

Artigo

Controle de Constitucionalidade e a Cláusula de Subsidiariedade na ADPF: Desafios e Perspectivas

Constitutionality Control and the Subsidiarity Clause in ADPF: Challenges and Perspectives

Bruna Fernandes Pereira de Carvalho¹

¹Especialista em Processo Civil Contemporâneo pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco. ORCID: 0009-0008-2046-1986. E-mail: brunafpcarvalho@hotmail.com.

Submetido em: 03/05/2025, revisado em: 08/05/2025 e aceito para publicação em: 13/05/2025.

Resumo: O controle de constitucionalidade está intrinsecamente relacionado às Constituições rígidas, que adotam mecanismos de atualização mais complexos do que os aplicados para as demais leis que compõem o ordenamento jurídico. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão responsável por garantir a supremacia da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A necessidade de um órgão independente para garantir a supremacia da Constituição é um problema que envolve a complexidade dos mecanismos de atualização das Constituições rígidas e a necessidade de um controle eficaz de constitucionalidade. O objetivo deste estudo é analisar os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, destacando o controle político e jurisdicional, bem como os modelos difuso e concentrado. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica sobre o controle de constitucionalidade, abordando a doutrina e jurisprudência relacionadas ao tema. A criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ampliou as competências do STF para promover a guarda da Constituição, preenchendo lacunas deixadas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e permitindo que o direito pré-constitucional, as leis municipais, os atos administrativos e outras espécies normativas fossem arguidos diretamente ao Tribunal Constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; Constituição Federal; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Abstract: The control of constitutionality is intrinsically related to rigid Constitutions, which adopt more complex updating mechanisms than those applied to other laws that make up the legal system. In Brazil, the Supreme Federal Court (STF) is the body responsible for guaranteeing the supremacy of the Federal Constitution of 1988 (CF/88). The need for an independent body to guarantee the supremacy of the Constitution is a problem that involves the complexity of the updating mechanisms of rigid Constitutions and the need for effective control of constitutionality. The objective of this study is to analyze the models of constitutionality control adopted in Brazil, highlighting political and jurisdictional control, as well as diffuse and concentrated models. The methodology used was a bibliographic review on the control of constitutionality, addressing the doctrine and jurisprudence related to the topic. The creation of the Argument of Noncompliance with Fundamental Precept (ADPF) expanded the STF's competencies to promote the protection of the Constitution, filling gaps left by the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) and allowing pre-constitutional law, municipal laws, administrative acts, and other normative species to be argued directly to the Constitutional Court.

Keywords: Constitutionality Control; Supreme Federal Court; Federal Constitution; Argument of Noncompliance with Fundamental Precept; Direct Action of Unconstitutionality.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O controle de constitucionalidade está intrinsecamente relacionado às Constituições rígidas, isto é, aquelas que adotam mecanismos de atualização mais complexos do que os aplicados para as demais leis que compõem o ordenamento jurídico. Além disso, para garantir a supremacia da constituição é necessária a existência de um órgão diferente e independente daquele que legisla, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), quando o parâmetro for a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

No Brasil, adota-se o controle de constitucionalidade político quando da atribuição do poder de veto realizado pelo Presidente da República nos termos do artigo 66, §1, da CF/88, bem como na hipótese em que a Comissão de Constituição e Justiça rejeita proposição legislativa por entender contrária à Constituição. Assim, o controle político de constitucionalidade no Brasil será realizado previamente à promulgação da norma.

De seu turno, o controle jurisdicional de constitucionalidade é feito pelo Poder Judiciário e, em regra, será posterior. Não obstante, o STF admite a

legitimidade do parlamentar da casa em que está tramitando o projeto para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo (MS 24.667/DF, órgão Julgador: Pleno, Relator: Min. Carlos Velloso).

No que tange aos modelos de controle, tem-se a divisão entre difuso e concentrado. O controle difuso de constitucionalidade, surgiu nos Estados Unidos da América, em 1803, a partir do caso *Marbury versus Madison*, no qual foi analisada a supremacia formal da Constituição em relação às normas infraconstitucionais que lhe fossem incompatíveis, com a consequente nulidade da espécie normativa em antinomia com o texto maior, no que posteriormente foi denominada pelos constitucionalistas como “Doutrina Marshall”.

