

Os novos rumos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a releitura do princípio da subsidiariedade na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal

The new directions of the Action for Non-compliance with Basic Precept (ADPF) and the re-reading of the principle of subsidiarity in the current jurisprudence of the Federal Supreme Court

ANTONIO YURI FRAGA SIAS*

* Master of Laws – LLM em Direito da Infraestrutura e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro. Especialista em Advocacia pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho buscou discutir a utilização atual da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, sobretudo no que concerne à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade, tal qual previsto na jurisprudência contemporânea e intentada pelo legislador.

Palavras-chave: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei 9.882/99. Princípio da subsidiariedade. Análise jurisprudencial.

Abstract: The present work sought to discuss about the current use of the action of noncompliance with fundamental precept, especially regarding the applicability of the principle of subsidiarity, as foreseen in current jurisprudence and proposed by the legislator.

Keywords: Action of Non-compliance with Fundamental Precept. Law 9,882 / 99. Principle of subsidiarity. Jurisprudential analysis.

Enviado em 7 de março de 2024 e aceito em 26 de dezembro de 2024.



1. Propedêutica

1.1. Introdução

O presente trabalho tem como escopo o aprofundamento da atual utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), além da releitura do princípio da subsidiariedade, explicitando conceitos básicos essenciais à compreensão do tema.

Como será visto adiante, a ADPF visa a ampliação do controle de constitucionalidade, devido, sobretudo, por razões históricas. Contudo, em um momento de proeminente

avanço do ativismo judicial, é crucial a delimitação perfeita da finalidade da ação de controle ora estudada a fim, inclusive, de se respeitar o princípio da separação de poderes, estampado no art. 2º da Carta Magna de 1988.

Da mesma forma, a plena compreensão que aqui se busca perpassa sobre o conceito do princípio da subsidiariedade, trazido pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, como requisito essencial para a propositura da ADPF.

Nesta toada, o que se pretende com o presente trabalho é a análise detida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da ADPF e sua utilização atual que,

como já se pode antecipar, vem expandindo através de uma releitura do princípio da subsidiariedade.

Cinge-se, portanto, o objeto do presente estudo à determinação atual da utilização da ADPF como mecanismo de controle não só de normas infralegais, mas também de práticas públicas inconstitucionais, que podem ser reveladas principalmente nas ADPFs nº 101, nº 388, nº 402 e nº 703.

Por fim, cumpre salientar que o método de trabalho utilizado é o da análise jurisprudencial dos casos mais relevantes acerca do tema, sem perder de vista os comentários doutrinários acerca da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

1.2. Breve introdução histórica

Inicialmente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi inserida no texto constitucional no artigo 102, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993. Com inspirações germânicas, pois, ainda que remotamente, lembra o recurso constitucional alemão, que busca a tutela de direitos fundamentais perante a Suprema Corte¹, sendo um mecanismo de controle de constitucionalidade inédito na história das Cartas Magnas brasileiras.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental foi festejada por inúmeros constitucionalistas quando da sua promulgação. Isto porque, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02 (ADIn), o Supremo Tribunal Federal entendeu que a incompatibilidade de uma norma pré-

constitucional com o ordenamento revelaria, na verdade, uma espécie de revogação da norma, e não a sua declaração de inconstitucionalidade, com a produção de efeitos *ex tunc*.

A mencionada ADIn buscava a declaração de inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da Lei de Imprensa, Decreto-Lei nº 532 e Decreto Federal nº 95.921, pois, sendo todos promulgados sob a égide do regime militar, traziam dispositivos demasiadamente autoritários. Porém, o Supremo Tribunal Federal não conheceu da ação, alegando que não recepção de norma pré constitucional equivaleria a revogação do dispositivo, e não ao reconhecimento superveniente da inconstitucionalidade.

O efeito prático é bastante simples, tendo em vista que este revela o descabimento do controle concentrado de constitucionalidade sobre normas anteriores à Carta Magna de 1988, na contramão do entendimento das Cortes Constitucionais da época, que ampliavam o controle de constitucionalidade em respeito ao princípio da supremacia constitucional.

O julgado da ADIn nº 02 foi encerrado em 1992, e a inserção da ADPF no texto constitucional se deu em 1993. Contudo, a resolução do problema relativa à existência de leis materialmente incompatíveis com o ordenamento pátrio à época não foi tão simples.

A postura autocontida do Supremo Tribunal Federal levou o mesmo a considerar, em diversas passagens, que deveria haver uma lei regulamentando a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que houvesse a sua plena aplicabilidade. Vale dizer, o STF considerou a norma inserida no então parágrafo único do artigo 102 da

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 327.

Carta Magna como uma norma de eficácia limitada, ou seja, aquela que depende de uma legislação infraconstitucional para a produção de efeitos.

Nesta toada, o problema só veio a ser sanado, de fato, em 1999, com a promulgação da Lei nº 9.882, que regulamentou a matéria. O professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em sua obra *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*², aponta que a concepção original da ADPF, em sede de projeto de Lei, já se prestava a ser um mecanismo de controle do governo, através dos legitimados do artigo 103, da Constituição Federal, na discussão acerca de preceitos constitucionais sensíveis, envolvendo relevantes discussões constitucionais.

Não restam dúvidas, portanto, que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental se presta a ampliar o controle de constitucionalidade brasileiro, pois, apesar de ter o parâmetro menor que o da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade, possui uma gama maior de objetos que podem ser levados ao Supremo Tribunal Federal por este Controle, o que é revelado pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999.

2. Desenvolvimento temático e questões jurídicas pertinentes

2.1. Das disposições gerais acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a controvérsia acerca do princípio da subsidiariedade

Tal como exposto no subtópico anterior, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental aumentou consideravelmente a quantidade de objetos a serem submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, o ilustre professor Uadi Lammêgo Bulos³, ao analisar o art. 1º da Lei nº 9.882/1999, que dispõe sobre os objetos que podem ser levados ao Supremo Tribunal Federal para o controle concentrado de constitucionalidade, lista: atos do Poder Público, legislativos, administrativos ou judiciais, com exceção apenas dos atos políticos; atos privados de sujeitos que agem por delegação do Poder Público, equiparando-se às autoridades estatais; atos Municipais; atos normativos pré-constitucionais; e atos omissivos inconstitucionais.

Contudo, há que se ter cautela para não ampliar o já extenso rol de objetos da ADPF de modo a banalizá-lo, podendo ser listados como atos que não comportam o controle pela ação constitucional: os atos políticos em razão da separação de poderes; os atos legislativos em formação, que são combatidos com o Mandado de Segurança impetrado pelo Parlamentar nos casos de violação ao devido processo legislativo; e os atos normativos secundários.

