

REPENSANDO O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF

RETHINKING THE SUBSIDIARY CHARACTER OF THE ADPF

*Emerson Ademir Borges de Oliveira**

RESUMO

O controle de constitucionalidade brasileiro mostrou-se bastante original na confecção de um instrumento que pudesse sanar ou evitar todas as lesões a preceitos da Constituição nos pontos em que os outros instrumentos não se mostrassem hábeis, por meio da criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Dada sua parca previsão constitucional, e sua tardia regulamentação, a ocorrer apenas em 1999, a jurisprudência precisou moldar o instrumento e dentre suas características trouxe a necessidade de se apresentar o mesmo com caráter subsidiário, isto é, cabimento apenas quando outros instrumentos não se mostrassem possíveis. Mas os novos delineamentos do direito pátrio nos convocam a rever a jurisprudência acerca da ADPF, mormente quanto ao seu papel de instrumento subsidiário, em face da repercussão geral e da abstrativização do recurso extraordinário. O presente ensaio possui como objetivo oferecer um recorte jurisprudencial-empírico acerca da utilização e desenvolvimento da arguição. O trabalho se desenvolve pelo método indutivo e a pesquisa é eminentemente bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Arguição de descumprimento de preceito fundamental; Repercussão geral no recurso extraordinário; Subsidiariedade.

ABSTRACT

The control of Brazilian constitutionality was quite original in the preparation of an instrument that could heal or avoid all injuries to the provisions of the Constitution at the points where the other instruments were not shown to be skillful, through the creation of the Claims of Non-

* Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Coordenador-Adjunto e Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. E-mail: borgesdeoliveira@usp.br.

-Compliance with a Fundamental Precept. Given its meager constitutional prediction, and its belated regulation, to occur only in 1999, the jurisprudence had to shape the instrument and among its characteristics brought the need to present the same in a subsidiary form, that is to say, only when other instruments were not shown Possible. However, the new design of national law calls on us to review the case law on the ADPF, in particular as regards its role as a subsidiary instrument, given the general repercussion and objectivity of the extraordinary appeal. This essay aims to offer a jurisprudencial-empirical approach about the development of the ADPF. The work is developed by the inductive method and the research is eminently bibliographical and jurisprudential.

Keywords: Control of constitutionality; Claims of non-compliance with fundamental precept; General repercussion in extraordinary appeal; Subsidiarity.

INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é fruto, no constitucionalismo pátrio, de uma maior preocupação edificada após a Constituição de 1988 com o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Prevista no artigo 102, § 1º, CF, como um instrumento destinado à salvaguarda da Constituição, e regulamentada pela Lei 9.882/99, seu intuito denota-se evidente no sentido de remediar ou prevenir lesões a preceitos fundamentais ou extirpar controvérsias constitucionais.

Na construção da jurisprudência da Corte Maior brasileira, gradualmente, os contornos ao instrumento foram sendo conferidos, dentre eles, a característica da subsidiariedade, isto é, sua utilização decorre da “inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão”, “compreendido no contexto da ordem constitucional global”, isto é, um meio que possa resolver a controvérsia de “forma ampla, geral e imediata” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1154).

No entanto, as recentes construções que aproximam o modelo brasileiro de um modelo de *stare decisis* e de formação do precedente, convocam-nos a repensar o instituto, como abaixo é delineado.

Cumpre frisar que, diante do fato da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, a partir das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, que estendem os efeitos antes *inter partes* para todos, a ADPF perde certo espaço de atuação, mormente quanto a seu caráter subsidiário, que passa a ter em mente não apenas outras ações de controle concentrado, mas também recursos e ações que realizam controle concreto e cujas decisões se tornam vinculantes. Logo, o ajuizamento da ADPF dependerá não apenas da inexistência de ações de controle concentrado, como também de ações de controle concreto que possam produzir efeitos *erga omnes*.

