

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Clèmerson Merlin Clève*

Cibele Fernandes Dias**

A Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 regulamentou o art. 102, § 1º, 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 *abstrato* 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 Mendes¹, pode o Judiciário 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 já de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.”² O *pedido* não é 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.

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

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

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 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*, n. 23, p. 30-58, São Paulo, abr./jun. 1998.

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

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 aplicação da lei seja considerada ilegítima e afastada a sua incidência no caso concreto)³ será que a *arguição de descumprimento de preceito fundamental configura um instrumento processual do controle abstrato de constitucionalidade?*

O tema vem a baila graças ao art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 segundo o qual *não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*. Será que este artigo também se aplica em se tratando de controle abstrato? Em outras palavras, a *arguição* seria 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*, é *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, que, enquanto Guarda da Constituição, detém competência jurisdicional exclusiva nesta seara. E a própria Constituição atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento da *arguição*.

Por sua vez, 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 *arguição de descumprimento de preceito fundamental* os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, da Lei 9.882/99). A medida cautelar da *arguição* guarda praticamente os mesmos efeitos daquela em ação declaratória de constitucionalidade, salvo algumas diferenças que merecem ser salientadas: (i) na ação declaratória de constitucionalidade, a concessão de cautelar depende da decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo e na *arguição*, esta regra pode ser recepcionada, 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 ação declaratória de constitucionalidade, concedida a cautelar,

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*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 356.

o Tribunal tem o prazo de 180 dias para proceder ao julgamento da ação, sob pena de perda de sua eficácia, enquanto na arguição não há este limite. Na arguição, a liminar *poderá* (a Lei utiliza este verbo) consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (§ 3º, art. 5º, da Lei 9.882/99). A medida cautelar, na ação declaratória de constitucionalidade, consiste na determinação de que os juízes 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* e 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 será necessário uma decisão colegiada. Mais curioso ainda é que a Lei 9868/99 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, § 4º, 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 contrá-

rio, 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 inconstitucionalidade, como já reclamavam alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (como o ministro Sepúlveda Pertence).

Por sua vez, a Lei 9.882/99 (§ 3º, 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 irrecurável, 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 vir-

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

tude 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 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 § 2º, 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*). E mais, na arguição, (i) a decisão cautelar tem efeito vinculante como na *adc* e ao contrário da *adin*, (ii) e pode ser concedida pelo relator *ad referendum* do Tribunal Pleno, nas hipóteses legais, ao contrário da *adc* que depende *sempre* da decisão colegiada da maioria absoluta dos membros do STF.

Diante deste quadro, percebe-se que ao regulamentar o §2º, 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 substanciam meio especial de provocação da jurisdição constitucional abstrata, com o *único diferencial, que tem sede constitucional, de que a parametricidade não 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 vácuos 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. 1º, inc. I), considerado silêncio eloqüente 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. 1º, 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. 1º) que já foi rechaçado pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ao deixar assentado que somente os atos normativos, gerais, abstratos e impessoais podem ser objeto de impugnação no processo objetivo da jurisdição abstrata, ainda que esta posição já esteja suscitando polêmica por parte da doutrina⁵. E aqui, finalmente, a salvação será entender 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.

⁵ O autor deste ensaio teve oportunidade de afirmar, na nova edição de seu livro *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro* (São Paulo: RT, 2000), que as leis formais (constantes do art. 59, da CF) podem ser objeto de impugnação no controle abstrato mesmo quando veiculem dispositivos de efeitos concretos. Comungando desta opinião, conferir a posição de Gilmar Ferreira Mendes.