Se, por um lado, o rol de objetos passíveis de controle via ADPF é maior que o rol de objetos controláveis por ADIn, por outro lado o seu parâmetro⁴ é menor, além de ter sua

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 330-331.

⁴ “Parâmetro de controle” é a expressão utilizada para significar a base a partir de que as leis ou os atos normativos são analisados para se chegar à conclusão acerca da sua constitucionalidade. Trata-se, assim, da matéria que serve ao controle ou da substância com que deve se compatibilizar tudo o que pode ser objeto do controle”(SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.

² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2016. 7. ed. São Paulo: Saraiva. P. 323-324.

identificação mais trabalhosa. Isto porque “preceito fundamental” é um conceito indeterminado, sem qualquer delimitação legal ou constitucional. Acrescente-se, ainda, que existem preceitos implícitos e explícitos na Carta Magna.

Neste sentido, ao escrever sobre a dificuldade da identificação do parâmetro da ADPF, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁵ conclui que a análise será dada de modo casuístico, havendo preceitos de identificação mais clara, como a separação de poderes, a forma federativa de Estado, os direitos e garantias fundamentais, e outros de identificação mais obscura, como aqueles dispositivos que trazem conceitos de interdependência com os preceitos fundamentais expressos.

Por sua vez, para o ilustre professor Dirley Cunha Júnior a determinação de preceito fundamental perpassa por uma ordem de valores, constituindo preceitos fundamentais aqueles que estão diretamente ligados ao Estado e à sociedade. Haveria, em verdade, uma hierarquia meramente axiológica entre as normas constitucionais, abrangendo princípios e regras no que tange à determinação do parâmetro de controle próprio da ADPF.

Com a didática que lhe é peculiar, conclui o mencionado professor:

Nesse contexto, pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma

sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição. É por essa razão que o constituinte deliberou por destinar aos preceitos fundamentais uma proteção especial, através de uma ação também especial.

É relevante, porém, ressaltar que a proteção pela via da arguição de descumprimento só alcança os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, de modo que estão afastados da parametricidade do controle de constitucionalidade por meio desta ação constitucional os preceitos suprapositivos e os previstos no âmbito infraconstitucional. Todavia, os preceitos constitucionais fundamentais podem decorrer direta ou indiretamente da Constituição. Ou seja, podem ser explícitos ou implicitamente previstos na Carta Magna.⁶

Portanto, a análise casuística do enquadramento do parâmetro de controle de constitucionalidade, através de uma hierarquia constitucional axiológica, a fim de analisar o cabimento da ADPF confere, de certa forma, mais um reforço ao ativismo judicial, na medida em que a ampliação do parâmetro enseja o cabimento de mais ações destinadas, muitas vezes, ao controle de práticas públicas, tal como se verá adiante.

Cumprindo assinalar que o i. Professor Dirley Cunha Júnior⁷, já citado, elenca alguns preceitos em que há certo consenso na

Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1200.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1327.

⁶ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 325.

⁷ CUNHA JÚNIOR. Dirley. Op. Cit. p. 326-327.

identificação como fundamentais, tais como os princípios fundamentais do título I da Carta Magna de 1988; os direitos e garantias fundamentais expressos ou implícitos; os princípios constitucionais sensíveis; as cláusulas pétreas explícitas e implícitas; e as normas de organização política do Estado e dos Poderes.

Ademais, no que tange à competência e ao rol de legitimados para a propositura da ADPF, pela previsão do artigo 102, §1º, c/c artigo 103, ambos da Constituição Federal, as disposições da ADIn lhe são perfeitamente aplicáveis. Sendo, inclusive, o procedimento para o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental assemelhado àquele previsto na Lei nº 9.868/1999.

A Lei nº 9.882/1999 cuidou de inserir outros pressupostos de cabimento da ADPF no ordenamento, sem os quais a ação não poderá ser admitida. Além da necessidade de identificação precisa do parâmetro de controle violado, tem-se a relevância da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo, prevista no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999.

Com efeito, ao propor a ação, o legitimado deverá demonstrar a existência de significativa controvérsia constitucional sobre a matéria, suscitando que a resolução da celeuma transcende o interesse das partes, merecendo a aplicação dos efeitos *Erga Omnes* para casos futuros, o que pode se dar pela expressividade de casos análogos, pelo alcance político da decisão, pela fundamentalidade da questão discutida, dentre outros⁸. Nesta toada, leciona o Professor Ingo Sarlet:

A relevância da causa deve ser aquilatada do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Há relevância sob o ponto de vista jurídico, por exemplo, quando o acórdão recorrido toma por inconstitucional determinada norma infraconstitucional. A transcendência da controvérsia constitucional pode ser caracterizada tanto em perspectiva qualitativa quanto quantitativa. Na primeira, interessa para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas suscetíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa. Observe-se que eventuais questões envolvendo a reta observância ou a frontal violação de direitos fundamentais, materiais ou processuais, tendo em conta a dimensão objetiva destes, apresentam a princípio transcendência. Constituindo os direitos fundamentais, objetivamente considerados, uma tábua mínima de valores de determinada sociedade em dado contexto histórico, cujo respeito interessa a todos, natural que se reconheça, num primeiro momento, a transcendência de questões envolvendo, por exemplo, afirmações concernentes a violações ou ameaças de violações das limitações ao poder constitucional de tributar, ou aos direitos fundamentais inerentes ao processo justo.⁹

Lista-se, ainda, o chamado princípio – que, na verdade, tem natureza jurídica de regra – da subsidiariedade, essencial no presente estudo, como mais um pressuposto específico para o cabimento da ADPF. O referido princípio encontra previsão no art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999, *in verbis*: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Tal como assentado pelo próprio Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 341

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 1370.

Tribunal Federal, em obra já citada no presente estudo, a jurisprudência pátria oscila na determinação da amplitude desta regra de admissibilidade da ADPF.

Uma primeira vertente doutrinária entende que a Lei nº 9.882/99 excedeu os limites constitucionais previstos no artigo 102, § 1º, da Constituição da República, ao prever o caráter subsidiário da ADPF, tendo em vista que o mandamento constitucional impunha a obrigação ao legislador de, tão somente, disciplinar a ADPF. Com isto, este primeiro entendimento doutrinário rejeita a existência da regra da subsidiariedade, tomando-a como inconstitucional.

Sendo assim, esse primeiro entendimento sustenta, inclusive, a autonomia da ADPF frente às demais ações objetivas e subjetivas e, caso ocorra a eventual duplicidade de propositura das ações, em razão do parâmetro mais restrito de controle, deveria se adotar a ADPF¹⁰.

