

195
Hermenêutica e jurisdição constitucional / José Adércio Leite Sampaio, Alvaro Ricardo de Souza Cruz coordenadores.
Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
340p. – 15,5 x 22,5 cm

ISBN 85-7308-536-3

1. Hermenêutica constitucional. 2. Jurisdição.
I. Sampaio, José Adércio Leite.

CDD: 340.326

CDU: 342 : 801.73

Bibliotecária responsável: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB 6/1047

Editor: Arnaldo Oliveira

Conselho Editorial: Prof. Antonio Augusto Junho Anastasia
Prof. Ariosvaldo de Campos Pires
Prof. Aroldo Flínio Gonçalves
Dr. Edelberto Augusto Gomes Lima
Prof. Hermes Vilchez Guerrero
Dr. José Edgard Penna Amorim Pereira
Prof.ª. Misabel Abreu Machado Derzi
Prof. Rodrigo da Cunha Pereira
Des. Sérgio Lellis Santiago

Produtora Editorial: Roseli Carlos Pinto

Copyright © 2001 by

LIVRARIA DEL REY EDITORA LTDA.

Administração

Rua Teixeira Magalhães, 80 – Floresta
Belo Horizonte – MG – CEP 30150-000
Tel.: (31) 3422-8066 – Fax: (31) 3421-9486
delrey@delreyonline.com.br

Lojas

Rua Goitacases, 71 – Lojas 20/24 – Centro
Belo Horizonte – MG – CEP 30190-909
Tel.: (31) 3274-3340 – Fax: (31) 3213-6840
goitacases@delreyonline.com.br
Av. do Contorno, 4355 – São Lucas
Belo Horizonte – MG – CEP 30110-090
Tel.: (31) 3284-6665 – Fax: (31) 3284-1545
contorno@delreyonline.com.br

Editora / BH

Rua Célia de Souza, 581 – Sagrada Família
Belo Horizonte – MG – CEP 31030-500
Telefones: 0800-314633 – Telefax: (31) 3482-6522
editora@delreyonline.com.br

Editora / SP

Rua Santo Amaro, 582 – Centro
São Paulo – SP – CEP 01315-000
Telefones: 0800-7722213 – Telefax (11) 3101-9775
delreysp@uol.com.br

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

APRESENTAÇÃO

O livro que se vai ler – *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional* – enfeixa trabalhos doutrinários escritos por um grupo de juristas, sob a coordenação dos professores José Adércio Leite Sampaio e Alvaro Ricardo de Souza Cruz, em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho, professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a nossa centenária Casa de Afonso Penna.

José Alfredo de Oliveira Baracho, que conheci por volta do ano de 1955 e que se fez mestre de muitas gerações de juristas, sempre foi um intelectual. Inusitada a situação em que fomos apresentados. Fui residir numa “república” de estudantes, em Belo Horizonte e, na manhã em que lá cheguei, levaram-me ao quarto do Baracho, para conhecê-lo. Baracho se encontrava apoiado num joelho, consultando atentamente um livro. E só nos deu atenção depois de concluída a consulta que fazia. Tomei conhecimento, então, de sua fama, ali, de homem de muitos livros e pouca conversa, dedicado sempre às suas intermináveis leituras.

Baracho, que se diplomara em 1955 e cursava o doutorado, cumpria a fase do plantio, da preparação árdua, pois há tempo para tudo de baixo do Céu, está nas Escrituras, tempo de plantar e tempo de colher. Veio depois o tempo da colheita. José Alfredo de Oliveira Baracho submeteu-se e obteve brilhantes aprovações em todos os concursos que cimentam os caminhos dos professores universitários eminentes: professor assistente, doutor em Direito, professor adjunto, livre-docente e professor titular.

9 O SUPREMO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS:
VERDADES, MENTIRAS E OUTRAS INDAGAÇÕES

<i>Eugênio Pacelli de Oliveira</i>	295
1 A pretexto de "pré-justificação"	295
2 Delimitação e contornos do tema	296
3 A propósito de algumas decisões da Suprema Corte.....	298
4 Verdade e incertezas silenciosas.....	301
5 Considerações finais	323
6 Referências bibliográficas	325

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO
DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL***

A Lei Federal 9.882, de 3 de dezembro de 1999, regulamentou o art. 102, § 1.º, da Constituição Federal que prevê a argüição de descumprimento de preceito fundamental de competência do Supremo Tribunal Federal. Cumpre traçar um breve esboço desta *nova ação* no território do *controle de constitucionalidade*.