A característica principal do modelo difuso é o reconhecimento de que qualquer órgão do Judiciário, ao analisar o caso concreto, pode fazer o controle de constitucionalidade e afastar a aplicação de uma determinada lei, a fim de primar pela supremacia da

Constituição. A primeira Constituição brasileira a adotar o modelo difuso foi a de 1891.

No controle difuso, a solução do caso concreto depende da análise da compatibilidade da norma que o fundamenta com a Constituição. Nesse sentido, o autor da ação, quando procura o Judiciário, não o faz para obter a declaração de inconstitucionalidade, mas para requerer direito próprio, cujo fundamento é a Norma Maior, isto é, não há uma ação específica no controle difuso destinada a impulsionar uma atividade do Judiciário, de forma que a arguição de inconstitucionalidade é apenas um incidente no processo.

Por sua vez, o controle concentrado (ou reservado) de constitucionalidade surgiu na Áustria, em 1920, a partir do pensamento defendido por Hans Kelsen, segundo o qual um único órgão deve ser encarregado de interpretar a Constituição com definitividade. Kelsen estruturou a ordem jurídica de como a concebê-la como um sistema de normas hierarquizadas, um verdadeiro edifício de normas superpostas no qual cada norma extrai seu fundamento de validade de uma norma superior.

No controle concentrado, a análise da norma não parte de casos concretos, mas da própria norma em abstrato, isto é, o objeto é uma lei ou um ato normativo em tese, em relação a qual se pede a declaração de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade ou, ainda, de sua não recepção. Foi instituída no Brasil por meio de Emenda à Constituição de 1946, cujo legitimado ativo era tão-somente o Procurador-Geral da República.

Compete ao STF, na qualidade de órgão guardião da Constituição, processar e julgar as ações do controle abstrato de constitucionalidade, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Representação Interventiva e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

2 DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi acrescentada à Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional 03/1993 que alterou a redação do artigo 102:

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

A expressão ‘na forma da lei’, segundo posicionamento do STF (Petição 1.140/TO, Órgão Julgador: Plenário; Relator: Min. Sydney Sanches), indica norma de eficácia limitada, de modo que a aplicabilidade da ADPF só se deu seis anos após a sua criação com a promulgação da Lei nº 9.882/99.

O grande propósito dessa ação foi o de ampliar as competências do STF para promover a guarda da Constituição, principalmente preencher as lacunas deixadas pela ADI e então permitir que o direito pré-

constitucional, as leis municipais, os atos administrativos e outras espécies pudessem ser arguidos diretamente ao Tribunal Constitucional.

A doutrina, de maneira praticamente unânime, tem extraído da Lei nº 9.882/1999 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) a arguição autônoma e b) a arguição incidental ou paralela. A primeira tem natureza de ação e a segunda é fruto de uma ação original (direito subjetivo), contudo, ambas são ações do controle concentrado, sem partes, que não admitem desistência e cujo efeito da decisão é *erga omnes* e vinculante.

Na ADPF incidental, a matéria discutida nas instâncias ordinárias, apesar de poder ser levada diretamente ao Supremo Tribunal Federal, deve ser iniciada por algum dos legitimados previstos no artigo 2º da Lei nº 9.882/99 c/c artigo 102 da CF/88, nesse caso, não será discutido o direito subjetivo, mas sim a ofensa a preceito fundamental. O direito subjetivo será apartado da discussão e só será avaliado pelo juízo ou tribunal competente.

Com efeito, a arguição autônoma representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata e está desvinculada de qualquer caso concreto. Por outro lado, a arguição incidental pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será proposta perante o STF e terá como objeto ato do Poder Público que causa ou possa causar lesão a preceito fundamental (arguição autônoma) e leis ou atos normativos federal, estadual ou municipal que causam controvérsia constitucional, inclusive anteriores à Constituição (arguição incidental).

Um dos aspectos de destaque da ADPF é o questionamento de leis ou atos normativos municipais contrários à Constituição Federal, isto porque até o seu surgimento o direito municipal não poderia ser questionado diretamente ao STF por meio do controle objetivo, mas apenas pela via incidental. A arguição corrigiu essa falha, uma vez que o Brasil conta com mais de cinco mil municípios e todos têm capacidade legislativa, o que poderia comprometer a supremacia da Lei Maior.

Importante ressaltar que não cabe ADPF contra normas pós-constitucionais revogadas, uma vez que o controle objetivo pressupõe vigência da norma atacada (ADPF 211/DF; Relator: Ministro Celso de Mello).