Contudo, esta doutrina parece esbarrar na disposição legal expressa que, apesar de não estar presente no texto constitucional, tem previsão semelhante na Lei do Mandado de Segurança, Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular, que também trazem mecanismos limitativos e pressupostos mais restritivos à propositura destas ações.

Por fim, a vulgarização do cabimento da ADPF, através do alargamento do conceito de subsidiariedade, conduz a jurisdição constitucional ao fenômeno da ordinarização de instâncias, tendo em vista que qualquer matéria seria facilmente levada ao STF, desde que suscitada por algum dos legitimados do

artigo 103, da Carta Magna, acabando por banalizá-la.

Sob outro prisma, uma segunda vertente, encampada pelo Ministro Alexandre de Moraes¹¹, em posição diametralmente oposta, sustenta que qualquer ação, de índole objetiva ou subjetiva, ou até mesmo qualquer recurso judicial, quando possível de ser ajuizada ou interposto, prefere à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a reduzir a sua utilização.

No entanto, essa posição parece extinguir a utilização da ADPF, tendo em vista que dificilmente não haverá um recurso ou ação judicial cabível, seja de índole objetiva ou subjetiva. O efeito prático da instituição de maior óbice à admissibilidade da ADPF é, além da diminuição de sua utilização, a maior dificuldade em solucionar certas questões que poderiam ser diretamente levadas ao Supremo.

Cabe acentuar que esta posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem suscitada na ADPF nº 03. Na oportunidade, a Corte não conheceu da ação proposta pelo Governador porque seria cabível o pedido de Reclamação com pedido liminar, além da Representação de Inconstitucionalidade em âmbito estadual.

Referida ação buscava a discussão, em controle concentrado, da limitação dos servidores ao teto constitucional, passando pela celeuma acerca da natureza das verbas recebidas, sob fundamentação de violação aos artigos 5º, LIV, LV, art. 37, *caput* e inciso XIV, da Carta Magna.

Uma terceira visão doutrinária, de cunho intermediário, que merece a adesão do

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentários de Acórdãos, cadernos de Soluções Constitucionais*. N. 1º, 2003. p. 257-260.

¹¹ MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 559

Ministro Luís Roberto Barroso¹², propugna que, em razão da natureza objetiva da ADPF e da consequente produção de efeitos *erga omnes* a análise do cabimento de “outro meio eficaz para sanar a lesividade” deve se dar comparativamente às ações de índole objetiva.

Assim, não sendo cabível Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade, seria admissível a ADPF pelos seus mais diversos fundamentos, seja porque a questão discute direito pré-constitucional, seja porque o objeto da ação é lei municipal.

O simples cabimento das ações de índole subjetiva, tal como o mandado de segurança, por si só não bastaria para configuração da inadmissibilidade da ADPF. Isto porque o intérprete deveria perquirir um meio igualmente idôneo a produzir a solução imediata e abrangente, tal como a Ação de controle concentrado produz, nas hipóteses de relevante interesse público e imperatividade da segurança jurídica, eis que dotada de efeitos *Erga Omnes* e vinculantes.

Vale dizer que, ainda que haja mecanismos de caráter subjetivo cabível, se a solução que estes produzem for insatisfatória se comparada ao resultado que poderia ser produzido pela ADPF, esta preferirá àqueles.

Impende registrar, ainda, que o mero esgotamento das vias recursais não caracteriza a “ausência de outro meio eficaz de sanar a lesividade”, de modo a legitimar a propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Com efeito, a regra do controle de constitucionalidade no Brasil continua sendo o controle difuso, incidental, dispondo as

partes de um amplo rol de recursos para a discussão de suas pretensões e eventuais violações constitucionais.

Sendo assim, não se deve banalizar o cabimento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de maneira a equipará-lo a uma ação rescisória ou recurso último, com o fito de rever qualquer decisão proferida em matéria constitucional, tendo em vista que nesta última hipótese pode ser cabível o Recurso Extraordinário ou até mesmo a Reclamação Constitucional.

2.2. Estudo de Casos – A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O presente tópico destina-se à análise da corrente doutrinária majoritariamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, com breves exposições acerca das soluções dadas pela Suprema Corte nos mais diversos casos.

Como ponto de partida, destaca-se a posição autocontida do Supremo Tribunal Federal presenciada na Questão de Ordem suscitada na ADPF n° 03¹³, mencionada oportunamente, na qual o Governador do Estado do Ceará pretendia, com base na Emenda Constitucional n° 19, fazer com que todas as gratificações e vantagens dos servidores ativos e inativos incidissem apenas sobre o vencimento base, evitando-se o chamado efeito cascata das remunerações.

No julgado, o Supremo Tribunal Federal inadmitiu a Ação interposta sob a alegação de que o Governador poderia se valer da Representação de Inconstitucionalidade,

¹² BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p.336-340

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QO-ADPF n°03/CE. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento: 27 fev. 2004. Publicação: 18 mar. 2004

mecanismo de controle em âmbito estadual, suscitado perante o Tribunal de Justiça local.

Apesar da dificuldade em enquadrar este primeiro julgado na segunda ou na terceira vertente doutrinária exposta no tópico anterior, acredita-se que o decidido se alinha mais à segunda posição.

Isso porque a terceira posição doutrinária mencionada no tópico anterior interpreta o princípio da subsidiariedade à luz das demais ações de controle perante o Supremo, encontrando o meio mais eficaz para sanar a lesividade entre o controle concentrado, nos casos em que cabíveis, em respeito a princípios essenciais como a segurança jurídica.

Contudo, a posição que prevaleceu no julgado, apesar de ter suscitado a viabilidade de impugnação pelo Governador do Ceará por meio da Representação de Inconstitucionalidade em âmbito estadual, que produz efeitos vinculantes no âmbito regional, não resolveu definitivamente a celeuma, tendo em vista que o tema voltou a ser debatido na corte, via Recurso Extraordinário¹⁴.

Ou seja, caso o STF tivesse admitido a ADPF para fixar, com efeitos *erga omnes* e vinculante à tese, a fim de conferir maior segurança jurídica ao tema, possivelmente muitas discussões que envolviam a Emenda Constitucional nº19 teriam sido solucionadas mais facilmente, via Reclamação Constitucional.

Não se está a criticar a postura do Supremo, que, como guardião da Constituição, deve zelar pela não banalização dos mecanismos de controle, sob pena de torna-

los ineficazes. Apenas indica-se que a admissão do presente julgado poderia ter fixado balizas sólidas para resolução de questões análogas que surgiram posteriormente, por questões de segurança jurídica, sobretudo porque o tema de servidores públicos compõe a maior parte do acervo temático do Supremo.

Por fim, cumpre assinalar que a referida ADPF foi protocolada no Supremo em 2000 e concluída em 2004, o que mostra a primeira posição do Supremo quanto ao princípio da subsidiariedade na admissão desta modalidade de ação de controle.