A Lei surge num momento de consenso doutrinário e jurisprudencial acerca dos instrumentos processuais que integram o controle *abstracto* de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão e ação declaratória de constitucionalidade. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que as ações coletivas, embora dotadas de coisa julgada oponível *erga omnes*, configuram instrumentos processuais ligados ao controle *concreto* de constitucionalidade. Por esta razão, nestas ações, salvo o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes,¹ pode o Judiciário

* **Cibele Fernandes Dias**

Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito Curitiba. Mestranda em Direito Constitucional na PUC/SP.

Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Faculdades do Brasil. Doutor em Direito Constitucional.

¹ Para este autor, "para que não se chegue a um resultado que subverta todo o controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade

apreciar a questão de inconstitucionalidade, argüida *incidenter tantum* como prejudicial de mérito. Na hipótese, o órgão judicial subtrai o *case* da esfera de incidência da lei ou ato normativo, que continua em vigor. A questão constitucional configura, portanto, “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.”² O *pedido* não é e nem pode ser a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Se as decisões das *ações coletivas*, ainda que dotadas de eficácia *erga omnes*, não configuram instrumentos do controle abstrato de constitucionalidade (por intermédio delas não se pode atacar diretamente a lei em tese e sim o ato concreto de aplicação da lei, não se pode pedir a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, e sim que a incidência da lei ao caso concreto seja afastada)³ será que a *argüição de descumprimento de preceito fundamental configura um instrumento processual do controle abstrato de constitucionalidade?*

O tema vem a baila graças ao art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.882/99 segundo o qual *não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*. Seria a argüição um mecanismo subsidiário do controle abstrato de constitucionalidade?

Em princípio, não haveria óbice do ponto de vista da competência do órgão julgador. Sabe-se que, no Brasil, o controle abstrato, justamente porque se reveste de um verdadeiro *pouvoir d'empêcher*,

da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 30-58, abr./jun. 1998.

² BUZAI, Alfredo, apud MENDES, op. cit., p. 35.

³ Como assevera Jorge MIRANDA, a fiscalização concreta “surge a propósito da aplicação de normas ou de quaisquer actos (ou conteúdo de actos) a casos concretos, trata-se de solução de lides ou de providências administrativas ou outras providências.” *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. III, 1996, p. 356.

é *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, que, enquanto Guarda da Constituição, detém competência jurisdicional exclusiva nesta seara. E a própria Constituição confere competência originária ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento da argüição.

Quem se aventura a um exame mais detido da Lei 9.882/99, imediatamente, percebe semelhanças com a Lei 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Podem propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2.º, da Lei 9.882/99). A medida cautelar da argüição tem praticamente os mesmos efeitos daquela em ação declaratória de constitucionalidade, salvo algumas diferenças que merecem ser salientadas: (i) na adc, a concessão de cautelar depende da decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo e, na argüição, esta regra pode ser excepcionada, já que o Relator pode decidir *ad referendum* do Tribunal Pleno em três hipóteses não cumulativas: *caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou, ainda, em período de recesso*; (ii) na adc, concedida a cautelar, o Tribunal tem o prazo de 180 dias para proceder ao julgamento da ação, sob pena de perda de sua eficácia, enquanto na argüição não há este limite. Na argüição, a liminar *poderá* (a Lei utiliza este verbo) consistir na determinação de que juizes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (§ 3.º, art. 5.º, da Lei 9.882/99). A medida cautelar, na ação declaratória de constitucionalidade, consiste na determinação de que os juizes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo (art. 21, da Lei 9.868/99). Esta suspensão nada mais é do que o *efeito vinculante em sede de medida cautelar*. Ressalte-se que o art. 21, da Lei 9.868/99, foi inspirado na própria jurisprudência da Suprema Corte. No julgamento da medida cautelar da ADC n. 4/97, o Ministro Relator Celso de Mello suspendeu com eficácia *ex nunc* o *efeito vinculante*, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Cruzando as duas Leis, tem-se uma situação, no mínimo curiosa: um único Ministro pode suspender o julgamento dos processos do Brasil inteiro que envolvam a questão constitucional debatida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto para atingir este mesmo efeito em ação declaratória de constitucionalidade seria necessário uma decisão colegiada. Mais curioso ainda é que a Lei 9.868/99 não conferiu efeito vinculante à decisão cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Se concedida, não tem o condão de suspender os processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo impugnados.