3 DA CLÁUSULA DE SUBSIDIARIEDADE

O artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99 expõe que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Constata-se a natureza subsidiária da ADPF (residual, excepcional), uma vez que só poderá ser utilizada se não houver outro meio capaz de sanar a lesividade, assim, o princípio da subsidiariedade qualifica-se como requisito de procedibilidade da ação.

Há controvérsia na doutrina a respeito do que poderia ser compreendido como “qualquer outro meio

capaz de sanar a lesividade”, porque dificilmente não existirá uma ação judicial capaz de atacar atos ou leis contrárias às normas constitucionais.

Aparentemente poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão se poderia manejar, de forma útil, a ADPF. No entanto, a leitura literal dessa disposição, que tenta incorporar no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

Um exame mais diligente há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade contido no §1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

A efeito de comparação, no direito alemão a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional caso se demonstre que a questão é de interesse geral ou se comprovado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária.

O Professor José Afonso da Silva chegou a dizer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental inspirava-se, de alguma forma, na *Verfassungsbeschwerde* alemã (Silva, 2001, p. 562).

No direito espanhol explicita-se que cabe recurso de amparo contra ato judicial desde que se tenha esgotado todos os recursos utilizados dentro da via recursal. Não obstante a jurisprudência e doutrina espanhola têm entendido que, para fins de exaustão das instâncias ordinárias, “não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão todos os recursos razoavelmente úteis” (ALMARGO, José Almagro, 1989, p. 324).

Percebe-se, portanto, que também no direito espanhol tem-se o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados não versará sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por ele defendidas, mas sim sobre a solução de controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo. Assim, tendo em vista o caráter objetivo da arguição, o juízo de subsidiariedade, segundo o STF, deve considerar, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

O Min. Gilmar Mendes na relatoria da ADPF nº 33/PA consignou que, sendo cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a ADPF:

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade,

não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, gera e imediata -, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Foi destacado pelo Relator que não se deve admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a *priori*, a utilização da ADPF, uma vez que o instituto assume feição marcadamente objetiva. E assim destaca:

Nessas hipóteses ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pleto de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.

A propósito, assinalou o Min. Sepúlveda Pertence, na ADC nº 1/DF, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado:

Não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

Não obstante, ressalta-se que os mencionados julgamentos da Suprema Corte foram realizados anteriormente à criação da repercussão geral, instituto incluído no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o §3º no artigo 102 da CF/88 e, a *posteriori*, regulamentado pela Lei nº 11.418/2006 mediante a inclusão dos arts. 543-A e 543-B no antigo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

Em 2006, com a Emenda Regimental 19, o STF alterou seu Regimento Interno para disciplinar a repercussão geral no âmbito da Suprema Corte. No Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), o instituto passou a ser regulamentado nos artigos 1.030 e 1.035 e seguintes.

A repercussão geral tem como finalidade delimitar a atuação do STF no julgamento de recursos extraordinários, inclusive com agravo, às questões constitucionais que tenham relevância social, política, econômica ou jurídica que transcendam os interesses subjetivos do processo, além de uniformizar a interpretação da Constituição.

Nesse aspecto, salutareis 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.

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.

A análise da repercussão geral é de competência exclusiva do STF, de modo que para declaração de existência de repercussão geral é exigido apenas maioria simples, ou seja, bastam quatro votos, por outro lado, a sua ausência demanda quórum qualificado de 2/3 (dois terços), sendo necessários oito votos para reconhecê-la (§ 3º do artigo 102 da Constituição da República) nesse sentido, as omissões computam-se a favor da existência de repercussão geral.

Saliente-se que o ministro relator poderá determinar a suspensão de todos os processos, não só recursos, desde a primeira instância, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão objeto de tema com repercussão geral reconhecida (§ 5º do artigo 135 do CPC/15). Assim, a suspensão nacional irá durar enquanto não for julgado o mérito do recurso paradigma, salvo se determinado de forma diversa pelo relator.

Nessa toada, a tese fixada pelo STF no recurso paradigma deve ser replicada pelas instâncias de origem, nos termos do artigo 1.030 do CPC/2015:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado

para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

I – negar seguimento: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao

tribunal superior, nos termos do art. 1.042. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

Segundo Fredie Didier (2023, p. 273):

[...] é possível concluir, sem receio, que o incidente para a apreciação da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno da ‘objetivação’ do controle difuso de constitucionalidade.