Da mesma forma, aponta-se a posição mais autocontida do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 12¹⁵, proposta pelo Partido Político PSDB em face de ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que, em Suspensão de Segurança, manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no sentido de declarar nula a eleição da mesa diretora da Assembleia Legislativa do Estado.

Alega o proponente, na oportunidade, que a decisão do STJ descumpre os preceitos fundamentais estampados, principalmente, nos artigos 1º, 2º e 5º, incisos XXXV, LIII, LIV e LXIX, todos da Carta Magna de 1988.

No entanto, a Suprema Corte não conheceu da Arguição, tendo em vista que a decisão poderia ser enfrentada por meio de agravo regimental que, inclusive, já havia sido interposto e aguardava julgamento. Esse fundamento foi crucial para a inadmissão da ação de controle.

A mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorreu paulatinamente,

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE: 563708 MS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 06 fev. 2013, Publicação: 02 mar. 2013.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF: 12 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 20 mar. 2001, Publicação: 26 mar. 2001.

sendo possível destacar a ADPF n° 17¹⁶, proposta pelo governador do Amapá em face da nomeação de seis desembargadores para o Tribunal de Justiça local.

Na oportunidade, o legitimado sustentou a existência de graves violações de preceitos fundamentais no Estado do Amapá, em especial ao artigo 1º, inciso III; ao artigo 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV; e ao artigo 235, incisos V e VI, todos da Constituição da República.

Apesar de a ação ter sido inadmitida justamente em razão da subsidiariedade que lhe é própria, e da faculdade que o Governador teria, como cidadão, de propor Ação Popular para sanar a lesividade do ato, na fundamentação do julgado, o relator parece indicar uma mudança sensível no posicionamento da Corte, de modo a se descolar da leitura da regra da subsidiariedade de forma estrita, tal como a posição defendida por Alexandre de Moraes, conforme já estudada.

Na oportunidade, o Min. Celso de Mello, relator da ADPF, apesar de ter inadmitido a Ação, consignou em sua fundamentação que:

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁷

Adianta-se que esta posição, extraída do excerto destacado, parece se alinhar com a posição mais atual do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Mais recentemente, na jurisdição constitucional, podemos destacar a ADPF n° 101¹⁸ proposta pelo Presidente da República em razão da importação de pneus usados, prática comum, que encontrava lastro em inúmeras decisões judiciais pelo país, por vezes divergentes entre si, inclusive em seus fundamentos.

Com efeito, pretendia a ação de controle impedir a importação de pneus usados no Brasil, tendo em vista que os mesmos possuem qualidade mais baixa e menor vida útil, gerando um enorme passivo ambiental no país.

Ponto importante de se destacar é que a referida ADPF foi admitida pelo Supremo e teve seu mérito julgado, ainda que a ação tenha sido proposta em face de inúmeras decisões judiciais que foram enquadradas como ato do poder público, para fins de cabimento da Arguição.

A situação pode causar estranheza, pois, em se tratando de inúmeras decisões judiciais pelo país que autorizavam a importação dos pneus desgastados, haveria meio processual idôneo para se combater tal prática. Como exemplo desses meios processuais, tem-se os recursos com efeito suspensivo, os mandados de segurança com pedido liminar a serem ajuizados, e até mesmo os pedidos de suspensão de segurança dirigidos ao Presidente do Tribunal, cujos efeitos não se limitam apenas ao processo em que a decisão

¹⁶ STF - ADPF: 17 AP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 20/09/2001, Data de Publicação: DJ 28/09/2001.

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n° 17/AP. *Op Cit.*

¹⁸ -SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 101 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, data de julgamento: 04 jun. 2007, data de publicação: DJe-103, divulg.06 jun. 2008, publ. 09 jun. 2008.

fora proferida, mas também para casos supervenientes, nos termos do §8º do artigo 4º da Lei 8.437/92.

Contudo, a Suprema Corte entendeu que a interposição de inúmeros recursos e mandados de segurança em face das mais diversas decisões judiciais do país seria ineficaz para sanar, de forma enérgica, a prática de importação de pneus usados. A demora do processamento dos feitos no Judiciário brasileiro e a grande quantidade de recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal impediriam, ainda, a rápida resposta judicial a combater o passivo ambiental gerado com a importação de pneus usados, o que se agravaria com o passar do tempo.

Nesta toada, a ilustre Min. Relatora Carmen Lúcia destaca, em seu voto, ao refletir sobre a presença ou não da subsidiariedade no tema:

A adequação da presente Arguição está na comprovação de existência de múltiplas ações judiciais sobre as normas aqui questionadas tendo como objeto exatamente os preceitos constitucionais fundamentais.

Na peça inicial da Arguição se comprova que alguns daqueles casos foram julgados: a) em primeiro grau; b) em grau de recurso e, ainda, c) com trânsito em julgado. Desta pleora de decisões, algumas conflitantes, e como não houve declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas relativas à matéria, tem-se a manutenção de atos concretos do Poder Público.

Esses, porém, são tidos como não aplicáveis às situações descritas em diferentes processos mencionados nos autos. A aplicação diferenciada e simultânea das normas pelas decisões judiciais contrárias parece traduzir descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais.

Não há, pois, outra ação na qual se possa suscitar o questionamento posto na presente Arguição com a efetividade da

prestação jurisdicional pretendida, donde a comprovação de acatamento ao princípio da subsidiariedade. (...)

A pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive neste Supremo Tribunal, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, tem provocado exatamente aquela situação de insegurança jurídica descrita pelo digno doutrinador, o que, acrescida da ausência de outro meio hábil a solucionar a polêmica pendente, conduz à conclusão de observância do princípio da subsidiariedade e, conseqüentemente, do cabimento da presente ação.¹⁹

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal prezou pela segurança jurídica em detrimento do formalismo exacerbado na admissão das ações de controle, acentuando que a prática de importação de pneus usados seria exponencialmente lesiva ao meio ambiente, sem a presença de outros meios igualmente aptos a sanar a lesividade com a mesma prontidão, entendendo pelo cabimento da ADPF.

Por fim, cumpre assinalar que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inviabilidade da importação de pneus usados, em razão do passivo ambiental que seria gerado no país, em proteção ao equilíbrio ambiental intergeracional, exposto no artigo 225 da Carta da República, dentre outros fundamentos de igual relevância.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388²⁰ também cuidou de combater uma prática reiterada no cenário político brasileiro.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 101. *Op. Cit.*. Voto da Min. Rel. Carmen Lúcia. p. 24

²⁰ STF - ADPF: 288 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/10/2013, Data de Publicação: DJe-212 DIVULG 24/10/2013 PUBLIC 25/10/2013

Trata-se de ação proposta pelo Partido Político PPS – Partido Popular Socialista – em face da nomeação e posse do Sr. Wellington César Lima e Silva, procurador do Ministério Público, ao cargo de Ministro da Justiça. Insta frisar que, à época, inúmeros membros do Ministério Público eram nomeados para o exercício de cargos políticos, inclusive com resoluções autorizadoras, ao arrepio do disposto na Carta Magna.