Noutras palavras, o desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial a partir da formação da lógica de precedentes, tornou as ações antes demandas individualizadas *inter partes* em contextos coletivos *erga omnes*. Assim ocorrera com o recurso extraordinário, principalmente a partir da geração da repercussão geral.

Isso fez com que o recurso extraordinário – e outras ações julgadas no STF, em especial os remédios constitucionais – não mais limitassem seus efeitos, atuando, na prática, como ações de controle de constitucionalidade.

Ora, se a ADPF possui perfil subsidiário, esta condição se mantém a partir de novos parâmetros: não apenas em relação às típicas ações de controle concentrado, mas perante qualquer análise de constitucionalidade em ação perante o Supremo Tribunal Federal, em razão da extensão de seus efeitos.

O propósito deste artigo é justamente repensar esta subsidiariedade, tendo em vista a guinada jurisprudencial acerca do processo constitucional e os efeitos das ações – em geral – julgadas pela Corte.

Para tanto, perpassa, primeiramente, pela análise do controle de constitucionalidade pátrio e a formação do precedente. Em seguida, avança pela discussão teórica e prática do instituto, com os contornos que foram dados para a ADPF pela jurisprudência do STF. Ao cabo, propõe a rediscussão da subsidiariedade diante dos novos parâmetros processuais do Supremo Tribunal.

O CONTROLE ABSTRATO NO BRASIL E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O modelo de controle abstrato teve origem na Áustria e foi criado por Hans Kelsen em 1920, quando da elaboração da Constituição do referido país. Kelsen cuidou de criar também uma Corte Constitucional que examinaria a constitucionalidade das leis. Assim, todas as leis supostamente inconstitucionais eram objeto de análise, passíveis de anulação.

Sua importância tem como fundamento o fato de a lei declarada inconstitucional ser excluída do ordenamento jurídico e, assim, os seus efeitos perfazem-se sobre todos. É uma via direta de combate ao texto inconstitucional. Observa a importância Bonavides (2002, p. 277-278):

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais frequência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível. O órgão competente para julgar essa ação tanto poderá ser um tribunal ordinário como uma corte especial, a exemplo dos chamados tribunais constitucionais, dotados para esse fim de jurisdição específica.

Entre nós, o modelo kelseniano foi adotado, embrionariamente, em 1934, sob a forma de *representação interventiva*, o que não o fazia confundir com o modelo incidental de controle. Observa Mendes (1998, p. 61):

Em uma de suas primeiras decisões deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário do controle incidente de normas, o novo instituto destinava-se à aferição abstrata da constitucionalidade de uma lei estadual, ou, nas palavras de Castro Nunes, de “uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei”. Em outros termos, a inconstitucionalidade deveria ser superada mediante *ato legislativo* ou *quase legislativo* que constataste a invalidade com eficácia *erga omnes*.

Mas foi a Emenda n. 16, de 1965 que instituiu o modelo do controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal, ao lado da *representação interventiva*, sendo que a ação deveria ser instaurada pelo Procurador-Geral da República. Esse novo instituto objetivava “alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga de trabalho dos Tribunais inferiores” (MENDES, 1998, p. 64), orientando-os em casos semelhantes. Ainda, conforme Clève (1995, p. 109), a “ação direta interventiva constituiu a via através da qual nosso país foi, paulatinamente, alcançando o território da fiscalização abstrata da constitucionalidade”.

A Constituição de 1988 tratou de dilatar a legitimidade para a propositora da ação, nos termos do atual artigo 103. Além disso, suprimiu-se o paradoxo antes havido segundo o qual o Procurador-Geral da República deveria propor a ação e agir em defesa da União ao mesmo tempo. No atual texto, é o Advogado-Geral da União o legitimado para defender a constitucionalidade da lei (§ 3º).

A nova configuração do controle de constitucionalidade permite visualizar o papel preponderante concedido ao controle abstrato e, conseqüentemente, ao STF, como órgão político decisivo acerca da constitucionalidade legislativa, já que, além de ser órgão de última instância no que concerne a questões constitucionais dos casos concretos, é competente “para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 1998, p. 20).

