevante** o fundamento da controvérsia constitucional [...]” - Grifo nosso.

Por expressa dicção legal, a subsidiariedade material ou substantiva requer um **juízo de relevância** a ser exercido sobre a pretensão deduzida, de modo a aquilatar a sua importância política, econômica, social ou jurídica, à



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

semelhança do quanto exigido pelo Código de Processo Civil no que concerne ao reconhecimento da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário.

Já existe proposição legislativa, em trâmite no Congresso Nacional, que institui a exigência da repercussão geral para o conhecimento da ADPF (Projeto de Lei 6543/2006). A medida, no entanto, pode ser igualmente alcançada pela interpretação adequada do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 9882/99, no qual se estabelece a exigência de “relevância” da controvérsia constitucional.

Assim como sucedeu com a exigência de pertinência temática, que é fruto da construção pretoriana do STF, é possível que a jurisprudência da Corte estabeleça essa exigência com arrimo no dispositivo legal aludido.

O requisito da repercussão geral é exigível para o conhecimento de recurso extraordinário, na via do controle difuso de constitucionalidade, de modo a objetivar a controvérsia. Com mais razão, convém demonstrar que o pedido transcende a esfera do caso concreto, no próprio sistema de controle concentrado, de modo a justificar a atuação da Suprema Corte.

Sabe-se que o sistema jurídico brasileiro vivencia uma crescente tendência de abstrativização do controle difuso. A exigência da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**subsidiariedade material** vai ao encontro dessa tendência. No universo de ações do controle concentrado, a ADPF é aquela que mais se aproxima de demandas concretas e difusas, razão pela qual afigura-se necessário que se exija esse fator de legitimação da demanda proposta, a conferir coerência ao sistema.

Essa prerrogativa deriva, inclusive, do **poder de agenda** que usualmente se reconhece aos tribunais constitucionais, a exemplo da Corte Constitucional da Rússia ou da Suprema Corte dos Estados Unidos. No constitucionalismo norte-americano, sobretudo após o *Supreme Court Case Selections Act*, a principal via de acesso ao tribunal tem sido o *writ of certiorari*<sup>18</sup>, cuja concessão só se opera em aproximadamente 1% dos casos submetidos. No constitucionalismo russo, a Corte Constitucional já chegou a conhecer menos de 0,3% dos casos<sup>19</sup>.

A ADPF tem sido paulatinamente ampliada quanto ao seu raio de atuação, com o risco de tornar trivial aquilo que seria a *ultima ratio* no controle concentrado de constitucionalidade.

---

18 FREIRE, Alonso. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. p. 311. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017.

19 EPSTEIN, Lee; KNIGHT Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in The Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. **Law and Society Review**. v. 35, n. 1, 2001. p. 122.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Para se ter ideia do crescimento exponencial na utilização desse instrumento processual, da promulgação da respectiva lei de regência (Lei 9882/1999) até o ano de 2011, mais da metade das ações ajuizadas não eram sequer conhecidas. **Nos últimos seis anos (à exceção de 2018), constata-se o progressivo acionamento do STF pela via da ADPF<sup>20</sup>**: apenas 15 (quinze) arguições haviam sido ajuizadas em 2014; em 2019, foram 82 (oitenta e duas). **A exceção, em poucos anos, convolou-se em regra.**

A hipertrofia da ADPF foi mencionada por Gilmar Mendes<sup>21</sup>:

*[...] percebe-se nessa nova dimensão – certamente jamais imaginada pelo constituinte [...], atribuída à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental [...], a ação do legislador ordinário contribuindo para atribuir nova dimensão ao dispositivo da Constituição. - Grifo nosso.*

20 Conforme dados fornecidos pelo sítio eletrônico do STF, em 2014 foram ajuizadas 15 ADPFs; em 2015, o número saltou para 48 arguições; em 2016, 59 ADPFs; em 2017, 68 arguições; em 2018, houve pequeno decréscimo no número de ADPFs e 54 foram protocoladas; e, no ano de 2019, foram ajuizadas 82 ADPFs. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). 30 Anos da Constituição Federal. Constituição 30 anos: ADPF está entre as inovações trazidas pela Carta de 88. Brasil: Supremo Tribunal Federal, 26 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393978>. Acesso em 11 de fev. de 2020.