Neste ponto, é preciso ressaltar que a *parametricidade* das duas ações é distinta: se na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o parâmetro de fiscalização é a Constituição de 1988 como um todo, incluindo as normas constitucionais decorrentes de emenda e revisão, na arguição, são os *preceitos fundamentais da Constituição de 1988*. É verdade que a Lei 9.882/99 não definiu quais sejam estes *preceitos fundamentais*. E neste particular andou muito bem, já que não cabe ao legislador ordinário realizar uma interpretação autêntica da obra do constituinte. Os preceitos fundamentais são aquelas normas constitucionais que garantem a *identidade* da Constituição. Sem sombra de dúvida, é possível afirmar que as *cláusulas pétreas*, mormente as consignadas no art. 60, § 4.º, são preceitos fundamentais. Com efeito, se a norma constitucional violada não tem natureza de preceito fundamental, não há margem de escolha: não é possível ajuizar arguição. Ao contrário, tratando-se de *preceito fundamental* há, então, uma “zona comum em tese”⁴ entre arguição e as outras ações do controle abstrato. E a admissibilidade da arguição somente pode ser afastada quando haja “qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Sabe-se que a Lei 9.868/99 equiparou a decisão definitiva de mérito da ação direta de inconstitucionalidade, em todos os seus efeitos, à decisão da ação declaratória de constitucionalidade, tratando do tema de forma indistinta no Capítulo IV. O art. 28, parágrafo único, estendeu o efeito vinculante para a ação direta de inconstitu-

⁴ A expressão é de Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galias de Souza Vargas. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 30, jan./mar. 2000, p. 75.

cionalidade, como já reclamavam alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (como o Ministro Sepúlveda Pertence).

Por sua vez, a Lei 9.882/99 (§ 3.º, do art. 10) atribuiu à decisão definitiva de mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental efeitos típicos das ações do controle abstrato de constitucionalidade: *eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*.

A eficácia *erga omnes* não é privativa do controle abstrato, já que também é possível no controle concreto, mormente nas ações coletivas. Todavia, não se trata da mesma eficácia. Primeiro, sob o aspecto da extensão territorial. O art. 16, da Lei 7.347/85 estabelece que a sentença civil da ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator. Segundo, sob o aspecto da natureza da coisa julgada, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* é um atributo da coisa julgada. Curiosamente, o art. 12 da Lei 9.882/99 estabelece que a decisão que julga procedente ou improcedente o pedido em arguição é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Não há aqui uma distinção, como seria típico do controle concreto, entre a decisão de procedência e a de improcedência. Como se sabe, a coisa julgada *secundum eventum litis* é típica das ações coletivas e assegura a possibilidade de qualquer legitimado intentar outra ação com idêntico fundamento valendo-se de nova prova. A decisão não transita em julgado com eficácia *erga omnes* no caso de improcedência por insuficiência de provas (é claro que aqui está-se a referir à coisa julgada material, já que a decisão que extingue o processo sem julgamento de mérito não faz coisa julgada material, somente formal). De outro lado, a impossibilidade de rescisória só existe e faz sentido no controle abstrato, justamente porque aqui ela não engessa de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Declarada a inconstitucionalidade de uma lei em virtude de sentença que julga procedente uma ação direta, não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto, e quando devidamente provocado por outra ação direta, decretar a constitucionalidade do dispositivo atacado. Ora, no controle concreto, a decisão é sempre *imutável*, podendo ser alterada somente por meio de ação rescisória. Estes dados somados