A questão a ser refletida é se, com a criação do instituto da repercussão geral, a interpretação da cláusula de subsidiariedade da ADPF, ao menos na incidental, deve passar por análise mais rigorosa.

Seguindo na reflexão, sabe-se que o STF não realiza apenas controle concentrado de constitucionalidade. Nas ações de competência originária do Tribunal, bem como em sede de recurso ordinário ou de recurso extraordinário, a Suprema Corte promove a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, incidentalmente, por provocação ou de ofício.

O ponto de discussão a respeito da competência do STF no controle difuso de constitucionalidade é quanto aos efeitos de sua decisão. A doutrina tradicional aponta que o artigo 52, X, da CF/88, confere ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Nesse sentido, qualquer decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, ainda que proferida pelo Supremo Tribunal Federal, tem eficácia *inter partes* e só passará a ter efeitos para todos (*erga omnes*) após a publicação de resolução do Senado, para suspender a aplicação da lei.

Um dos principais argumentos utilizados pelos publicistas é que o Senado Federal é o órgão representativo dos estados, composto por representantes eleitos pelo voto popular, assim, a possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes* a partir da decisão deste órgão consagraria a participação da sociedade no controle de normas, reduzindo os impactos da chamada dificuldade contramajoritária:

[...] o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas o caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as

atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. (Steck; Oliveira; Lima, 2007, p. 7)

Com efeito, por essa visão, caberia ao STF, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, comunicar ao Senado, para que este, caso entenda necessário, a fim de evitar um volume muito grande de ações judiciais a respeito da mesma matéria, afastar a aplicação da lei. Dessa forma, tem-se a decisão do STF com efeitos *inter partes* e *ex tunc* e a resolução do Senado com efeito *erga omnes* e *ex nunc*.

Em sentido oposto, doutrinadores e alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, têm desde muito tempo, indicado uma nova interpretação ao artigo 52, X, da CF/88. Essa corrente defende a ocorrência de uma verdadeira mutação constitucional do dispositivo, a partir do que se passou a chamar de “abstrativização do controle difuso”.

Significa dizer que decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, têm, assim como funciona no controle abstrato, eficácia contra todos (efeito *erga omnes*) e não dependem da resolução do Senado.

Para essa corrente doutrinária, a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada definitivamente inconstitucional pelo STF só tinha sentido quando o controle abstrato era reduzido, iniciado apenas pelo Procurador-Geral da República e não contemplava o direito municipal. Atualmente, a ADI pode ser proposta por mais de uma centena de pessoas e seu rol de legitimados ativos contempla todos os seguimentos da sociedade, fato que por si só demonstra a democratização do controle concentrado.

Ao conceder efeitos transcendentais às decisões proferidas em sede de controle difuso, o Supremo estaria a reduzir os espaços que separavam as duas formas de fiscalização da constitucionalidade. A função exercida pelo Supremo Tribunal não seria a de fazer justiça no caso concreto, nem corrigir todas as falhas dos demais tribunais, mas tutelar a Constituição e harmonizar e unificar a jurisprudência (SILVA, C. A., 2005). Em razão disso, muitos juristas defendem que os pronunciamentos do Tribunal, em matéria de controle, devam ser dotados de efeitos vinculantes para todos os órgãos aplicadores do direito.

Na Questão de Ordem na ADC nº1/DF o ministro Francisco Rezek expressou o seguinte entendimento sobre o tema:

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele

superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual ao outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. Houve uma época – membros mais antigos desse Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas [...] Com todo respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, em que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, temporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte de um país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com o seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de análise puramente jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas da rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere?

Outro aspecto que ajuda a reforçar a tese da abstrativização do controle difuso é a criação da Súmula Vinculante, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal. Ora, a Constituição autoriza que o STF, após reiteradas decisões sobre determinada matéria, por decisão de dois terços de seus membros, aprove súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, vincule os demais órgãos do Poder Judiciário e toda a Administração Pública.

Nesse sentido, o STF revisitou sua jurisprudência no julgamento da ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ e passou a admitir a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. Dessa forma, a partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma

tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental.

O ministro Celso de Mello considerou se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para o Ministro, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF, no entanto, a eficácia vinculante resulta da própria decisão da Corte.