Como bem sabemos, o controle abstrato brasileiro pode ser exercido pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pela ação declaratória de constitucionalidade e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ADI visa atacar incisivamente a norma que contraria o texto constitucional. Segundo Clève (1995, p. 113), “a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição (...) Por isso consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando ‘processo objetivo’ de defesa da Constituição”.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), por sua vez, enfrenta a ausência de um “necessário agir”. Não basta que o legislador não tenha agido na formulação de determinada norma, mas sim que era esperado que ele agisse naquele caso. Cumpre ressaltar, sempre, a tendência de um papel cada vez mais concretista que o STF possa dar a tal instrumento, em vistas das decisões tomadas em sede de Mandado de Injunção com caráter concretista geral¹.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, noutro ponto, tem como objetivo conferir à lei um carimbo de autenticidade judicial, antes que ela venha a ser atacada por ação direta de inconstitucionalidade. É de conhecimento que nesta, caso a decisão seja contrária à inconstitucionalidade, ou seja, a favor da constitucionalidade da lei, também estará estampado o “selo de qualidade” constitucional. A diferença é que a ADC visa dirimir as controvérsias resultantes da ADI, agindo preventivamente em favor da constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que nos interessa por ora, conforme a redação do artigo 1º da Lei 9.882/1999, tem como objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” e refrear os ânimos decorrentes de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo relevante, à exceção de questão já concretamente posta em juízo, nos termos da ADI 2.231.

A noção de preceito fundamental, entretanto, parece vaga no mundo jurídico, sendo que alguns doutrinadores o tem como elemento que engloba direitos, garantias, cláusulas pétreas, princípios fundamentais, organizacionais etc, expressos ou implícitos no texto constitucional².

Bulos (2010, p. 324) afirma serem fundamentais os “preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”. Traz como exemplos, ainda, os valores sociais do trabalho, a separação de poderes, a inafastabilidade da jurisdição, os princípios da Administração Pública, a defesa do consumidor, dentre outros.

Sua finalidade, no intuito de “preservar as vigas-mestras que solidificam o edifício constitucional, buscando dar coerência, racionalidade e segurança ao ordenamento jurídico” (BULOS, 2007, p. 318), poderia fazer a ADPF se confundir com a ADI, inclusive já tendo o próprio STF admitido a conversão de ADPF ajuizada em ADI³.

¹ Vide Mandados de Injunção 283, 680, 708 e 712.

² “Há dissenso na doutrina ao se definir os *preceitos fundamentais*, porém é possível elencar alguns que estão explícitos na Constituição Federal, tais como: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais” (LOBO; GALVÃO, 2007, p. 111).

³ ADPF-QO 72/PA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.06.2005.

Entretanto, é observável a natureza mais aberta no tocante aos atos do Poder Público. Além disso, cuidou a ADPF de suprimir uma lacuna da ADI, que não pode ser aplicada nem a leis anteriores a 1988 e nem a atos municipais.

Outrossim, no tocante ao espaço normativo também atacado por outros instrumentos abstratos, a admissão da ADPF somente se opera não havendo outro meio eficaz de sanar a lesão – subsidiariedade –, conforme a ampla jurisprudência da Corte.

No julgamento da ADPF 33, o Pretório Excelso deixou assente que a ADPF será cabível na inexistência de “meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”.

Assim, a construção da jurisprudência formou-se no sentido de que cabe ao interessado demonstrar que as vias processuais são “incapazes, insuficientes ou ineficazes para sanar a controvérsia constitucional relevante” (BULOS, 2010, p. 323) ou havendo exaurimento das vias processuais para resolver a demanda.

E mesmo no tocante à possibilidade de se valer de outros meios processuais, é imprescindível que tais meios se mostrem eficazes de sanar globalmente a situação de lesividade.