O Partido legitimado alegou, em síntese, violação à autonomia funcional do Ministério Público e artigos 128, §5º, inciso II, item “d”; artigo 2º; artigo 60, §4º, inciso III; artigo 127, §1º, todos da Carta Magna de 1988.

O objeto da ação, portanto, era a nomeação do Senhor Wellington e, sendo um ato do Poder Público, encontra amparo na Lei nº 9.882/99 para ser controlado por ADPF. Contudo, chama atenção que seria cabível propositura de ação popular pleiteando a anulação do ato, por também ser um ato público não amparado pelo ordenamento, o que faria com que a ADPF carecesse do requisito da subsidiariedade para ser admitida.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu de maneira diversa, assemelhando-se à posição trazida na ADPF nº 101, em que se analisou a necessidade de meio processual idôneo para sanar a lesividade com igual eficácia.

O Min. Gilmar Mendes, Relator da ação assentou no acórdão final acerca da presença da subsidiariedade para admissão da ADPF:

Muito embora a ação popular de fato pareça uma via processual adequada a atacar as nomeações, seu cabimento não prejudica o uso da ADPF, por se tratar de ação voltada aos casos concretos, conforme já explanado. O mais relevante, no entanto, é que a questão não se esgota em um

episódio de nomeação de Ministro da Justiça. Como mencionado, há uma prática institucionalizada a ser apreciada.

O memorial oferecido pela União lista 22 (vinte e dois) membros do Ministério Público exercendo, atualmente, cargos no Poder Executivo Federal, estadual e municipal. Muitas dessas nomeações não foram sequer levadas ao controle do CNMP. Provavelmente, o número de casos judicializados é ainda menor.

A provocação do CNMP ou da jurisdição demanda do cidadão a disposição para enfrentar o Governo e o Ministério Público, sem a perspectiva de benefício individual em contrapartida. Talvez por isso, desde de 2.011, quando o CNMP resolveu alterar seu entendimento, a questão não foi novamente trazida ao STF em casos concretos.

Ou seja, negando trânsito à ADPF, não haverá outro meio eficaz de sanar a suposta lesão constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. Acrescento que a utilização da ADPF para, simultaneamente, controlar atos normativos e concretos já foi admitida pelo STF no julgamento da arguição relativa ao rito do impeachment.

O Tribunal, numa única ação, avaliou a recepção da lei de regência do processo de acusação ao Presidente da República – Lei 1.079/50 – e, simultaneamente, apreciou atos concretos adotados com base naquela lei – notadamente, a formação da comissão especial para processamento da acusação contra a Presidente Dilma Rousseff – ADPF 378, rel. min. Edson Fachin, red. do acórdão min. Roberto Barroso, julgada em 16.3.2016.

Por essas razões, tenho que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é via processual adequada a provocar o controle da constitucionalidade da normatização do CNMP, da interpretação adotada pelos ramos do Ministério Público e dos atos concretos de nomeação de

membros do MP a cargos na Administração Pública²¹

Também se faz pertinente ressaltar a ADPF nº 402, movida pelo Partido Rede Sustentabilidade, que pleiteava a adoção da interpretação pelo Supremo de que os políticos na linha sucessória do Presidente da República, que tivessem alguma ação penal já recebida pelo Supremo Tribunal Federal, estariam impedidos de assumir o cargo mais alto do Poder Executivo Federal, além do afastamento de certos políticos de seus respectivos cargos.

Na oportunidade, o legitimado suscita que, nestas hipóteses, os sucessores na linha presidencial não poderão assumir o cargo de Presidente da República, sob pena de violação à moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, CF; artigo 86, §1º, da Lei Maior), além de uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento em impor a exigência de “ficha limpa” ao detentor do cargo de Presidente da República.

Extraí-se da decisão de admissão que a posição adotada, no que tange à subsidiariedade, foi semelhante às posições adotadas nas ADPFs nº 101 e 388, sendo colhidos seis votos pela admissão.

O recebimento da ADPF nº 402 levou em consideração a existência de uma prática de interpretação própria do Poder Legislativo, de que a circunstância de alguém responder a ação penal não constitui óbice à ocupação do mais alto cargo público de qualquer dos três poderes.

Durante a pandemia causada pelo COVID-19, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, por meio da Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 703/BA acerca de diversos decretos municipais que instituíam medidas de prevenção e contágio ao coronavírus. Na ocasião, além do óbice da ilegitimidade passiva do legitimado ativo, a Corte destacou que os decretos municipais poderiam ser questionados em sede de controle concentrado perante os Tribunais locais, e essas decisões produziram os mesmos efeitos da ADPF. Constou na própria ementa do julgado:

4. A possibilidade de impugnação de ato normativo municipal perante o Tribunal de Justiça local, em sede concentrada, tendo-se por parâmetro de controle dispositivo da Constituição estadual, ou mesmo da Constituição Federal, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória, caracteriza meio eficaz para sanar a lesividade apontada pela parte, de mesmo alcance e celeridade que a arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em razão do que se mostra desatendido o requisito da subsidiariedade.

Acredita-se que, tal como vem se seguindo nos últimos julgados acerca da subsidiariedade na ADPF, a posição que vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal é a de que a Arguição será admitida quando não existir outro meio idôneo dentre as ações objetivas para sanar de forma eficaz a prática legislativa, caso tida como constitucional, refletindo-se para os mais diversos entes federativos.

Por derradeiro, impende registrar que, em agosto de 2017, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 474, pelo Partido Rede Sustentabilidade, pleiteando o recebimento de duodécimos pelas universidades estaduais do Rio de Janeiro, bem como a inconstitucionalidade da

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 388. *Op. Cit.* Acórdão. p. 22

concentração absoluta de verbas no Poder Executivo estadual.

Na oportunidade, visando o recebimento da ADPF pela presença de seus pressupostos processuais básicos, leciona o jurista Daniel Sarmiento, na petição inicial da referida Ação:

No caso, o que se questiona nesta ação não é algum ato normativo específico, mas o arranjo institucional e o comportamento adotado pelo Estado do Rio de Janeiro que, ao não transferir sistematicamente os recursos orçamentários para as universidades públicas estaduais, nem tampouco pagar imediatamente as suas despesas, vem frustrando gravemente a sua autonomia, impedindo o próprio funcionamento dessas instituições de ensino superior.