é toda a Lei Fundamental, mas somente os preceitos fundamentais. Admitindo a constitucionalidade da Lei 9.882/99, seria difícil não concordar que a arguição tem seu campo de atuação nos vícios deixados pela adin e pela adc e por isso estaria, em princípio, apta a realizar: (i) um *controle abstrato preventivo* (que foi indiretamente rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da arguição n. 1, em questão de ordem, onde entendeu-se que o veto não se enquadra no conceito de ato de poder público), (ii) um *controle abstrato repressivo da lei municipal ou da lei distrital quando o Distrito Federal exercitasse competência municipal* (art. 1.º, inc. I), considerado silêncio eloquente pelo Supremo Tribunal Federal, quando afirmou que este controle somente seria possível perante o Tribunal de Justiça em face de Constituição Estadual, com possibilidade de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal em se tratando de norma constitucional de reprodução obrigatória, (iii) um *controle abstrato repressivo das leis e atos normativos anteriores à Constituição Federal* (art. 1.º, inc. I), que o Supremo Tribunal Federal também já rejeitou em jurisprudência reiterada considerando que não seria hipótese de inconstitucionalidade superveniente, mas de revogação e, por fim, (iv) um *controle abstrato dos atos do Poder Público de efeitos concretos* (art. 1.º) que já foi rechaçado pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ao deixar assentado que somente os atos normativos, gerais, abstratos e impositivos podem ser objeto de impugnação no processo objetivo da jurisdição abstrata, ainda que esta posição já esteja suscitando polêmica por parte da doutrina. E aqui, finalmente, a salvação será entendida como um lapso do legislador o fato de não dotar a decisão cautelar da ação direta de inconstitucionalidade de efeito vinculante, ao contrário da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação declaratória de constitucionalidade; (v) um *controle abstrato de leis formais incidentes sobre determinadas situações específicas ou pessoas* (leis de efeitos concretos), que o STF recusa-se a fiscalizar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por entender que não se trata de ato normativo (e tal é o caso igualmente das leis orçamentárias). Finalmente, não seria demais admitir que a arguição de descumprimento de preceito fundamental será relevante (vi) para o controle dos atos normativos do poder público que excedam o campo da legalidade (regulamentos de execução) ou que inserem-se na zona cinzenta daquilo que a doutrina tem chamado de

são um indício de que na arguição, a coisa julgada *erga omnes* é a coisa julgada do controle abstrato e não do concreto.

Quanto ao efeito vinculante, é preciso tomar cuidado com a interpretação da expressão “*em relação aos demais órgãos do Poder Público*”. É cristalino que a decisão em arguição não tem o condão de vincular o Poder Legislativo. Primeiro porque o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade não alcança o Poder Legislativo, conforme o § 2.º, do art. 102, da CF. Segundo: nem poderia alcançar, sob pena de perversão do próprio princípio da separação dos poderes. Não custa lembrar que foi justamente em virtude do efeito vinculante, conferido pela Constituição expressamente à ação declaratória de constitucionalidade (e não à ação direta de inconstitucionalidade), que o STF entendeu ser possível o cabimento de reclamação em caso de descumprimento da coisa julgada pelos demais órgãos do Judiciário como garantia da autoridade de sua decisão. E o art. 13, da Lei 9.882/99 prevê o cabimento de reclamação contra o descumprimento da decisão proferida em arguição pelo STF.

Saliente-se, ainda, que o art. 11 da Lei 9.882/99 tem redação igual ao artigo 27 da Lei 9.868/99, com a única diferença do primeiro fazer referência ao “processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Na arguição, assim como na adin e na adc, as Leis conferem ao Supremo, por maioria de dois terços de seus membros, a prerrogativa de, ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Feitas estas considerações, é possível concluir que a decisão definitiva de mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental guarda exatamente a mesma fisionomia de uma decisão em controle abstrato (ADin e ADC).

Diante deste quadro, percebe-se que ao regulamentar o § 2.º, do art. 102, a Lei 9.882/99 construiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental à imagem e semelhança das ações que inauguram um processo objetivo e substancial meio especial de provocação da jurisdição constitucional abstrata, com o *único diferencial*, que tem sede constitucional, de que a *parametricidade* não