Nessa linha é que se acreditava que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não poderiam, por si só, afastar a subsidiariedade e impedir a propositura da arguição.

Essa situação, todavia, merece ser revista.

A APROXIMAÇÃO DO MODELO DO STARE DECISIS AO CIVIL LAW E A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A nova configuração do controle de constitucionalidade permite visualizar o papel preponderante concedido ao controle abstrato e, conseqüentemente, ao STF, como órgão político decisivo acerca da constitucionalidade legislativa, já que, além de ser órgão de última instância no que concerne a questões constitucionais dos casos concretos, é competente “para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 1998, p. 20).

Nesse sentido, urge-lhe o poder-dever de declarar a inconstitucionalidade, seja por qual meio for, de lei ou ato normativo que, no presente caso, vá de encontro à necessidade de uma tutela efetiva da Constituição. A diferença, no entanto, neste caso, e que confere maiores valorações aos institutos do controle incidental – seja pelos juízes do território nacional ou mesmo pelo STF – e da súmula vinculante, é que, em tese, não lhe caberia suprir a omissão legislativa. Isto porque no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não teria o condão de criar a lei faltante, mas tão somente de declará-la

nesta condição ao Legislativo, para que este, sem qualquer punição, tome as devidas providências, embora, como já adiantamos, o STF cada vez mais tem se inclinado por posições mais concretistas.

Todavia, como uma alternativa às impossibilidades do controle por omissão, tema espinhoso tem ganhado bastante relevo. Trata-se da possibilidade dos efeitos vinculantes e *erga omnes* no controle incidental realizado pelo Pretório Excelso. Num primeiro momento, via de regra, tais efeitos não decorreriam, naturalmente, do acórdão pretoriano.

Contudo, uma lógica irrefutável nos inclina cada vez mais nesse sentido. Ocorre que o Supremo, sendo última instância nas discussões constitucionais, tem o condão de apaziguar as questões latentes que ali chegam. Constituir-se-ia uma abreviação ao caminho necessário da lide se o STF já se manifestasse sobre a questão por antecedência, em interpretação de caso análogo, impedindo que até lá se chegue para ouvir exatamente aquilo que já se disse anteriormente. É medida que viabiliza a tutela jurisdicional efetiva, impedindo o dispêndio desnecessário de tempo em instâncias judiciais inferiores.

Mendes (2007, p. 269-270) assim coloca a questão:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

A lógica de se assegurar a eficácia contra todos e o efeito vinculante das decisões proferidas em sede abstrata pelo Supremo Tribunal Federal é a necessidade de se conferir *força normativa à Constituição*, conforme preleciona Hesse (1991, p. 16), e o entendimento de que o STF, sendo o guardião da Constituição, é também seu intérprete último, de forma a uniformizar o entendimento sobre a questão constitucional⁴.

Esse mesmo pensamento tem conduzido a uma interpretação no sentido de que as decisões proferidas pelo Supremo, no controle incidental, ou seja, questões

⁴ Lembra-nos Diniz (1989, p. 119): “O sistema apresentará unidade, se as várias normas forem conformes à norma-origem (Constituição); conseqüentemente haverá uma coerência, ante a impossibilidade lógica de existirem preceitos infraconstitucionais antagônicos à Lei Maior”.

constitucionais que são levadas ao Pretório Excelso não por um processo em que a discussão seja a norma em si, mas sim quando tal discussão é caminho necessário para a adequada solução da lide, também merecem a mesma eficácia, irradiando-se para todo o Judiciário (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 295)⁵. É o que Didier Jr (2006) alcinha de “objetização do recurso extraordinário”.

Essa tendência tem sido denominada no STF como “abstrativização do controle concreto”, que recebera especial referência no RE 197.917 (caso dos vereadores de Mira Estrela) e no HC 82.959 (progressão de regime nos crimes hediondos), tendo a Corte recebido e dado provimento a diversas Reclamações por descumprimento do entendimento conferido pelo Pretório.