Portanto, não seria possível, por meio de qualquer das outras ações do controle abstrato de constitucionalidade, equacionar a lesão a preceitos fundamentais apontada. Daí a satisfação do princípio da subsidiariedade, com o consequente cabimento desta ADPF.

Portanto, pretende o partido político atacar a prática omissiva inconstitucional de não pagamento dos servidores das universidades públicas estaduais, por meio da imposição da obrigatoriedade de repasse de duodécimos e desconcentração da gestão financeira.

A referida ADPF foi conhecida e julgada parcialmente procedente em seu mérito para assegurar a aplicação de regime financeiro orçamentário da universidade compatível com sua autonomia. Na oportunidade, foi firmada a seguinte tese: “O art. 207 da Constituição exige que o regime financeiro-orçamentário aplicável às universidades públicas lhes assegure um espaço mínimo de autogestão. Tal diretriz pode ser concretizada inclusive, mas não obrigatoriamente, pelo

repasse orçamentário na forma de duodécimos”.

Para os fins do presente estudo, chama atenção a identificação do objeto da demanda fixado do seguinte modo na própria ementa do acórdão definitivo: “restou demonstrado um quadro de progressiva e sistemática supressão de um espaço mínimo de autogestão, que persiste até hoje. De forma reiterada, despesas básicas essenciais ao funcionamento das universidades (inclusive as obrigatórias) deixaram de ser realizadas pelo órgão central de gestão financeira do Estado. Nesse cenário, a prática financeiro-orçamentária em questão, caracterizada pelo não repasse de verbas e pela recusa ao pagamento de despesas regularmente liquidadas, compromete gravemente a autonomia universitária”.

Como se nota, o princípio da subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental comporta, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a apreciação de quadros fáticos generalizados. Chama-se atenção para o presente caso, por não se referir a uma prática nacional, mas sim um padrão de conduta do governo estadual diante, principalmente, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Destarte, a maleabilidade do conceito inerente ao Princípio da Subsidiariedade comporta um caráter de subjetivismo, o que inevitavelmente perpassa pelo objeto a ser julgado, remetendo-nos, com as devidas adaptações, ao caso *Marbury vs. Madison*, em que houve a apreciação do mérito antes das questões preliminares, evidenciando o aspecto político do instituto em questão.

2.3. Relação entre o Princípio da Subsidiariedade e questões Municipais submetidas ao julgamento do Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Conforme apontado anteriormente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) constitui-se como o único mecanismo para o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais diretamente no Supremo Tribunal Federal, tendo como parâmetro a Constituição da República.

E isso é evidenciado logo no artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/99. A lógica deflui do próprio Princípio da Subsidiariedade, tendo em vista que o parágrafo único do artigo 102 da Constituição não traz nenhuma restrição quanto ao objeto da ADPF, mas o artigo 102, I, “a”, restringe o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade À leis e atos normativos estaduais e federais.

Fixado o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sobre leis municipais, o presente tópico se destina, conforme o escopo deste trabalho, a demonstrar o padrão de comportamento do Supremo Tribunal Federal na aplicação do princípio da subsidiariedade sobre esse objeto.

Na ADPF nº 430, a Associação Nacional dos Transportadores de Passageiros sobre Trilhos – ANP – Trilhos buscava a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 10.989/2016 de Belo Horizonte/MG, que dispõe sobre a reserva de espaço para mulheres no sistema de transporte ferroviário urbano de passageiros. Para tanto, houve a alegação de violação aos artigos 5º, I

e XV, bem como ao art. 30, I, da Constituição da República.

A Arguição, porém, não foi conhecida, sob o fundamento de que seria cabível a propositura de Representação de Inconstitucionalidade em âmbito estadual contra a referida Lei. Considerando os efeitos *erga omnes* da decisão proferida pelo Tribunal Estadual, a decisão segue a lógica da posição do i. ministro Luís Roberto Barroso, exposta no tópico 2.1 do presente artigo, e que conta com aplicações pela Corte Constitucional em outros precedentes.

A mesma orientação foi seguida no julgamento da ADPF nº 688, proposta pela AELO – Associação das Empresas de Loteamento e Desenvolvimento Urbano em face do Anexo V da Lei Complementar nº 2.866/18 do Município de São Paulo. A previsão é de uma norma tipicamente municipal, por instituir Zonas Especiais de Interesse Social (ZEISS), e a alegação é a de que houve a demarcação de áreas sem a adoção de critérios técnicos aptos a definirem os imóveis desocupados, subutilizados, ou glebas pendentes de parcelamento, o que supostamente violaria o art. 5º, *caput*, incisos XXII, LIV e LV, bem como o art. 182, §4º, da CRFB.

Da mesma forma que o julgamento da Lei de Belo Horizonte, não se conheceu da referida ADPF, com fundamento no princípio da subsidiariedade, já que a Representação de Inconstitucionalidade em âmbito estadual seria cabível, e produziria efeitos *erga omnes* e vinculantes, tal como a ação perante o Supremo.

Apesar de certa coerência e estabilidade na jurisprudência, as decisões não estão imunes a críticas. Isso porque, conforme referendado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento

do RE nº 261677, o rol de legitimados ativos para a propositura de Representação de Inconstitucionalidade no Tribunal local não deve, necessariamente, seguir o rol previsto na Constituição. Ou seja, o artigo 103 da Carta Magna não é uma norma de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais.

O Supremo apenas firmou, por ocasião do julgamento do referido recurso extraordinário, que deve haver uma pluralidade de legitimados, sem a banalização do instituto de controle, tendo a Constituição Estadual como parâmetro. Conseqüentemente, um legitimado previsto no art. 103, CRFB pode não estar contemplado no rol de legitimados ativos para a propositura de Representação de Inconstitucionalidade em determinada Carta Estadual.

E, assim, fechar a via da ADPF para esse legitimado pode criar um obstáculo intransponível ao questionamento de determinada lei municipal. Embora diversas Constituições Estaduais copiem o rol do artigo 103, da CRFB, não há uma perfeita similitude, e a avaliação desse requisito para se afirmar a subsidiariedade da ADPF mostraria mais uma nuance da aplicação do instituto.

Em uma visão mais restritiva, o Supremo Tribunal Federal julgou, em setembro de 2024, a ADPF nº 1133/RJ. Na ocasião, a Associação Nacional de Fiscais e Auditores Fiscais de Atividades Urbanas (ANAFISC) questionava a constitucionalidade da Lei nº 2.242/2018 do Município de Araruama, que disciplinou a forma de cálculo de adicional de produtividade aos servidores municipais, o que alegadamente causava a redução da remuneração.