21 MENDES, Gilmar Ferreira. **Limite entre Interpretação e Mutação**: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. p. 241. In: MENDES, Gilmar Ferreira. MORAIS. Carlos Blanco de (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O constituinte originário não cogitou de instrumento com a amplitude que hoje se reconhece à ADPF. A debilidade da arguição é um resultado que não se harmoniza com a Constituição, mas a sua hipertrofia, que venha a promover as chamadas “*fórmulas explosivas de litigância constitucional*”<sup>22</sup>, é igualmente inconciliável com o que fora estabelecido pelo constituinte.

A delimitação da “**relevância**”, para fins de reconhecimento do requisito da subsidiariedade é capaz de conferir critério objetivo e equilibrado, a racionalizar o uso do instituto.

### **b) Da “controvérsia constitucional” como exigência legal**

Para além da relevância, a subsidiariedade material também exige a existência de controvérsia constitucional. Quanto a esse aspecto, a Lei 9.882/99 também foi categórica: “*Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da **controvérsia constitucional** [...]” - Grifo nosso.*

---

22 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal, p. 230. In: CLÈVE, Clemerson Mèrlin; FREIRE, Alexandre. (coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 231.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Nem todas as controvérsias constitucionais, contudo, são sindicáveis por juízes e tribunais. Questões *interna corporis*, normas regimentais do Parlamento e atos políticos infensos ao controle judicial constituem exemplos de querelas constitucionais a serem resolvidas em local diverso da jurisdição constitucional.

Infere-se que, em uma interpretação lógica do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.882/99, somente as controvérsias constitucionais **cognoscíveis pelo Judiciário** podem ser veiculadas pela via da ADPF. Este é o segundo aspecto da subsidiariedade substancial, vale dizer, que só reserva ao STF as matérias mais seletas e que são sindicáveis pelo Judiciário.

Basta lembrar que, no histórico jurisprudencial da Suprema Corte, há registros de arguições de descumprimento ajuizadas até mesmo contra **veto presidencial a projetos de lei**. De maneira acertada, o STF, à **unanimidade**, assentou a *“impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal [...]”* (ADPF 1-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 3/2/2000).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A esse respeito, são elucidativas as considerações externadas pelo Ministro Fux, por ocasião do seu discurso proferido na posse como Presidente do STF, em 10.9.2020<sup>23</sup>:

*Meu norte será [...] a necessária **deferência aos demais Poderes no âmbito de suas competências** [...] não se podem desconsiderar as críticas, [...] de que o Poder Judiciário estaria se ocupando de atribuições próprias dos canais de legítima expressão da vontade popular, reservada apenas aos Poderes Integrados por mandatários eleitos. [...] Essa prática tem exposto o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, a um protagonismo deletério, corroendo a credibilidade dos tribunais quando decidem questões permeadas por desacordos morais que deveriam ter sido decididas no Parlamento. [...] **Tanto quanto possível, os poderes Legislativo e Executivo devem resolver interna corporis seus próprios conflitos** [...], conclamo os agentes políticos e os atores do sistema de justiça aqui presentes para darmos um basta na judicialização vulgar e epidêmica de temas e conflitos em que a decisão política deva reinar. [...] Aos nossos olhos, o Judiciário deve atuar movido pela virtude passiva [...] Portanto, nos próximos dois anos, será nosso objetivo preservar a dignidade da jurisdição constitucional. [...] muitas vezes, o poder de decidir tangencia o poder de destruir. Por isso mesmo, **a intervenção judicial em temas sensíveis deve ser minimalista** [...] – Grifo nosso.*

Na ADI 6298, o Ministro Luiz Fux fez as seguintes ponderações sobre os limites da jurisdição constitucional:

---

23 Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 10 de Setembro de 2020. pp. 9-13.



## MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*A jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo precípua de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais.*

*Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988. Trata-se de olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo, não se admitindo inovações argumentativas que possam confundir as figuras do legislador e do julgador. Afinal, como afirma o professor Daryl Levinson, a legitimidade da jurisdição constitucional assenta-se, entre outros fatores, na capacidade de os juízes produzirem decisões qualitativamente diferentes daquelas produzidas pelos agentes políticos dos demais poderes (Vide “Foreword: Looking for Power in Public Law”, 130 Harvard Law Review, 31, 2016; “Rights Essentialism and Remedial Equilibration”, 99 Columbia Law Review 857, 1999). O pressuposto das cláusulas de independência e de harmonia entre os poderes consiste precisamente no fato de que cada um deles desenvolveu, ao longo do tempo, distintas capacidades institucionais. Não fossem distintas as habilidades de cada um dos poderes, não haveria necessidade prática de haver separação entre eles.*

*Em termos concretos, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

*verificar a coexistência entre, de um lado, os valores morais e empíricos que sublinham a Constituição, e, de outro, o texto da legislação.*

(...)