Sensível a isso, o legislador infraconstitucional, na edição da Medida Provisória 2.180-35 de 2001⁶, previu a possibilidade de alegação de inexigibilidade da coisa julgada construída em entendimento que afronta a interpretação do Supremo Tribunal Federal, na seara do processo trabalhista (artigo 884, § 5º, CLT). Na mesma toada, a Lei 11.232/2005 estendeu o raciocínio para o processo civil (artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior). A questão foi mantida pelo novo Código (artigos 526, § 12 e 535, § 5º, novo CPC).

O que o dispositivo em questão, basicamente, afirma é que toda vez em que uma decisão for construída sob um entendimento fundado em lei ou ato normativo que venha a ser declarado inconstitucional pelo Supremo ou em aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Constituição, a coisa julgada pode ser desfeita e o título tornado inexigível (BORGES DE OLIVEIRA, 2012, p. 60).

Ainda, contornando tal premissa, a necessidade de repercussão geral ao recurso extraordinário nada mais é do que a busca por uma verticalização legislativa, de forma a solver com maior antecedência possível as interpretações dos casos concretos análogos. Trata-se, antes de mais nada, de um argumento de estabilização e justiça das decisões, de forma que casos semelhantes não recebam interpretação constitucional diversa.

Nesse aspecto, salutares as colocações de Mitidiero e Marinoni (2007, p. 19):

Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais.

⁵ Ver: REsp 819.850, rel. Min. Teori Zavascki.

⁶ A referida Medida Provisória encontra-se em plena vigência por conta do artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001.

Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

É nessa mesma quadra que se engasta, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre, constante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.

Acontece que, em outros modelos de jurisdição constitucional, como o estadunidense, as decisões tomadas pela Suprema Corte servem de embasamento a todas as decisões pátrias, criando precedentes que assegurem os princípios fundamentais do Direito. Em outras palavras, existe uma certa expectativa das decisões, desde que lhes haja precedentes garantidos pela *Court of Law*.

A eleição dos precedentes, frise-se, embora possa vincular as decisões futuras com base em argumentos construídos no passado, não se mostra incompatível com o progresso do direito. É sempre atual a possibilidade de superação do precedente, sempre caminhando ao lado da sombra das necessidades sociais contemporâneas (OST, 2005, p. 106 e ss)⁷.

Como ressalta O'Brien (1991, p. 34), na realidade jurisdicional norte-americana, "the Court's rulings are usually considered controlling for other similar cases and the larger political controversy they represent"⁸.

Contudo, no direito supracitado não há o controle concentrado da constitucionalidade legislativa, sendo tal medida realizada no caso concreto. Mesmo assim, assegura a Suprema Corte que das suas decisões aferindo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis tenha aplicação a todos os casos, servindo de precedente jurídico. A vinculação do precedente por ela formado faz com que, na prática, a Corte ganhe *status* de jurisdição constitucional.

⁷ Com maestria, Posner (2007, p. 481-482): "A existência de precedentes abundantes e extremamente informativos (em parte por serem recentes) vai permitir que as partes das disputas legais criem estimativas mais convergentes sobre o resultado provável de um julgamento e, como aqui já se observou em capítulos anteriores, se as duas partes têm a mesma ideia sobre o resultado do julgamento, entrarão em acordo antecipadamente, porque um julgamento é mais caro do que um acordo. Com menos ações em juízo, porém, será menor o número de novos precedentes criados, e os existentes vão tornar-se obsoletos à medida que as circunstâncias também os tornarem menos adequados e informativos. Assim, o índice de ações discutidas em juízo aumentará, produzindo mais precedentes e, desse modo, levando novamente a uma queda dos índices de litígios".

⁸ No vernáculo: "As decisões da Corte são usualmente consideradas para fins de controle de casos semelhantes e para a maior controvérsia política que representam".