A ADPF nº 1133/RJ não foi conhecida, tal como as demais, mas contou com uma

peculiaridade. Constatou na ementa e na fundamentação do Acórdão: “O cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito. Precedentes desta CORTE”.

Na fundamentação do voto vencedor, de lavra do i. Min. Relator Alexandre de Moraes constou:

Caso os mecanismos utilizados de maneira exaustiva mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição. Da mesma forma, se desde o primeiro momento se verificar a ineficiência dos demais mecanismos jurisdicionais para a proteção do preceito fundamental, será possível que um dos legitimados se dirija diretamente ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. É necessário, pois, que não exista, para a hipótese in concreto, qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (ADPF 13-1, Rel. Min. ILMAR GALVÃO; ADPF 15-7/PA, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), pois esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus; o habeas data; o mandado de segurança individual e coletivo; o mandado de injunção; a ação popular; a ADI estadual, entre outras possibilidades (ADPF 3-QQ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Pleno, DJ de 27/2/2004; ADPF 12-2/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Pleno, DJ de 26/3/2001).

Diferentemente dos julgados anteriormente destacados, a ADPF supracitada adota posição mais restritiva, na medida em que prevê o descabimento da

Arguição caso exista qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade, chegando a citar expressamente a possibilidade de propor mandado de segurança individual ou coletivo. Ou seja, caso seja viável a tutela do direito via controle incidental, a ADPF não será cabível.

Não por coincidência, essa decisão caminha no sentido da posição doutrinária do i. Min. Alexandre de Moraes, exposta no tópico 2.1, que foi o relator da mencionada Arguição. No caso, prevaleceu uma posição mais restritiva do princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia demonstração de que qualquer outro mecanismo para resguardar o direito é inócuo, o que, como apontado anteriormente, constitui grave obstáculo à efetividade da Arguição.

Em outras ocasiões, no entanto, o Supremo conheceu a ADPF proposta em face de Lei Municipal, ainda que fosse cabível a propositura de Representação de Inconstitucionalidade. O caso se deu na ADPF nº 189 proposta pelo Governador do Distrito Federal em face do artigo 41 da Lei Complementar nº 118/2002 do Município de Barueri, que concedia incentivo fiscal de ISS em descompasso com o artigo 88, I, do ADCT.

No caso, seria cabível a propositura de Representação de Inconstitucionalidade por outro legitimado perante a referida Lei. É que a instituição de benefício ou incentivo fiscal em descompasso com as normas constitucionais fere a toda evidência o pacto federativo.

Igualmente, na ADPF nº 190, proposta em face da Lei Municipal 2.614/97 do Município de Estância Hidromineral de Poá, houve usurpação de competência do legislador nacional para prever o conceito de serviços para fins de fixação de competência para a

arrecadação do ISS. Tanto nas ADPFs nº 189 e nº 190, havia, como questão de fundo, a guerra fiscal entre os Municípios, e as duas foram propostas pelo Governador do Distrito Federal.

E, como ponto em comum, o julgamento de ambas as arguições contou com o seguinte entendimento:

2. O princípio da subsidiariedade é aferido no momento da propositura da ADPF, de modo que não se depreende qualquer outra ação constitucional com aptidão para evitar a lesividade ao pacto federativo em questão.

3. A ocorrência de coexistência de jurisdições constitucionais estadual e nacional configura a hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Precedentes.

Expressamente, o i. Min. Relator Edson Fachin consignou, na fundamentação de seu voto, que estaria preenchido o requisito da ADPF. Em seu voto, o i. Ministro não aprofunda o fato de que seria cabível a Representação de Inconstitucionalidade e tampouco aduz que o cabimento da ADPF seria resguardado, de maneira excepcional, devido ao fato de que o Governador do DF não seria legitimado ativo para ação de controle em face da Constituição Estadual.

A questão de guerra fiscal, evidentemente, há muito vem preocupando os diversos gestores públicos, e requer atenção da Corte. Entretanto, o uso da ADPF para coibir leis desse tipo revela a maleabilidade do Princípio da Subsidiariedade, o que pode ser calcado pelo desinteresse de legitimados ativos locais em instituir o controle concentrado de constitucionalidade dessa espécie de lei, embora evidentemente isso não conste na fundamentação dos acórdãos.

Isso porque, na maioria das vezes, os legitimados para a propositura de Representação de Inconstitucionalidade são gestores locais, que se beneficiam direta ou indiretamente do incentivo fiscal, ou mesmo entidades de classe, que indiretamente são fortalecidas com a instalação de novas empresas no território de determinado Município.

No julgamento do Agravo Regimental na ADPF nº 979, proposta em face da Lei Municipal nº 6.766/2022 de Cuiabá/MT, que proíbe a construção de Usinas Hidrelétricas e pequenas Centrais Hidrelétricas na extensão do Rio Cuiabá situada dentro do referido Município, houve o conhecimento e o provimento da Arguição.

Inicialmente, essa arguição não havia sido conhecida, mas houve a apresentação de agravo regimental, que indicou a existência de leis estaduais e municipais tratando do tema de forma diversa e se sustentou que isso violaria a competência da União Federal para legislar sobre meio ambiente.

A Arguição foi conhecida e provida, revelando um viés mais pacificador da jurisprudência, através da releitura, ou de um verdadeiro abrandamento, do Princípio da Subsidiariedade. Constou na ementa da referida Arguição:

2. Não sendo admitida a utilização de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A simples existência de ações ou de outros recursos processuais para combater disposição de norma municipal não poderá servir de óbice à formulação da arguição de

descumprimento. **Ao contrário, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama a necessidade da utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva, imediata e abrangente da controvérsia.**

3. A situação normatizada na espécie guarda nexos muito mais estreitos com a regulação do aproveitamento energético dos cursos de água e à formulação de normas gerais de proteção do meio ambiente que eventual competência comum do Município de Cuiabá para tratar sobre assunto de interesse local ou suplementação a normas federais ou estaduais. Ao proibir a construção de UHEs e PCHs, o legislador municipal dispôs sobre matéria de competência privativa da União e avocou indevidamente a capacidade de concessão de licenças do Poder Executivo Federal, que ficaria impossibilitado de deliberar sobre as questões ambientais e hidrelétricas no curso do Rio Cuiabá, que é de domínio da União.

4. O Rio Cuiabá é gerido pela Agência Nacional de Águas - ANA, agência reguladora que tem a competência e a capacidade técnica para definir as condições de operação de reservatórios de aproveitamentos hidrelétricos, em articulação com o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS. O legislador não poderia substituir entendimento de agência reguladora sem o ônus argumentativo do regulador.