(ADI 6298-MC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 31/01/2020) – Grifo nosso

Na ADPF 672, o Ministro Alexandre de Moraes pronunciou-se no seguinte sentido:

*Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias.*

Ou seja, embora seja dado ao Judiciário extirpar inconstitucionalidades, não o é substituir-se aos juízos próprios do Executivo ou do Legislativo, arvorando-se na formulação de políticas públicas ou no estabelecimento de normas gerais e abstratas. A subsidiariedade material implica, portanto, também a prudente autocontenção do Supremo Tribunal Federal para atuação na via da ADPF.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Em síntese, somente controvérsias relevantes e cognoscíveis pelo Poder Judiciário podem ser canalizadas na via da arguição de descumprimento de preceito fundamental (subsidiariedade material), desde que não haja outro meio processual com aptidão para outro órgão do Judiciário solvê-las (subsidiariedade formal).

Suscita-se, como desfecho, que se entenda:

(i) a ADPF como ação judicial não vocacionada à análise incidental de questões concretamente postas em juízo;

(ii) *preceito fundamental* como conceito que abrange princípios fundamentais (Título I), direitos fundamentais (sobretudo, no Título II), princípios sensíveis (art. 34, VII) e cláusulas pétreas (art. 60);

(iii) *ato do Poder Público* dotado de eficácia atual;

(iv) *subsidiariedade* como a inexistência:

a) de outras ações do controle concentrado de constitucionalidade ou de medidas judiciais diversas aptas a sanar a lesividade (subsidiariedade formal);



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

b) demonstração de *relevância* da controvérsia, que transcenda interesses subjetivos, e de cognoscibilidade do Poder Judiciário, ou seja, que não esteja inserida nas competências dos poderes Executivo e Legislativo (subsidiariedade material).

Tais solenidades não se destinam à subtração da apreciação meritória, mas sim à obediência da legislação processual e constitucional.

O Direito Processual é dotado de autonomia didático-científica (art. 22, I, CF/88) e não pode ser desconsiderado como se a estatura de normas processuais fosse menor ou hierarquicamente inferior às normas materiais. A Constituição exige dos membros do Ministério Público e da Judicatura o estrito respeito às normas jurídicas, inclusive processuais, sobretudo quando nelas estão dispostas **garantias fundamentais**. Nas palavras do Justice Antonin Scalia, “*the rule of Law is about form*”<sup>24</sup>.

---

24 SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton University Press, 1997. p. 25.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

### 3. Conclusão

Em face do exposto, o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA manifesta-se pelo conhecimento parcial da ação, tão-somente quanto ao pedido de inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único; art. 5º, § 3º; art. 10, *caput* e § 3º e art. 11 da Lei 9.882/99. Na parte conhecida, pela **improcedência** do pedido, salvo quanto à interpretação conforme a ser conferida aos arts. 1º, parágrafo único e 5º, § 3º, para deles excluir a possibilidade de exame incidental de controvérsias concretamente postas em juízo.

Caso conhecida integralmente a ação, opina-se mais uma vez pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade, exceto quanto à interpretação conforme a ser conferida ao art. 1º, parágrafo único e art. 5º, § 3, para deles excluir a possibilidade de exame incidental de controvérsias concretamente postas em juízo.

Por fim, requer a interpretação dos requisitos de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando-se: (i) “preceito fundamental” como conceito que abrange princípios fundamentais (Título I da CF), direitos fundamentais (sobretudo, no Título II da CF), princípios sensíveis (art. 34, VII, da CF) e cláusulas pétreas (art. 60 da CF); (ii)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

“ato do poder público” com eficácia atual; (iii) “subsidiariedade” como inexistência, para sanar a lesividade, de outras ações do controle concentrado ou de medidas judiciais diversas (subsidiariedade formal); e demonstração de “relevância” da controvérsia constitucional, que transcenda interesses subjetivos e não esteja inserida nas competências dos poderes Executivo e Legislativo (subsidiariedade material).

Brasília/DF, data da assinatura digital.

***Augusto Aras***  
Procurador-Geral da República  
*Assinado digitalmente*

ME/SSF