Questiona-se, portanto, se o instituto da repercussão geral, diante a teoria da abstrativização do controle difuso, mostra-se instrumento apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade a preceito fundamental, de forma a enrijecer a cláusula de subsidiariedade da ADPF.

Nesse sentido, se decisões proferidas em ações e recursos junto ao Supremo Tribunal Federal, têm a possibilidade de produzir 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, especialmente do modelo incidental.

Conforme discorrido, 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. Nessa toada, se as decisões em controle concreto passam a produzir efeitos para todos, tem-se por equiparadas ao controle realizado em abstrato.

Isso significa que a subsidiariedade da ADPF passa a ter que 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, 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.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação da ação de descumprimento de preceito fundamental teve como destaque o de ampliar as competências do Supremo Tribunal Federal para promover a guarda da Constituição, principalmente preencher as lacunas deixadas pela ADI e então permitir que o direito pré-constitucional, as leis municipais, os atos administrativos e outras espécies pudessem ser arguidos diretamente ao Tribunal Constitucional. Nesse sentido, buscou-se garantir a supremacia constitucional, uma vez que o Brasil conta com mais de cinco mil municípios e todos têm capacidade legislativa.

Além disso, diante da adoção da teoria da recepção de normas pré-constitucionais, faz-se necessária a análise, pelo órgão guardião da Lei Maior, da compatibilidade material dessas normas com a Constituição vigente.

Desse modo, o legislador constituinte ao criar a ADPF atribuiu à legislação infraconstitucional sua regulamentação. Nesse sentido, a Lei nº 9.882/99 inseriu como condição de procedibilidade da ação o caráter subsidiário, assim, o STF ao interpretar o comando do legislador interpretou a subsidiariedade tendo como parâmetro os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Não obstante, posteriormente a regulamentação da ADPF e da posição fixada pelo Supremo Tribunal, foi criado o instituto da repercussão geral e da Súmula Vinculante conferindo à Corte Constitucional o poder de proferir decisões com caráter *erga omnes* dissociada das ações de controle concentrado. À vista disso, o STF interpretou o artigo 52, X, da CF/88, no sentido de que as decisões proferidas pelo Tribunal em controle difuso têm eficácia *erga omnes*, independentemente da resolução do Senado Federal.

Nessa perspectiva, há uma aproximação do controle difuso e do controle concentrado quando realizado pelo STF, de forma que o manejo da ADPF como meio eficaz de sanar a lesividade a preceito fundamental deve ser analisada em confronto com a possibilidade da existência de controle concreto com efeito *erga omnes*, e não mais apenas com as tradicionais ações de controle abstrato.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL (1973). **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL (1989). **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL (2015). **Lei nº 3.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2 – DF**; Relator: Ministro Paulo Brossard; Órgão Julgador: Plenário; Data de julgamento: 06/02/92; Data de Publicação DJe: 12/02/92.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 1 – DF**; Relator: Ministro Moreira Alves; Órgão Julgador: Plenário; Data de julgamento: 01/12/92; Data de Publicação DJe: 16/06/95.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PET nº 1140 – TO**; Relator: Ministro Sydney Sanches; Órgão Julgador: Plenário; Data de julgamento: 02/05/1996; Data de Publicação DJe: 31/05/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 24667 – DF**; Relator: Ministro Carlos Velloso; Órgão Julgador: Plenário; Data de julgamento: 04/12/03; Data de Publicação DJe: 23/04/04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 33 – PA**; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Plenário; Data de julgamento: 07/12/05; Data de Publicação DJe: 16/12/05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 211 – DF**; Relator: Ministro Celso de Mello; Data de julgamento: 23/03/17; Data de Publicação DJe: 27/03/17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3406 – RJ**; Relator: Ministra Rosa Weber; Órgão Julgador: Plenário; Data de julgamento: 29/11/17; Data de Publicação DJe: 04/12/17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3470 – RJ**; Relator: Ministra Rosa Weber; Órgão Julgador: Plenário; Data de julgamento: 29/11/17; Data de Publicação DJe: 04/12/17.

ALMAGRO, José. **Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**. 2ª ed., Valência, 1989.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leornado José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. Salvador: Podivm, 2023.

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

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

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da, curso de Direito Constitucional positivo. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <<https://www.tce.rj.gov.br/biblioteca/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/29946>> Acesso em: 06 out. 2023.