É importante que se tenha em mente que a interpretação constitucional realizada por um Tribunal Superior não possui o condão de desvirtuar o controle de constitucionalidade realizado pelos juízes e tribunais inferiores.

Em verdade, segundo nos parece, ambas medidas laboram, concomitantemente, na observância da constitucionalidade acima de qualquer outra medida. Seria desastroso que o ordenamento jurídico inferior à Carta Constitucional tivesse o poder de lhe contrariar, seja por uma questão de lógica hierárquica (formal), seja por uma questão de valoração dos direitos expostos na Constituição (material).

Desta feita, o papel do Tribunal Constitucional pátrio é de discutir questões de foro constitucional que possuem repercussão geral. E é exatamente esta repercussão que confere embasamento à sustentação da ideia de que as decisões constitucionais tomadas pelo Supremo, incidentalmente, devem ter seus efeitos expandidos a fim de abranger, interpretativamente, todos os casos análogos.

Noutra oportunidade, acerca do tema, já dissemos que

[...] a repercussão geral confere o selo de autenticidade da importância da questão constitucional discutida, razão pela qual careceria de sentido aplicar estes efeitos para apenas um caso. Tanto é que na repercussão geral, após a decisão concreta, surtem os efeitos para todos os casos análogos que aguardaram junto aos Tribunais aquela decisão (BORGES DE OLIVEIRA, 2009, p. 35).

Ao depois, esta medida fortalece o controle de constitucionalidade incidental, seja para as questões de repercussão geral junto ao Supremo, seja para as questões constitucionais de somenos importância nos Tribunais, como na cláusula de reserva de plenário, ou pelos juízes de primeira instância. Evidente que para estes as questões constitucionais discutidas não possuem a mesma repercussão do que aquelas que chegam ao Pretório Excelso, mas o poder-dever de controlar a constitucionalidade das leis subsiste sempre, seja para aplicar interpretação do STF, seja para realizar a própria análise no caso concreto.

Ainda nessa linha, a Emenda n. 45 trouxe novidade ao sistema jurídico pátrio ao instituir no artigo 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante, segundo a qual, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, o STF pode por dois terços de seus membros aprovar súmula que vincula todos os órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta. Vale dizer, instituiu-se a possibilidade do controle incidental no STF mediante a aprovação de súmula fazer gerar efeitos a todos.

Importante salientar que a súmula vinculante somente faz sentido “após reiteradas decisões” de casos análogos, o que nos permite, logo em primeiro plano, concluir que seu principal objetivo é apaziguar as tensões sociais decor-

rentes das diversas interpretações jurídicas sobre determinado tema de natureza constitucional.

Dessa forma, se alinha ao exposto anteriormente acerca do controle incidental realizado pelo Supremo. A diferença é que seus efeitos vinculantes não decorrem de uma construção doutrinária e sim de dispositivo claramente exposto na própria Constituição.

É evidente que direitos sem garantias não podem subsistir. E, mais do que isso, as garantias estão vinculadas diretamente à possibilidade de instrumentalização do Judiciário para garanti-los, independente de vontade política e legislativa. Se tal construção decorre de expressa disposição constitucional ou se decorre de construção doutrinária pouco importa, contanto que essa se poste frente à lupa constitucional para concluir a maneira de se instrumentalizar a garantia. Não se trata mera e simplesmente de sobrelevar-se ao texto legal, pois, acima deste e do jurista, deve estar sempre a Constituição, essa sim o parâmetro e o ponto de vista de todo o observador do ordenamento pátrio.

Ao depois, consoante extenso trabalho produzido por Marinoni (2010, p. 101), deve-se frisar que parece “no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais”, prática em relação a qual a doutrina brasileira pouco reage⁹.

Nesse sentido, também destaca Alexy (2001, p. 259): as “razões básicas para seguir os precedentes é o princípio de universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”.

Pois bem.