5. Agravo regimental provido para conhecer da ADPF e julgar procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 6.766/2022, do Município de Cuiabá. (Grifo meu)

Alinhada à tendência consequencialista trazida pelo artigo 20 da LINDB, a jurisprudência do Supremo no caso em questão avaliou o cenário fático trazido, qual seja, o de pluralidade de leis estaduais e municipais tratando do tema de maneira

diversa ao que fora regulado pela Agência Nacional de Águas. Buscou-se reafirmar que a competência, no caso, seria da União para tratar do tema, e não dos entes locais, e evitar a discussão em inúmeras ações distintas.

Revelando um viés pacificador da jurisprudência, a ADPF em questão foi conhecida e provida, evitando, como afirmado, a multiplicação de processos sobre um mesmo tema. Entretanto, a questão da repetição de processos semelhantes conta com diversos outros institutos para a resolução dos problemas.

Para esses casos, têm-se o julgamento de recursos repetitivos e a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, o IRDR, ambos previstos no art. 928, CPC. No caso de demandas sensíveis, mas não repetitivas, sobre *relevante questão de direito, com grande repercussão social*, o artigo 947 do Código de Processo Civil prevê a instauração de Incidente de Assunção de Competência. E em todos esses casos tem-se a observância obrigatória por órgãos locais.

Além disso, também seria cabível a propositura de Representação de Inconstitucionalidade, usualmente suscitada como óbice ao conhecimento de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental propostas em face de leis municipais.

Percebe-se, portanto, certa oscilação no tratamento do princípio da subsidiariedade, revelando um caráter político da ADPF, já que, por vezes, conhece-se de uma Arguição olhando-se para o resultado prático da decisão, e não puramente com vistas aos aspectos processuais, lembrando-se, como já afirmado, do caso *Marbury vs. Madison*, em que houve certa inversão na ordem de julgamento, apreciando-se o mérito antes das questões preliminares.

Observa-se, ainda, que o conhecimento de Arguições de maneira consequencialista volta-se, na maioria das vezes, para leis que potencialmente violem o pacto federativo, ou demonstrem a divergência de tratamento de temas. Assim, o Supremo parece se valer do instituto como mecanismo pacificador de entendimentos jurisprudenciais ou legislativos dissonantes, a fim de evitar uma multiplicidade do tema.

Por vezes, a Arguição em face de leis municipais carece do mal que lhe dá origem, qual seja, o próprio princípio da subsidiariedade, já que há leituras ampliativas desse princípio para obstar o questionamento direto de leis locais perante a Suprema Corte. Constatada a ausência de um critério preciso para a delimitação do conceito e âmbito de aplicação do Princípio da Subsidiariedade da ADPF, recomenda-se ao aplicador do Direito a análise jurisprudencial prévia, indicando precedentes que se assemelhem ao caso a ser submetido a julgamento, bem como o apontamento dos impactos daquele julgamento.

3. Conclusão

Apesar da posição jurisprudencial do Supremo ainda não ser totalmente clara quanto à aplicabilidade e extensão da “existência de outro meio eficaz para sanar a lesividade” (artigo 4º §1º, Lei nº 9.888/99), sobretudo pela casuística do reconhecimento de questões em que há interesse público subjacente e necessidade de segurança jurídica, já se pode perceber algumas tendências.

Como assinalado, a jurisdição constitucional parece alargar o cabimento da ADPF pela releitura do princípio da subsidiariedade, mitigando-o, da mesma

forma que as Cortes internacionais vêm fazendo, em especial a Corte Espanhola, conforme se extrai do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na ADPF nº 388²².

Com isto, parece que a jurisprudência vem adotando a posição defendida pelo i. Ministro Luís Roberto Barroso²³, segundo o qual a análise da inexistência de outro meio para sanar a lesividade deve ser lida dentre os meios igualmente aptos à solução da controvérsia, em especial dentro das ações de índole subjetiva.

Abandona-se o entendimento inicial em que o Supremo Tribunal Federal tinha uma postura extremamente autocontida, revelada, inclusive, em uma jurisprudência defensiva, ao seguir de forma rigorosa o princípio da subsidiariedade.

Neste sentido, poderá haver a ampliação do número de arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Por um lado, esta possível consequência tem resultados positivos, como a fixação de teses com caráter vinculante e *Erga Omnes*, solucionando mais facilmente casos análogos e permitindo um maior controle via Reclamação Constitucional.

Por outro lado, críticas surgirão, sustentando, principalmente, o atrito e possível violação entre a separação de poderes.

No entanto, somente a jurisdição constitucional e seu desenvolvimento ao longo dos anos demonstrarão o deslinde e a fixação do alcance do princípio da subsidiariedade, bem como os efeitos resultantes da releitura que o qual parece sofrer atualmente.

Por ora, pode-se pontuar que a tese intermediária parece salutar, ainda mais em

um contexto de profunda crise política, permitindo-se um ponto de equilíbrio ótimo entre a resposta do Judiciário às demandas da sociedade de maneira eficaz, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, através da ADPF.

Desta forma, a jurisprudência, guiada pelo ativismo judicial no presente cenário político atual, vem mitigando o princípio da subsidiariedade, de maneira a facilitar o recebimento de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, ainda que haja outros meios, notadamente os processos subjetivos, para sanar de modo rápido e eficaz determinados atos lesivos. No questionamento de leis municipais, esse consequencialismo se evidencia, e torna-se ainda mais árdua a tarefa de se impugnar a validade de uma lei municipal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2016. 7º ed.ição: São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 703 Bahia*, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 17 fev. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755138964#:~:text=O%20cabimento%20da%20ADPF%20ser%20C3%A1,Min.>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AG. REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 17-3 AMAPÁ*. Julgamento: 05 jun. 2022. Publicado: 14 fev. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347923>

²² ADPF nº 388. Op. Cit. Acórdão. p. 27.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 336 -340.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Andamento do Processo nº 5245370*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5245370>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 17/AP*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818536/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-17-ap-stf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 12/DF*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14821974/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-12-df-stf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 388*, Distrito Federal. 9 mar. 2016. Plenário. Voto do Senhor Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/3/art20160310-04.pdf>

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 9º. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CONJUR. *Rede de universidades públicas do Rio recebem duodécimos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-24/rede-universidades-publicas-rio-recebam-duodecimos>

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 8º Edição. Ano 2016. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2017. 9º eEd. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 11.º Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIGALHAS. *STF decide que nomeação do novo ministro da Justiça afronta CF*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235489,61044-STF+decide+que+nomeacao+do+novo+ministro+da+Justica+afronta+CF>

MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. Página 1200.

SARMENTO, Daniel; MENDONÇA, Eduardo. *Petição na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/12/art20161205-11.pdf>

SILVA, José Afonso da. *Comentários de Acórdãos, cadernos de Soluções Constitucionais*. N. 1º. São Paulo, 2003.