Na vertente do Supremo Tribunal Federal, embora a questão não seja tão inequívoca, é possível se notar diversos exemplos recentes acerca da aplicação da força de precedente a decisões de cunho incidental, ou melhor, à transcendência dos efeitos das decisões tomadas em ações concretas.

⁹ Ainda, importantes observações: “Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes. A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões” (MARINONI, 2010, p. 100).

Na discussão acerca da fidelidade partidária, a virada de jurisprudência do Supremo decorreu do julgamento de três mandados de segurança (26.602, 26.603 e 26.604), impetrados em face da resposta de duas consultas no Tribunal Superior Eleitoral.

De se ver que o caráter emblemático criado às razões do julgamento fora tão grande que direcionara a análise conjunta dos *mandamus*. E, após a declaração de constitucionalidade ocorrida em sede incidental, o TSE houve por bem regular a questão por meio da Resolução 22.610, demonstrando-se, assim, que a decisão do Supremo acabara de formar o precedente acerca da necessidade de fidelidade partidária aos mandatários.

Assim, embora julgado em mandado de segurança, não se discute, atualmente, que a fidelidade valha apenas para os impetrantes dos referidos *mandamus* ou de outros que tenham tratado da mesma temática¹⁰.

No tocante à Lei de Ficha Limpa, o STF formou sua convicção quanto às questões discutidas no julgamento de dois recursos extraordinários.

No RE 633.703, diante das fundamentações, o Supremo firmou posição no sentido da inaplicabilidade da nova Lei para as eleições de 2010, por ofensa ao artigo 16 da Constituição Federal, sendo que tal precedente passa a valer para todos os casos, e não apenas para o recorrente.

É de se ressaltar que a decisão fora tomada em Plenário, após extensa discussão e profunda análise dos termos da Lei Complementar 35, e não apenas do direito que assistia ao recorrente.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário 630.147, o Supremo chancelou a constitucionalidade da Lei de Ficha Limpa, o que, por evidente, vale não apenas para atingir o recorrente Joaquim Roriz, mas todos os políticos que se enquadram na situação delineada pela lei.

No mencionado RE 197.917 (Caso de Mira Estrela), o Supremo, interpretando o artigo 29, IV, CF, que estabelece a necessidade do número de vereadores ser proporcional à população do município, entendeu que deveria haver correspondência matemática entre as faixas indicadas e a população.

A decisão fora tomada em recurso que abrangia apenas o Município de Mira Estrela, mas o precedente formado atingia todos os municípios do país, inclusive norteando a Resolução 21.702 do TSE tratando da temática. Como consequência,

¹⁰ Cumpre ressaltar que a infidelidade partidária foi inserida pela minirreforma eleitoral (Lei 13.165/2015) junto ao artigo 22-A da Lei 9.096/1995 como situação que conduz à perda do mandato, salvo existência de justa causa, considerada esta: I – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; II – grave discriminação política pessoal; e III – mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

é cediço que o Congresso Nacional promulgou a Emenda 58/2009, estabelecendo exatamente os limites de vereadores dentro de cada uma das 24 faixas populacionais, com variação de 9 a 55 vereadores.

Nesses casos, é certo que a decisão superior, servindo como precedente, ajustou a justiça da decisão, além de analisar a constitucionalidade da questão de forma nitidamente abstrata, ainda que em meio a um caso concreto. Por essa razão, tais decisões não poderiam ficar restritas às partes do processo.

Tal vertente anuncia a formação de uma nova perspectiva do controle de constitucionalidade, alcançando, por evidente, as questões que envolvem a discussão sobre a aplicação do princípio democrático e os direitos daí decorrentes.

Dado o caráter não apenas da formação da convicção do Tribunal, mas do próprio direito discutido, é natural que sempre que se fale em princípio democrático, para o bem da democracia, seja a decisão levada a efeito perante todos.

Ora, se decisões proferidas em ações e recursos junto ao Supremo Tribunal Federal, incluindo recursos extraordinários, *habeas corpus*, mandados de segurança e de injunção, passam a ser tidas como produtoras de efeitos *erga omnes*, inclusive podendo justificar a criação de súmula vinculante, a questão que nos é remetida diz respeito à utilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o manejo da ação.

É que, como adiantamos, a jurisprudência edificou o instituto sob a lógica de possuir caráter subsidiário em relação a outras ações de controle abstrato, mas ignorando, à época, a tendência abstrativista que se erguia em relação ao controle concreto realizado pelo próprio Supremo.

Melhor explicando, se as decisões em controle concreto passam a produzir efeitos para todos, logo elas se equiparam ao controle realizado em abstrato.

Isso significa que a subsidiariedade da ADPF passa a ter de levar em conta também a existência de controle concreto com possibilidade de efeitos abstratos, e não mais apenas as tradicionais ações de controle abstrato. Noutras palavras, a existência de um recurso extraordinário com repercussão geral passa a impedir o ajuizamento de ADPF para tratar da mesma temática, pois os efeitos da decisão serão os mesmos.

Assim, a nosso ver, a ADPF, de certa forma, cai na lista hierárquica das ações de controle, perdendo não apenas para as típicas ações de controle abstrato, mas para qualquer ação ou recurso em sede concreta a serem analisados pelo Supremo, considerando a abstrativização da decisão a ser tomada nos mesmos.

Logo, seu caráter subsidiário se amplia, não mais em relação ao controle concentrado, mas em relação a praticamente qualquer ação ou recurso a ser analisado pelo Supremo. De certa forma, a ação perde um pouco de sua importância.

CONCLUSÃO

Diante dessa nova circunstância, em especial a partir da exigência de repercussão geral ao recurso extraordinário, bem como dos aspectos transcendentais dos motivos determinantes, parece-nos que a questão da subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental merece ser aprimorada.

Se antes se afirmava que alguns meros recursos perante o Supremo não tinham o condão de produzir efeitos amplos em relação à questão controvertida, essa assertiva não pode mais ser tida como válida. Ao contrário, a produção de tais efeitos no controle concreto junto ao STF tornou-se uma regra não escrita.

Mais ainda se consideramos a própria repercussão geral como um norte “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”, que claramente ultrapassa os interesses subjetivos das partes para adentrar a uma esfera difusa, consoante a leitura do próprio artigo 543-A, § 1º, CPC, embasado no artigo 102, § 3º, CF, ressaltando-se que, como vimos, os efeitos para todos não têm decorrido apenas dos recursos extraordinários, mas de ações diversas perante a Corte, como *habeas corpus* e mandados de injunção e segurança.

Assim é que, há algum tempo não mais é possível dizer que a ADPF não possui relação de dependência com recursos ou outras ações – como o Mandado de Segurança – perante o Supremo Tribunal Federal, de forma que também a elas deve apresentar-se de forma subsidiária. Nesse tocante, por exemplo, a existência de um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida tratando de um preceito tido por fundamental impede que se ajuíze arguição de descumprimento acerca da mesma temática.

Vale dizer, a nova perspectiva tornou a ADPF subsidiária não apenas em relação às tradicionais ações de controle abstrato, mas a praticamente todas as ações e recursos julgados pelo STF, considerando a possibilidade de produção dos mesmos efeitos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A encruzilhada jurídica entre a “tradição” processual e a perspectiva fundamental dos direitos. *Revista de Direito Público*. Porto Alegre, n. 28, p. 19-40, 2009.
- _____. O processo trabalhista e a coisa julgada inconstitucional: reflexos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 na execução trabalhista. *Revista de Direito Univille*. Joinville, v. 2, n. 1, p. 58-67. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, L.; NERY JR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOBO, Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a coisa julgada. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. n. 145.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EdUSC, 2005.

O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics*. New York: W. W. Norton, 1991. v.2: Civil Rights and Civil Liberties.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Data de recebimento: 13/02/2019

Data de aprovação: 10/05/2019